

Departamento de Derecho Civil.
Universidad de Barcelona.

Derecho Civil.
Bienio 1.989-1.990 / 1.990-1.991

LA SUCESION INTTESTADA EN FAVOR DEL ESTADO.

Tesis doctoral presentada por JOSE DOMINGO VALLS LLORET,
para optar al título de Doctor en Derecho.

Dirigida por el Dr. ALFONSO HERNANDEZ MORENO.
Catedrático de Derecho Civil.

Barcelona, 10 de septiembbre de 1.996.

TITULO PRIMERO. FUNDAMENTOS HISTORICOS DE LA INSTITUCION.

CAPITULO CUARTO. LOS ANTECEDENTES HISTORICOS
LEGISLATIVOS DEL SIGLO XIX.

Con la invasión de la Península por las tropas napoleónicas, termina un ciclo histórico caracterizado por el absolutismo monárquico, para iniciarse una nueva situación política, interrumpida temporalmente por la década ominosa, entrando de lleno en el período contemporáneo de la historia española. A la vez que se admitían nuevas ideas políticas, inspiradas por aquellas que florecen con la Revolución francesa de 1789, también se produjo un cambio en la concepción de la sociedad y de la propiedad, aceptando una visión burguesa de la misma, e intentando cerrar definitivamente la concepción aristocrática de la sociedad y de la propiedad. Estos cambios se verán, primero en el contenido de las Constituciones políticas promulgadas, y segundo, consecuencia de aquellas en las leyes desvinculadoras y reguladoras de la propiedad.

Ahora bien, este giro político, informará también el destino de las herencias intestadas, no en vano la llamada Ley de mostrencos se inserta en el marco de amplia operación desamortizadora y desvinculadora.¹ El problema en el fondo no era otro que la voluntad, cuando no la necesidad de obtener fondos para la Hacienda real, por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

En virtud de lo anterior, y para observar mejor esa evolución a la que nos referimos, trataremos la situación siguiendo un orden cronológico estricto de los cuerpos legales que fueron publicando durante el siglo XIX, tal y como hemos venido haciendo hasta ahora.

¹.- Aún cuando en el ámbito político las reformas de Carlos IV, son prácticamente inexistentes, en el marco económico, se inicia con Godoy una orientación político-económica de carácter desamortizador, con el fin de obtener mayores ingresos para cubrir y sufragar los empréstitos solicitados por el gobierno de la Nación.

Ver HERNANDEZ MONTALBAN, "La cuestión de los Señoríos..." op. cit. página 129.

1.- EL ESTATUTO DE BAYONA Y LA CONSTITUCION DE CADIZ DE 1812.

El Estatuto de Bayona, tuvo una importancia capital en el nacimiento del constitucionalismo español, y supone el fin del poder real omnímodo, como consecuencia de su carácter liberal.¹ En la misma línea podemos considerar que se enmarca la Constitución de Cádiz, aunque aprobada y promulgada en diferentes circunstancias que la anterior. La importancia de estos dos cuerpos legales, es obvia, y radica, no ya desde un punto de vista constitucional, sino como consecuencia de la influencia que los mismos tuvieron en el posterior desarrollo de la legislación y de la codificación civil. Ello no obstante, una de sus principales aportaciones es la aceptación de la idea llamada de "unificación de códigos", tanto en uno como en otro cuerpo legal, en torno al derecho vigente en Castilla. Dicha unificación viene preconizada en el artículo 96 del Estatuto y por el artículo 258, y se plantea como un logro liberal frente a la política absolutista de parcheo legislativo,² aunque en contra de la citada unificación se alzaron reputadas voces reclamando un respeto para las leyes propias o particulares, como fué el caso de José María de LARDIZABAL Y ORIAR.³

En los debates previos y preparatorios de la Constitución de Cádiz, el citado artículo 258, presentado a las Cortes por el Diputado representante del territorio catalán ESPIGA Y GADEA, fué aprobado casi por unanimidad,

¹.- Ver SOLE TURA y AJA, "Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Página 12.

².- Artículo 96: "Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales".

Dice el artículo 258, que: "El Código civil y Criminal y del Comercio, serán los mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por las particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".

³.- Ver BARO PAZOS, "La Codificación del Derecho civil en España". Universidad de Cantabria. 1993. Página 53, nota 13.

aunque alzándose de nuevo voces reivindicativas que mostraron sus recelos frente a esta voluntad uniformadora.¹

Con independencia de lo anteriormente dicho, y de una manera más práctica, el Estatuto de Bayona en su título XII, artículo 119,² introduce, en forma expresa, una importante distinción entre el patrimonio del pueblo o del Estado, lo que en Derecho Romano entendíamos como *Aerarium publicum*, y el patrimonio o Tesoro propio del Rey, lo que en Derecho Romano entendíamos como *Fiscus Caesaris*, y en las Partidas se entendía como Cámara del Rey.³

Este artículo se complementó posteriormente por un Decreto de 16 de enero de 1.811, por el que se aprobó el poco conocido "Reglamento provisional del poder ejecutivo", donde en su Capítulo VI, artículo primero, se remitía al Estatuto de Bayona, como ley vigente, para fijar la forma de recaudación e inversión de las adquisiciones realizadas por el Estado, y específicamente por el Consejo de Regencia.

En la misma línea la Constitución de Cádiz también regulará, aunque de modo general, las cuestiones referentes al patrimonio real y la formación del mismo,⁴ así como lo referente a las cuestiones patrimoniales de Ayuntamientos y Diputaciones,⁵ con expresa mención a los establecimientos de

¹.- Los Diputados por Cataluña Lázaro DOU y ANER DE ESTEVE, hicieron expresa manifestación de sus temores en cuanto a si la tarea codificadora iba a tener en cuenta los derechos autóctonos hasta entonces existentes y vigente. Ver el "Diario de sesiones de las Cortes". Sesión cinco de febrero de 1.811. Tomo I. página 500.

².- Dice este artículo, recogiendo una tradición secular del derecho castellano que "El Tesoro público será distinto y separado del Tesoro de la Corona".

³.- Ver la ya comentada anteriormente Partida 6, XII, 6.

⁴.- Título Iv, Capítulo VI, artículos 213 a 221.

⁵.- Título VI, artículos 323 y 335.

Establece el artículo 323 que "Los ayuntamientos desempeñarán todos estos encargos bajo la inspección de la Diputación provincial, a quién rendirán cuenta justificada cada año de los caudales públicos que hayan recaudado e invertido".

A la vista de este precepto queda clara la cuestión de la diferenciación entre el patrimonio propio del Rey, y el del Estado.

beneficencia a su cargo.¹

Siguiendo con la tradición histórica castellana, y tras el reconocimiento y mención expresa realizada tanto por el Estatuto de Bayona como por la Constitución de 1.812, las posteriores Constituciones y proyectos constitucionales² se refieren a cuestiones económica en relación al patrimonio real, diferenciándolo, expresa o tácitamente, del patrimonio del Estado español.³

¹.- Es una cuestión histórica, que prácticamente hasta nuestros días, en España determinadas instituciones benéficas, tanto educativas como asistenciales hayan sido administradas y sufragadas por las Diputaciones.

².- Ver el Estatuto Real, de 10 de abril de 1.834; El Proyecto de Constitución de la Monarquía española del Ministerio Istúriz, de 20 de julio de 1.836 (Capítulo XII, artículos 53 a 55); la Constitución de 18 de junio de 1.837; la Constitución isabelina de 23 de mayo de 1.845 (Título XI y XII) y las distintas Constituciones posteriores.

³.- Desde el punto de vista financiero-patrimonial, debemos destacar, a nuestro entender dos cuerpos legales:

En primer lugar el Real Decreto de 15 de septiembre de 1.856 que publica el Acta adicional a la Constitución de la Monarquía Española, donde en su artículo noveno, consecuencia de esa distinción entre el patrimonio de la Corona y el patrimonio del Estado, en su artículo noveno se habla expresamente del "patrimonio de la Corona".

Y en segundo lugar, destacaremos el "Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española", de 1.929, donde en su artículo 92, se reconoce la posibilidad de existir un patrimonio propio de Ayuntamientos y Diputaciones, pero que no entre en colisión con el sistema tributario y patrimonial del Estado.

2.- EL DECRETO DE 6 DE AGOSTO DE 1811.¹

La primera disposición tendente a la disolución del régimen señorial es la del Decreto que ahora estudiamos. De éste, a los efectos de nuestro trabajo interesa destacar únicamente el artículo quinto, al decirnos que: "Los señoríos territoriales y solariegos quedan desde ahora en la clase de los demás derechos de propiedad particular, si no son de aquellos que, por su naturaleza, deban incorporarse a la Nación, o de los en que no se hayan cumplido las condiciones con que se concedieron, lo que resultará de los títulos de adquisición".

En virtud de esta disposición los derechos que los señores tenían sobre sus tierras quedaban convertidos es propiedad particular. Desaparecida la relación de vasallaje,² la relación entre señor y campesino quedaba transformada en una estricta relación de propiedad sobre la tierra sin que subsistiera vínculo personal alguno.

Dentro de los diversos grupos de problemas que planteó el Decreto de 1811, así como la normativa posterior que en los períodos constitucionales secundaba esta dirección, debe remarcarse uno concreto: El referente al título de adquisición o tenencia de la condición de propietario por los antiguos señores.³

¹.- Un estudio de este Decreto, en concreto de sus principales características puede verse en TOMAS y VALIENTE, "La obra legislativa...", páginas 154 y 155.

².- Establece el artículo cuarto que: "...quedan abolidos los dictados de vasallos y vasallaje".

³.- La cuestión radica en contestar la pregunta que se hace MOXO al decir: "... deben lo señores presentar sus títulos como requisito previo para obtener tal reconocimiento, convertirse en propietarios y así gozar de los derechos que les reservaba el Decreto abolicionista, o por el contrario serán los pueblos o antiguos vasallos quienes deberán acreditar que los derechos que el antiguo señor y nuevo propietario pretende percibir son de carácter jurisdiccional o en todo caso carece de título legítimo para exigirlos". "La disolución...", op. cit. página 70.

Ver HERNANDEZ MONTALBAN, "La cuestión de los señoríos..." op. cit. páginas 123 a 127 en torno a la problemática de la distinción entre señorío jurisdiccional y señorío territorial que parece subyacer en la legislación abolicionista que comentamos y en las antípodas de Moxó en páginas 154 a 158.

Ver GUTIERREZ FERNANDEZ, "Códigos..." op. cit. tomo II, páginas 144 y 160: "...no quedaba

Como es sabido con este Decreto se pretendía abolir los señoríos jurisdiccionales, según expresión manifiesta de su artículo primero, para ser incorporados a la Nación. Junto a éstos también se incorporaban los señoríos territoriales que, a tenor del transcrito artículo 5, sean por naturaleza incorporables o en los que no se han cumplido las condiciones con base en las cuales se concedieron.¹ En cuanto a estas dos últimas clases se debía estar a lo que derivara del título de adquisición.

La discusión a que dio lugar la ley abolicionista fue la necesidad o no de la presentación de dichos títulos, quiénes podían exigir esta presentación y si mientras se verificaba la incorporación o no de estos señoríos territoriales los campesinos y labriegos debían seguir pagando o realizando las prestaciones ya fueran de carácter real o personal.

La cuestión que a nosotros nos interesa es la situación de aquellos señores que no pudieran presentar los títulos documentales justificativos de sus derechos sobre la tierra, piénsese que muchos se habían perdido a lo largo de los siglos, o bien porque los derechos presentados no bastaran para amparar sus pretensiones.²

En atención a lo anterior se suscitó el problema de determinar cual era, entonces, su situación jurídica, y si los derechos dependen de esta presentación, y su omisión conllevaría una pérdida de los mismos, tendrá, entonces, virtualidad la posesión centenaria o en su caso la

otro remedio que ver los títulos", y continua diciendo: "...¿debía abrirse juicio público para su examen?, he aquí el origen de nuevas dificultades".

¹.- MOXO, "La disolución..." op. cit. página 58, considera que estos señoríos son los "señoríos ilegítimos o con vicio de origen" de acuerdo con los artículos 1 y 14 del Decreto que aquí estudiamos.

² Las posibles causas de oposición de los señores a la presentación de los títulos obedecían, según MOXO, a:

- la inexistencia o caducidad o frecuente falta de precisión respecto a los derechos donados.
- una cuestión de práctica forense, radicada en el juego de presunciones y en la atribución de la carga de la prueba.

Ver "La disolución..." op. cit. página 73.

prescripción inmemorial.

Debe tenerse presente, además, que muchas veces, los linderos entre las heredades eran confusos y que los señores habían acaparado, incluso, bienes comunales integrándolos en su señorío jurisdiccional-territorial.

La problemática que planteamos debe verse al albur de todas las disposiciones abolicionistas, entendidas dentro del contexto histórico legislativo del momento.

A tenor del artículo 5, la no presentación de los títulos impedía la transformación de los señoríos territoriales en propiedad particular. Su presentación permitía este cambio, salvo que fueran de aquéllos que enumeraba dicho precepto a cuyo fin debía llevarse a cabo un examen minucioso de los documentos justificativos del dominio. De dicha comprobación bien podía resultar que se poseyeran bienes raíces sin título legítimo propio o suficiente para hacerlo.¹ Se trataría de señoríos viciados en su origen y que serían incorporados a la nación.² Luego, por tanto, la expresión "título legítimo" debe interpretarse en el sentido de completo supuesto de hecho de una adquisición derivativa de la propiedad.

No obstante, como he dicho, la cuestión no fue solventada por el Decreto de 1811, deberá esperarse a la legislación posterior, para ver como se regulaba y lo que sucedía con la presentación de los documentos.

Las Cortes del Trienio elaboraron y publicaron la Ley de 3 de mayo de 1823, por la que se establecía la obligación de los señores de la presentación de los títulos de adquisición, en los términos reseñados y exigidos por el Decreto de 1811, y si del examen resultaba ser que dichos bienes se poseían

¹.- El artículo tercero de la ley de mostrencos de 1835, ya se refiere a aquellos "... detentados o poseídos sin título legítimo".

².- En cuanto a los señoríos legítimos, mantiene MOXO, que era suficiente la presentación del título de agresión de la Corona para que la posesión legítima se transformara en propiedad particular. Ver "La disolución...". op. cit. página 72.

sin título legítimo, quedaban estos incorporados al patrimonio de la nación, o lo que es lo mismo pasaban a ser patrimonio del estado.

Con el régimen liberal de María Cristina se publicó la última ley abolicionista, de fecha Ley de 26 de agosto de 1837, con una clara tendencia contemporizadora y moderadora.¹ Ahora, la presentación de títulos sólo es aplicable a los señoríos solariegos o territoriales que hayan tenido señorío jurisdiccional previo, según los artículos 1 y 3, admitiéndose otro tipo de pruebas en ausencia de aquellos.

Una de las cuestiones que se plantea es saber si entre esas pruebas se contaba la prescripción por posesión inmemorial. En esta Ley puede apreciarse que no era ésta la vía para obtener bienes y rentas reales o cuando menos era inefectiva dada la necesaria comprobación de todos y cada uno de los títulos que se presentaran. Por otro lado, la operación desamortizadora ya se había iniciado siendo más rápida y contundente, mientras que la desvinculadora y supresora de los mayorazgos iba tocando a su fin.²

MOXO, en su obra nos muestra la conexión existente entre las leyes abolicionistas del régimen señorial y las leyes desvinculadoras de las cual hablaremos posteriormente y que son también posteriores cronológicamente, además, hace una

¹ GUTIERREZ FERNANDEZ, afirma que "La Comisión buscaba un medio conciliatorio y tuvo por el más conveniente limitar a un solo caso la presentación de los títulos". Ver "Códigos o..." Tomo II op. cit. página 170.

Vid. MOXO, "La disolución..." op. cit. página 155-156.

².- Afirma MOXO, que "... la precipitada y sectaria obra desamortizadora de Mendizábal, contrasta con la lenidad con que se procedió a la pretendida liquidación de los señoríos nobilarios. Frente a la ruda confiscación de los edificios y tierras monacales, los antiguos y grandes señores territoriales conservarían con el breve recorte de ciertos derechos, rentas y gabelas, casi indemnes sus extensas fincas, censos palacios y dependencias. Si la clase nobiliaria sufrió efectivamente, en sus intereses y en su fuerza, en el siglo XIX, poco se debió a la abolición señorial, régimen este herido ya por la política ilustrada de los Borbones. Hay que atribuirlo, en esencia, a otras causas, valga como ejemplo la supresión de los mayorazgos; las nuevas normas hereditarias y el incipiente auge industrial. Mucho más afectarían estas a la nobleza, como clase, que la supresión de los señoríos jurisdiccionales, a los que la Monarquía, especialmente en el siglo XVIII, había ido recortando facultades, tratando así de vaciar su contenido político y administrativo". "La disolución..." op. cit. página 153.

mención indirecta al objeto principal de nuestro trabajo. Dicho autor alude también, expresamente, a las "nuevas normas hereditarias", expresión que no debe enlazarse exclusivamente con el tema de la supresión de los mayorazgos sino también con la Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 1835 que es la que, propiamente, dicta y contiene unas nuevas normas hereditarias dada la ausencia de Código Civil.

De acuerdo con la Ley de Mostrencos, pertenecen al Estado aquellos bienes semovientes, muebles e inmuebles, derechos y prestaciones vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni Corporación alguna, así como los bienes detentados o poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicaciones con arreglo a las leyes comunes.¹

En una primera aproximación, sin perjuicio de que después nos detengamos extensamente sobre el tema, podemos definir los bienes vacantes o sin dueño conocido como aquellos que no se sabe a quien pertenecen dada la confusión o incertidumbre en torno a los linderos y cuya determinación no se deriva de los títulos justificaciones de la adquisición.²

Como bienes detentados o poseídos sin título legítimo, podemos definir aquellos que eran poseídos por los señores

¹.- "Artículo 1º. Corresponden al estado los bienes semovientes, muebles e inmuebles, derechos y prestaciones siguientes:

Primero. Los que estuviesen vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni Corporación alguna".

"Artículo 3º. También corresponden al Estado los bienes detentados o poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo a las leyes comunes".

².- Nótese que se ha sustituido la conjugación "y" por la conjunción "o". Convengo con PANTALEON PRIETO en que la expresión "...vacantes y sin dueño conocido..." es una redundancia del propio texto legal.

ESCRICHE señala en su "Diccionario..." que bienes vacantes son aquellos inmuebles o raíces que no tienen dueño conocido. Ver Tomo II, página 104.

De ello deduce PANTALEON PRIETO, que "lo que dicha norma atribuía al Estado era sencillamente los inmuebles sin dueño conocido (esto es, vacantes) por no estar poseídos por nadie". "Comentarios al artículo 610". op. cit. página 141, nota a pie de página, número 238. Así pues, puede colegirse que se trata de bienes inmuebles vacantes de posesión y cuyo dueño se desconoce.

sin tener su causa en los documentos de adquisición.¹ Se invalidaba, consecuentemente, la prescripción adquisitiva, con carácter de posesión inmemorial, como modo de adquirir el dominio,² desapareciendo por tanto en su aplicación como medio para acreditar titularidad alguna.³

¹.- Ver artículo 5 del Decreto de 1.811 y el artículo 2 de la ley 1.823.

².- La problemática que se presentó en este extremo en el seno de las Cortes del Trienio puede verse en MOXO, "La disolución..." op. cit. páginas 116 y siguientes; GUTIERREZ FERNANDEZ, "Códigos..." Tomo II, op. cit. página 183; ESCRICHE, "Diccionario..." Tomo IV, op. cit. página 1006.

³.- Considera el profesor GARCIA de ENTERRIA que "La institución de la posesión inmemorial desaparece en su aplicación a los derechos soberanos, estos derechos ya no son regalías, potestades concretas y determinadas, sino contenido instrumental de una posición general y abstracta de superioridad en que la soberanía consiste a partir de la forma política, en desarrollo progresivo del Estado moderno". "Dos estudios...", op. cit. página 71.

3.- LA LEY DE ABOLICION DE LOS MAYORAZGOS DE 11 DE OCTUBRE DE 1820.¹

3.1.- La desvinculación de bienes en el orden civil.

Ya hemos señalado anteriormente, que junto a la legislación abolicionista confluye la normativa supresora de los vínculos y mayorazgos. Con anterioridad a la ley de 3 de mayo de 1823, otra ley, la de abolición de los mayorazgos de 11 de octubre de 1820 supuso un nuevo encontronazo con el Ancien Régime y su principio de perpetuidad de los bienes raíces. Esta ley sigue la línea establecida por las anteriores, de las que trae causa,² que consagra, constitucionalmente, el derecho de propiedad, pero de tal forma que podríamos considerar que esta ley va a llegar a condicionar la posterior historia legislativa española, influyendo en la concepción de la propiedad que el futuro código civil se adoptará, lo cual repercutirá, como veremos, decisivamente, en el llamamiento sucesorio al Estado.

El reconocimiento de la propiedad particular supone un primer paso hacia la libre disposición de los bienes o, cuando menos, de una parte de los mismos posibilitando la circulación de la riqueza.³

¹.- Esta ley estuvo vigente en la época del trienio liberal hasta ser derogada por Real Decreto de 1 de octubre de 1823, siendo restablecida por Real Decreto de 30 de agosto de 1836 y ratificada por otra ley de 19 de agosto de 1841.

².- Ver lo dicho anteriormente en cuanto al Decreto de 1.811.

Ver lo dicho para la Constitución de Cádiz de 1.812, cuando en su artículo 4 dice que: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".

³.- No quiero decir con ello que la explícita consagración del derecho de propiedad privada en la Constitución de 1812 fuera realizado con el deseo de ingresar nuevos fondos en las arcas del erario. Es obvio que las corrientes ilustradas procedentes del país vecino, así como de las doctrinas de la Escuela Racional de Derecho Natural y de la Codificación francesa con toda la carga ideológica que la misma comportaba fueron influjos necesarios e, incluso, suficientes para justificar el reconocimiento del derecho de propiedad individual en nuestro país. Pero, en cambio, no considero tan desacertado señalar que dicho reconocimiento unido a la legislación desvinculadora y de abolición de

La transformación de los señoríos territoriales como los demás derechos de propiedad particular, según lo establecido en el artículo quinto del Decreto de 1811, conllevaba como inherente a la misma la libre disposición de los bienes. Si ésta era imposible debido a las vinculaciones, el expreso reconocimiento del derecho de propiedad privada quedaba hueco de contenido. Su única virtualidad se daba en la eliminación de las relaciones señoriales y de vasallaje y la consideración, en virtud de lo dicho en el artículo sexto del Decreto de 1.811, por el cual "los contratos, pactos o convenios que se hayan hecho en razón de aprovechamientos, arriendos de terrenos, censos u otros de esta especie celebrados entre los llamados señores y vasallos... como contratos de particular a particular".¹

Inciendo en la problemática de la libre disposición de los bienes, la Ley de 11 de octubre de 1820, era clara al precisar en su artículo primero la supresión de vinculación alguna de los bienes, pasando a ser desde el momento de su promulgación como bienes absolutamente libres.²

Consecuentemente con lo anterior, los bienes eran libres y se podía disponer y traficar con ellos. A su vez, la

los señoríos permita plantear el interrogante, agudamente, expuesto por un historiador del derecho, sobre cual es, o podría ser el título jurídico acreditativo del derecho de propiedad.

¹ Ello, presumiblemente, tenga su justificación en el hecho de que el fin inmediato del citado Decreto fuera la incorporación a la nación del ejercicio de la justicia, ya fuera en su vertiente civil como criminal, que ostentaban los señores, es decir, el señorío jurisdiccional (artículo 1), siendo el fin mediato la conversión de los señoríos territoriales y solariegos en propiedad privada. No obstante, lo que inmediatamente generó polémica en la doctrina y contenciosos ante los tribunales no fue la incorporación a la nación de los señoríos jurisdiccionales, que se aprecia como un hecho consumado, sino de los señoríos territoriales como consecuencia de la presentación de los títulos y la pérdida de las prestaciones que hasta entonces recibían. Por tanto, según los efectos perseguidos con las normativas de los períodos constitucionales y la incipiente reforma de la agricultura, la existencia de los señoríos territoriales podía considerarse un mal menor. Ver MOXO, "La disolución...", op. cit. páginas 56 y siguientes.

².- Dice el artículo 1, del citado Decreto que:

"Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juro, foros ó cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres".

supresión de las vinculaciones hasta la fecha existentes se correspondía con la prohibición general de establecerlas en el futuro.¹

No obstante, a los efectos de salvaguardar las expectativas de aquellos que debían suceder en las vinculaciones suprimidas esta libertad de disposición no fue total sino que se dio en sucesivas etapas.²

En primer lugar, y según el artículo segundo del Decreto, los actuales poseedores de bienes vinculados podrían, desde luego, disponer libremente de la mitad de los bienes; la mitad restante pasaría al que debía suceder inmediatamente en el mayorazgo.

En segundo lugar, se establecía en el mismo artículo segundo, que el sucesor podría disponer, también, de su mitad con entera libertad.³

El artículo noveno del mismo texto legal dejaba a salvo las demandas de incorporación y de reversión que ya estuvieran entabladas o que en lo sucesivo debieran

¹.- En este sentido bastará con ver el artículo 14 del Decreto, al decir que: "...nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos u otros fondos extranjeros".

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de febrero de 1857, flexibilizó el rigor de esta ley, que declaraba la incapacidad absoluta para adquirir bienes raíces a los establecimientos de beneficencia y demás manos muertas. De tal forma, que el Código civil en su redacción final, influenciado por esta doctrina, concederá plena capacidad para adquirir y transmitir a estos establecimientos, tal y como luego estudiaremos.

².- Ver PACHECO, "Comentarios...", 4ª edic. op. cit. página 12 y GUTIERREZ FERNANDEZ, "Códigos..." Tomo II. op. cit. página 324.

El artículo 13 de la ley que se está analizando mantuvo la subsistencia de los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que se disfrutaran como anejas a ellas. De este modo, el orden de suceder en los títulos nobiliarios y grandezas se regía por el orden de suceder de las vinculaciones, perdurando hasta la actualidad. Vid. RD de mayo de 1912, RD 8 de julio de 1922 y RD de 11 de marzo de 1988 sobre títulos nobiliarios y grandezas modificando los dos Reales decretos anteriores.

Ver CLEMENTE de DIEGO, "Instituciones..." Tomo III op. cit. páginas 352 a 354.

³.- En un desarrollo jurisprudencial posterior del mismo, esta exigirá que el que pretenda suceder en la mitad reservable pruebe su derecho personal al mayorazgo. Ver S.T.S. de 28 de junio de 1864. J.C. nº 202. Página 549.

instaurarse aunque los bienes vinculados hasta ese momento hubieran pasado como libres a otros poseedores.¹

Los artículos quince y dieciséis incidían en las conocidas manos muertas prohibiéndoles, por un lado adquirir bienes inmuebles o raíces por el título que fuera² y por otro imponer tributos.³

Como contrapunto de la liberalización que supone el redactado e los artículos anteriores, en el mismo Decreto, en su artículo trece, se mantiene la subsistencia de los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que se disfrutaran como anejas a ellas. De este modo el orden de suceder en los títulos nobiliarios y grandezas se regía por el orden de suceder de las vinculaciones, perdurando hasta su actualidad, influyendo decisivamente este precepto en la legislación posterior hasta nuestros días.⁴

En relación a lo anterior, en concreto al carácter pausado de los cambios que fue introduciendo la legislación desvinculadora, henos de referirnos a dos ideas, magistralmente, expuestas por el profesor TOMAS Y VALIENTE.

En primer lugar, destaca este autor que la liberación de los bienes se llevó a cabo en dos períodos sucesivos, con el fin de evitar una disminución del valor de los bienes

¹.- PACHECO, "Comentarios..." op. cit. página 41, incide en que: "Los fiscales del Consejo de Hacienda rebuscaban con el mayor empeño cuáles estados o bienes de grandes mayorazgos habían salido de la Corona y podían tornar al Fisco por reversión o serle incorporados por cualquier otra causa".

².- En el artículo quince se especifica dicha prohibición al no poder adquirir bienes "...ni por testamento, ni por donación, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicación en prenda pretoria ó en pago de réditos vendidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo u oneroso".

³.- "...ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravamen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestación de alguna cantidad de dinero o de cierta parte de frutos, o de algún servicio a favor de la mano muerta, y ya en otras reposiciones anuales".

⁴.- Ver la regulación que sobre títulos nobiliarios y grandeza se hace en los Reales Decretos de mayo de 1.912, 8 de julio de 1.922 y el de 11 de marzo de 1.988.

desvinculados.¹ En efecto, no podía pasar de la nada al todo con la consiguiente pérdida de valor de los bienes, sin pasar por una fase intermedia como preparación del desenlace final por todos conocido. Pero, además, entiendo que no podía ser de otro modo, básicamente, por dos razones: La primera, porque la Corona tenía una vía de adquisición de bienes representada por la reversión y la incorporación. Y la segunda, porque no se trataba de arrebatar toda la riqueza a las clases nobles todavía con un gran poder, tanto político como económico, lo que hubiera supuesto, entonces, un grave freno al movimiento revolucionario que se iba afianzando.

En segundo lugar, las leyes desvinculadoras permitieron una libertad de enajenación, hasta entonces inexistente, inter vivos y mortis causa.² Muestra, ello, lo que antes decía, la tendencia moderada de las normativas abolicionistas y desvinculadoras. No obstante, ésta, adquirirá mayor relieve con la desamortización.

Estas afirmaciones deben ser atribuidas, dado su alcance general, no sólo a la Ley de 11 de octubre de 1820, sino también a las posteriores, tras las sucesivas restauraciones del régimen liberal: la Ley de 28 de junio de 1821, la Ley de 6 de junio de 1835 y la definitiva Ley de Espartero de 19 de agosto de 1841 que da un rotundo aldabonazo al tema de las vinculaciones. En concreto, debe destacarse el artículo uno de la primera de la leyes citadas, que modifica su homónimo de la Ley de 1820 en cuanto elimina el requisito de la previa tasación en la formación de los dos lotes que debían hacerse:

¹.- TOMAS y VALIENTE, "Manual..." op. cit. página 411.

².- Considera TOMAS y VALIENTE, que. "...suprimir la institución de los mayorazgos y liberalizar la disposición sobre los bienes hasta entonces vinculados, no obligaban a que tales bienes fuesen enajenados: simplemente permitían una libertad de enajenación hasta entonces prohibida. Por lo tanto, la legislación desvinculadora no supuso necesariamente una transformación de propiedades, no privó a los nobles de sus bienes. Tan sólo les permitió que los vendieran o transmitieran libremente inter vivos y mortis causa. Los nobles no fueron víctimas de ningún tipo de expropiación por estas leyes...". Ver "Manual..." op. cit. página 411 y la obra del mismo autor en "La obra legislativa..." op. cit. página 160.

aquél del que puede disponer libremente el poseedor actual y aquél que debía pasar al inmediato sucesor en la vinculación. Las razones de esta modificación, según autores de la época es que así se facilitaba la circulación de los bienes y se evitaba a sus poseedores gastos innecesarios.¹

La Ley de junio de 1.835 citada ejerce la tendencia moderadora que antes decíamos, en cuanto que permite mantener a los poseedores actuales del vínculo en los bienes que fueron devueltos a tenor de la Cédula de 11 de marzo de 1824, siempre que reintegren a los compradores el precio de la venta más los intereses que correspondan.²

Finalmente, la última de ellas, la ley de 19 de agosto de 1841, en especial en sus artículo nueve y diez, pretende solventar los problemas de derecho transitorio derivados de las diferentes fases previas supresoras y restauradoras de las vinculaciones.

3.2.- La legislación legal de los Patronatos, capellanías y obras pías.

Esta normativa anterior tan variada afectó a patronatos, capellanías y, en general, a las obras pías, fijando la supresión de cualquier vinculación.³ La doctrina conviene que pese a que esta ley pretendía desterrar las vinculaciones de carácter civil, no hay una mención explícita de los patronatos laicales y las capellanías mercenarias que puedan considerarse englobadas en la declaración genérica antedicha

¹.- Según PACHECO, "Comentarios..." op. cit. página 75, así "...se facilitaba la circulación de los bienes y se evitaba a sus poseedores gastos innecesarios".

².- Ver artículo 5.

³.- El artículo uno de la Ley de 11 de octubre de 1820 consideraba suprimidos los patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones.

en la nota uno.¹

El fideicomiso, por su parte, no quedaba huérfano de regulación desvinculadora. Ya se ha señalado anteriormente que el artículo primero de la Ley de 1820 lo menciona expresamente, si bien deberá diferenciarse entre el fideicomiso familiar y perpetuo y fideicomiso temporal. Sólo el segundo quedará a salvo de la abolición de las vinculaciones de bienes.²

En cuanto al régimen sucesorio intestado, hay que constatar que hasta la Ley de Mostrencos de 1835 era aquél que consignaba la Ley VI del Título XXII del Libro X de la Novísima Recopilación y, por lo tanto, tras los colaterales hasta el cuarto grado, heredaba la Cámara Real. A partir de 1835, el régimen sucesorio adquiere otro sesgo si bien el Estado es llamado "in extremis" a las herencias intestadas. A este tema dedicaré los siguientes epígrafes ya que antes de referirnos a las mismas interesa abordar otra cuestión conexa y afina con las hasta ahora analizadas, tanto material como temporalmente, como es el estudio de la normativa desamortizadora.

3.3.- La Desamortización de bienes eclesiásticos.

Ya anteriormente en este trabajo hemos estudiado como al final del siglo XVIII, durante el reinado de Carlos IV se produce lo que podríamos entender como la primera operación de carácter desamortizador, siendo precursora de una más

¹.- Ver GOMEZ de la SERNA y MONTALBAN "Elementos..." Tomo III op. cit. página 122; PACHECO "Comentarios..." op. cit. página 2; DE BUEN, "Derecho Civil..." op. cit. páginas 184 y 193; BONET RAMON "Comentario..." op. cit. páginas 790 y 793; MALUQUER de MOTES, "La fundación..." op. cit. páginas 101 y 174 para las capellanías laicales (mercenarias) y página 176 para las capellanías colativas;

².- Ver MALUQUER de MOTES, en su obra "La fundación..." op. cit. página 87 y especialmente páginas 192 y 193, en las cuales, con el soporte de abundantes citas jurisprudenciales, este autor nos enseña el cambio de criterio adoptado por la jurisprudencia respecto del fideicomiso temporal.

amplia como fue la llevada a cabo por MENDIZABAL, con el objetivo de financiar la enorme deuda pública existente.

Como es suficientemente conocido el proyecto de Mendizábal se dirigía a "extraer" de las "manos muertas" eclesiásticas,¹ tanto del clero regular como del consular, todos o la mayor parte de bienes raíces que contenían sus respectivos patrimonios. Contra el primero de ellos se dirige mediante la promulgación del Real Decreto de 19 de febrero de 1836. Este Decreto, que fue dictado con la finalidad antedicha, establecía que el pago del precio de remate debía hacerse en "títulos de la deuda consolidada o en dinero efectivo" a elección del adjudicatario. Cuando de dinero en efectivo se tratara éste debía destinarse íntegramente a adquirir títulos de la deuda pública.²

Es con ESPARTERO y la Ley de 2 de septiembre de 1841, con la que se cierra el episodio de la venta de los bienes amortizados por las llamadas secular e históricamente.³

Si hemos destacado el extremo relativo al pago del precio de remate y hemos soslayado, conscientemente, otros aspectos cuyo estudio compete a otras disciplinas, ha sido para poner de relieve el fin explícito que se perseguía con la operación desamortizadora, que no era otro que la

¹.- A la desamortización "civil", por así decirlo, se dedicó la Ley de 11 de octubre de 1820. Ver AZCARATE, "Ensayo...". Tomo II. op. cit. páginas 286 y siguientes.

².- Contra el clero secular se dirige MENDIZABAL con una segunda Ley de 29 de julio de 1837 con la finalidad de obtener los mismos resultados que con la primera. Esta ley que fue promulgada con todos los pronunciamientos, tuvo la paradoja de estar vigente, pero no ser aplicada en la práctica, por cuanto que la misma señalaba que la enajenación de los bienes a los cuales iba dirigida, no debía iniciarse inmediatamente a su promulgación sino dentro de los seis años siguientes a partir del año mil ochocientos cuarenta, por sextas partes, para evitar el colapso que un exceso de oferta produciría, y la rebaja consiguiente, como pudo observarse con la ley de 1.836.

Ver TOMAS y VALIENTE, "El marco..." op. cit. página 85.

³.- Interesa destacar de esta última Ley que el pago del precio de remate debía hacerse en metálico hasta el diez por ciento de su importe, y en títulos de la deuda o en cupones de intereses vencidos de la misma, el noventa por ciento restante. Ver TOMAS y VALIENTE, "El marco..." op. cit. páginas 97-98.

financiación de la deuda pública.¹

Sea cual fuere la verdadera razón para la promulgación de la legislación desvinculadora, conviene dejar claras dos ideas básicas:

Primero se desvinculan los bienes de los nobles, pero no se impone su enajenación como bienes de libre disposición, mientras que las instituciones eclesiásticas sufren las consecuencias de la desamortización en todos sus extremos, incluido el de la venta forzosa.

Segundo, con la incorporación de los señoríos territoriales a la nación y la desamortización, se abren dos vías efectivas e inmediatas para cubrir las necesidades imperiosas y agobiantes del momento histórico en el que estamos situados. No lo es, en cambio, la sucesión intestada. Las herencias que, en su caso, se pudieran adquirir a fin de paliar la deficiencia económica de la Hacienda real deben verse como una solución a largo plazo, eventual y, por tanto, mediata. Téngase presente que la Ley de adquisiciones a nombre del Estado, que regulaba esta temática, estaba por aquel entonces vigente. Si, realmente, se hubiera pretendido por esta vía solucionar los conflictos hacendísticos se habría reflejado en la regulación de la sucesión legítima del Estado cuando, a mi juicio, no es así, pues no en vano, en cierta manera, se recoge la normativa que en este extremo contenía la legislación de Partidas.

La legislación del proceso desamortizador que arremetió contra los bienes de la Iglesia exceptuaba, sin embargo, los bienes pertenecientes a "prebenda, capellanías, beneficios y demás fundaciones de patronato pasivo de sangre".² A las

¹.- A estos otros aspectos reseñados se refiere TOMAS y VALIENTE, al decir que: "...la pretendida defensa del trono de Isabel II a través del mismo proceso desamortizador, procurando crear partidarios liberales entre los interesados en la consolidación de las ventas de los bienes desamortizados...". Ver "El marco..." op. cit. página 73. Del mismo autor vid. "La obra legislativa..." op. cit. páginas 170 y siguientes y "Recientes investigaciones..." op. cit. páginas 117 y siguientes.

².- Artículo 3 de la Ley de 29 de julio de 1837 y Artículo 6.1 de la Ley de 2 de septiembre de 1841.

capellanías colativas se refiere la Ley de 19 de agosto de 1841.¹ Las anteriores disposiciones supusieron el fin de todas aquellas vinculaciones que de una forma u otra estaban afectas a un interés común y altruista. Estos fines altruistas se laicizarán y recaerán sobre el Estado que, dada su penuria, poco o nada podrá hacer; lo que producirá que se dirija la mirada hacia las instituciones y fundaciones de carácter benéfico-docente con el fin de intentar controlar su administración así como la inspección de las cuentas al considerarse que estaban mal gestionadas.²

Por otro lado, el Proyecto de 1.851 de Código civil permite sostener esta idea, ya que en su artículo 608 admite la capacidad de obrar de tales entidades con la consiguiente posibilidad de adquirir bienes muebles, no inmuebles, obviamente, por testamento, siempre que medie la aquiescencia de la autoridad gubernativa.³

¹.- En su primer artículo nos dice que la "adjudicación como de libre disposición a los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco según los llamamientos; pero sin diferencia de sexo, edad, condición ni estado".

².- Tras un período de confusión en el que se tome la desaparición de las fundaciones benéficas, al disponer la Ley de 11 de octubre de 1820 la no creación de las mismas en lo sucesivo, lo cierto es que las leyes sobre beneficencia reconocerán la existencia y plena validez de los establecimientos de beneficencia de origen particular. Señala PACHECO, que el artículo 14 de la Ley de 1829 debía entenderse referido exclusivamente a las amortizaciones de bienes por entidades eclesiales. "Comentarios..." op. cit. página 62.

A lo anterior añade DE CASTRO que el artículo 15 de la misma ley al prohibir al amortización y enseñanza de "los hospitales, casa de misericordia y enseñanza" admitía implícitamente la supervivencia de tales manos muertas. Ver "La persona jurídica". op. cit. página 102.

Al respecto, ver la síntesis que hace MALUQUER de MOTES, en "La fundación..." op. cit. páginas 102 a 104.

³.- De hecho, la base de la Comisión general, modificada por la Sección en 1850, permitía en las denominadas "manos muertas" la adquisición de bienes inmuebles siempre que mediara la aprobación del Gobierno pero con el fin de que se vendieran en el plazo que el mismo fijara. El tenor de esta base no pasó al Proyecto de Código Civil, por las razones que alude GARCIA GOYENA al decir al respecto que "... el olvido ú omisión..." que hizo que tales artículos pasaran al mismo en su primitiva redacción. "Concordancias..." Tomo I-II. op. cit. página 57.

Por su parte, el artículo 33 del mismo texto consideraba a las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley como "personas morales" para el ejercicio de los derechos civiles. El coautor del Proyecto señala que en este punto se ha conservado el Derecho Español y así tales entidades gozan de los derechos civiles si bien con las restricciones y modificaciones puestas por las leyes. Una de ellas es la del artículo 608 del Código Civil. Ver op. cit. página 44.

De otra parte, es necesario hacer mención en el proceso desamortizador, de la ley promulgada en el bienio progresista de 1 de mayo de 1.855, conocida como Ley Madoz. Los bienes que se declaraban en estado de venta eran los del Estado, el Clero, las Ordenes militares, Cofradías, Obras pías, bienes secuestrados al ex Infante don Carlos, de propios y comunes, beneficencia, Instrucción pública y demás manos muertas.¹ Por contra, se exceptuaban de dicha venta, entre otros bienes, los edificios que ocupan los establecimientos de beneficencia e instrucción y las capellanías destinadas a instrucción pública. De esta forma, de alguna manera, se salvaban de la desamortización las instituciones que perseguían un interés común y altruista.

Finalmente, cabe destacar dos cuestiones. La primera es que sigue existiendo esa conexión entre desamortización y amortización de la deuda pública si bien aminorada por el hecho de que se excluye que el precio de remate se pague con títulos o vales de deuda pública. La segunda, parte del importe de la venta de los bienes se destinará a obras de infraestructura, especialmente, a financiar la construcción de las líneas del ferrocarril.²

¹.- Ver artículos 1 y 2 de la citada ley.

².- TOMAS y VALIENTE, "El marco..." op. cit. páginas 152 y siguientes.

4.- EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1821.

Como ya hemos dicho anteriormente, con la Constitución de 1.812, y anteriormente en el Estatuto de Bayona,¹ se fijaron los cimientos para la unificación de los cuerpos legales, o lo que el mismo se establecieron las bases para la Codificación del derecho civil vigente en España.²

No obstante lo anterior, y hasta el advenimiento de un nuevo régimen liberal, durante el trienio del mismo nombre, en el período que va de los años 1820 a 1823, no empezará a tomar cuerpo, ni se iniciará el desarrollo de la idea manifestada en la Constitución liberal, en cuanto a la voluntad de terminar con la dispersión de leyes en el ámbito civil recogidas en meras Recopilaciones, hasta sistematizarlas en verdaderos cuerpos legales codificados.

Fruto de este primer intento fue el proyecto de Código civil de 1821 que aquí vamos a examinar encargado a una comisión real de la que destaca el insigne jurista, Nicolás María de GARELLY.³ Este Código carece de importancia en el ámbito material de nuestro trabajo, ya que en él no hay referencia alguna a los aspectos sucesorios, ni tan siquiera

¹.- El artículo 96 del citado Estatuto, dice que: "Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales."

².- El artículo 258 de la Constitución de Cádiz, establece que: "El Código civil y Criminal y el de Comercio, serán los mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por las particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".

Ver ROCA I TRIAS, "La codificación y el derecho foral". R.D.P. 1.978.

Tanto el artículo 96 como el 258 aparecen como una manifestación de la idea originaria de la Codificación como fenómeno no exento de una cierta vocación de universalidad, dentro de cada país, tanto en cuanto a su idea uniformadora del derecho, como en cuanto a la universalidad de las materias en él tratadas: la convivencia de lo privado y lo público "El Código civil y criminal" o "un solo Código de leyes civiles y criminales".

³.- En palabras de PESET REIG, "Anotaciones y concordancias del proyecto de Código civil de 1.821". A.D.C. 1975. Página 38, será Garellly, no sólo unos de los miembros más destacados de esta comisión, sino el autor o redactor material de la mayoría de los preceptos recogidos, al decir que: "Creo, por tanto, que debe tenerse por obra de Garellly en sus líneas principales. Sólo de esta manera es explicable la celeridad con que se realizó".

a los bienes que debían formar parte del patrimonio del Estado. La única importancia del mismo radica en el momento en que se produce, bastando con ver donde y como se incardina temporalmente en nuestro trabajo.¹

Como ya he dicho este proyecto de Código civil no va a tener excesivo interés, no sólo por lo limitado y disperso de la materia que regula, recogiendo incluso materias ajenas a lo civil,² sino porque este proyecto, como consecuencia de los avatares históricos quedó incompleto y no fue publicado nunca, ni mucho menos, como se sabe, llegó a entrar en vigor.³

Su interés se encuentra, no obstante, en el hecho de ser, en el ámbito del Derecho civil, el primer intento de llevar a cabo la codificación de acuerdo con las pautas liberales, en buena medida marcadas por la Constitución gaditana y como tal supone un primer paso oficial hacia la

1.- En realidad, este trabajo codificador no influirá para nada en el desarrollo legal posterior de la materia objeto de estudio en nuestro trabajo. Quienes si influirán decisivamente serán como ya hemos la legislación desvinculadora y desamortizadora, y posteriormente, como veremos, la ley de 1.835.

2.- Dicho Código contenía normas de derecho administrativo, y al igual que el actual disposiciones de carácter procesal.

3.- Uno de los principales problemas metodológicos que plantea el proyecto es la falta de una idea clara de cual debía ser su contenido, o lo que es lo mismo, falta de determinación de lo que debía recogerse y sistematizarse en él.

En la exposición de motivos del proyecto de Código Civil de 1.836, se dice que: " La Comisión nombrada por Real Decreto de 29 de enero de 1834 para la formación de un proyecto de Código civil se ocupó desde sus primeras sesiones en el examen de los trabajos que estaban ya hechos sobre algunas materias del mismo y que le fueron remitidos por el Ministerio de V.E. Reducíanse estos al primer libro redactado ya por la Comisión que nombraron al intento del año 1821 y presentado a las mismas para su discusión; y otro Libro 1º de un nuevo proyecto formado por el señor Cambronero -al que vamos a tener ocasión de referirnos más adelante- a consecuencia del encargo que le había dado el Gobierno. Al primero de ellos acompaña un discurso preliminar que abunda en ideas luminosas y en el cual manifiesta la Comisión el método que se había propuesto seguir. Lástima que así como ha podido salvarse el libro primero, por estar impreso y haber circulado algunos ejemplares, no se hayan conservado los trabajos relativos a las otras materias que debía abrazar el Código; pero desgraciadamente todo pereció a consecuencia del trastorno acaecido en el año 23, sin que haya quedado de los otros libros más que la idea general y rápida que da la Comisión de los títulos que había de contener. Si hubiese llegado a completarse esta obra difícilísima, tal vez habría llenado las esperanzas y los deseos generales según el acierto con que desempeñó el libro que nos ha quedado.

Ver LASSO GAITE, "La Codificación..." op. cit. página 322.

determinación del Derecho civil a través de un Código y hacia la consumación de las pretensiones liberales, cuyos puntos fundamentales, en este sentido, van a ser en buena parte, objeto del presente estudio.

5.- LA LEY DE 9 DE MAYO DE 1835. LEY DE MOSTRENCOS ACOTADOS.

5.1.- Génesis de la ley y precedentes.

Esta ley, se enmarca en el vaivén de ideas jurídicas, filosóficas y políticas que se reflejan a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. De ahí que podamos referirnos básicamente a cuestiones previas y básicas de la misma.

Por un lado, y mirando hacia la historia legislativa preexistente, que pueda afirmarse que el espíritu que informaba a las leyes de los siglos anteriores se reprodujera en ésta complementando de esta suerte la fase desvinculadora y abolicionista de los señoríos, encontrándose conexiones directas con la legislación promulgada anteriormente. Por otro lado, y mirando hacia el futuro legislativo que marca su publicación, esta se debe a una de las primeras formas de legislar en el ámbito civil sin existir ni promulgar previamente un Código civil,¹ mediante legislación especial, intentando, a su vez, dar cumplimiento al mandato constitucional de unos mismos códigos para todos los españoles.

La primera de las conexiones la encontramos en la legislación ya comentada del 1.811. Como ya hemos dicho es esta época en la que se da un mayor apogeo del derecho de reversión y de incorporación de los bienes a la nación el llamado señorío territorial, no llegando a promulgarse ley alguna reguladora de este tipo de actos.² No obstante, sí se

¹.- Particularmente con la no publicación del Proyecto de Código civil de 1.851, esta situación se acentuará publicándose leyes civiles como pueden ser la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Matrimonio civil o la Ley del Registro civil, produciéndose lo que en palabras de LASSO GAITE, se llamó "codificación por leyes especiales". op. cit. vol. I. página 316.

².- Ver al artículo 5 del Decreto de 1.811.

constata la existencia de un expediente de Ley General de Incorporación.¹ Inicialmente, en los bienes que debían ser incorporados a la nación se planteó, como anteriormente hemos estudiado, cuál debía ser la naturaleza jurídica de esta reversión. Con la promulgación de la Ley de Mostrencos este tema aparece solucionado, la adquisición de los citados bienes se produce ex lege.² El propio título de la ley así lo corrobora. Pero esta adquisición "ex lege" descansa en un doble supuesto normativo. Así preceptúan los artículos primero y tercero al establecer que bienes corresponden al Estado.³

El problema que se plantea y que intentaremos resolver en nuestro trabajo es descifrar en qué bienes estaba pensando el legislador cuando redactó la Ley, así como el destino de los mismos. En atención a las disposiciones y conceptos de la época se consideraba que bienes vacantes o sin dueño conocido eran aquellos de los cuales se desconocía su pertenencia dada la incertidumbre en cuanto a sus linderos y cuya determinación no se derivaba de los títulos justificativos del dominio. Con la entrada en vigor de esta ley, deberá

1.- Citado por MOXO, en "La disolución..." op. cit. página 73.

2.- VALLADARES RASCON, "La ley..." op. cit. página 390. La autora sustenta la misma tesis para la regulación que, actualmente, hacen los artículos 21 y 22 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

En cuanto a la interpretación de este texto legal como adquisición ope legis por parte del Estado de los conocidos bienes mostrencos, ver voz "Bienes mostrencos" Tomo III, en NEJ Seix op. cit. página 377; MOLINER NAVARRO, ver voz "Ocupación de Bienes" Tomo XVIII, NEJ Seix op. cit. página 348; LACRUZ BERDEJO, "Elementos..." Tomo III y V.I op. cit. página 131; DIEZ-PICAZO Y GULLON "Sistema..." Tomo V op. cit. página 206; ALBADALEJO GARCIA, "Derecho..." Tomo III y V.I op. cit. página 322; GARCIA CANTERO, "La adquisición..." op. cit. página 64 y 68 y siguientes; PANTALEON PRIETO, "Comentarios al artículo 610 del Código Civil", en EDERSA Tomo VIII op. cit. página 135 y nota a pie de página núm. 233; BAYONA DE PEROGORDO, "El Patrimonio..." op. cit. página 243; GONZALEZ-BERENGUER, "La Ley de Bases..." op. cit. página 91; VANACLOCHA BELLVER, "Estudio..." op. cit. página 32.

3.- "Artículo 1º. Corresponden al Estado los bienes semovientes, muebles e inmuebles, derechos y prestaciones siguientes:

Primero. Lo que estuvieren vacantes, y sin dueño conocido, por no poseerlos individuo ni corporación alguna".

"Artículo 2º. También corresponden al Estado los bienes detentados ó poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo a las leyes comunes".

añadirse que, además, los citados bienes no deben estar poseídos por "individuo o Corporación alguna".

En cambio, bienes detentados o poseídos sin título legítimo eran aquellos poseídos por los señores sin tener su causa en los documentos de adquisición.

Precisamente, la expresión "título legítimo" es un resabio de la abolición de los señoríos, de aquella previa presentación de los títulos originales de adquisición de los mismos, a la que se podría añadir la idea de la no posesión "por Corporación alguna", locución ésta que parece hacer referencia a todas aquellas instituciones que tenían la mayor parte de bienes raíces del país amortizados y que desaparece en la actual Ley de Patrimonio del Estado.

Esta explicación de carácter histórico se corresponde con la interpretación de Derecho positivo que hace PANTALEON, para quién a su juicio el llamado "poseedor con título legítimo", en la terminología de la Ley de Mostrencos, era sólo la persona que había adquirido validamente el inmueble de su propietario, o sea, el poseedor propietario, y, al contrario, cualquier detentador o poseedor del mismo "sin título legítimo", era aquel cuya presencia no podía impedir la adquisición del inmueble por el Estado si éste llegaba a estar carente de dueño". Por ello, podemos convenir con este autor en que "título legítimo" designa "el completo supuesto de hecho de una adquisición derivativa, que, junto al título definido en el artículo 1.952 y, naturalmente, al modo, incluye también la titularidad del transmitente".¹

Por otro lado, es difícilmente pensable la existencia de bienes vacantes por derrelicto ya que éstos pertenecían en su mayor parte al estamento nobiliar ávido de tierras a fin de

¹.- PANTALEON PRIETO, "Comentarios al artículo 610 Código Civil" en op. cit. páginas 131-132 y 148-149.

Ver también VALLADARES RASCON, "La ley..." op. cit. página 406 que considera que la expresión "título legítimo" hace referencia al "justo título" del artículo 1952 del Código civil. Entiendo que esta interpretación cae por su base ya que la locución "título legítimo" se refiere al supuesto de hecho de una adquisición derivativa como evidencia su origen histórico, y que, por tanto, presupone la legitimación del transmitente.

engrosar el patrimonio familiar.

La segunda de las conexiones se remonta al año 1798 y, en concreto, a la creación de la llamada Caja de Amortización de la Deuda Pública. En este punto, por tanto, conviene separar las dos materias y centrarnos en las nuevas normas hereditaria que proporciona la Ley de Mostrencos, no sin antes, por ello, aludir a otras cuestiones de índole general.

5.2.- Cuestiones y objetivos generales de la ley.

Esta ley, como es suficientemente conocida, se intitula "de adquisiciones a nombre del Estado" y norma no sólo a los llamados bienes mostrencos sino también a los ab intestados consolidando de esta suerte un modo de legislar que pasará a la posteridad¹ y que fue iniciado, por Fernando VI y seguido por Carlos III.

Precisamente, en la Exposición de Motivos del proyecto presentado por Nicolás María de GALLERY, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, y en el discurso pronunciado en defensa del mismo por el Sr. TORRES SOLANOT, se hace referencia a la legislación de este último Soberano. El motivo real de la disertación de este último irá dirigido, justamente, contra esta legislación.²

TOMAS Y VALIENTE, tras una lectura del discurso de TORRES SOLANOT contra la ley de mostrencos presentada por el

¹.- Bastará con leer la vigente Ley de Patrimonio del Estado.

².- Dice este tribuno, en una clara crítica a la legislación de mostrencos, que: "No es muy antigua nuestra legislación sobre bienes mostrencos; pero son grandes los daños que ha ocasionado y ocasiona a los intereses particulares y a la prosperidad pública". Continúa TORRES SOLANOT, diciendo que: "Ni en el Fuero Juzgo, ni el Fuero Real ni en otros particulares se encuentra cual fuera de desear la calificación de la palabra mostrencos, ni tampoco se halla tan restringido como lo ha sido después y lo está en el día el derecho de suceder abintestato. En una época posterior, en que por otra parte es preciso confesar se promulgaron diferentes leyes, tanto en materias civiles como en económicas, que siempre honrarán a sus autores, en esa época, digo, tuvo su origen este lunar de nuestra jurisprudencia".

gobierno en Cortes el día nueve de diciembre de 1.834,¹ sintetiza los defectos y quejas contra la citada legislación pre-existente en considerar que Carlos III realizó un cálculo erróneo cuando supeditó un importante volumen de sus ingresos a la adquisición de bienes mostrencos y ab intestatos, dejando desprovista de protección suficiente a la propiedad individual y a los derechos sucesorios familiares,² creando para ello una jurisdicción especial de carácter opresivo e incluyendo dentro de este procedimiento especial un incentivo para los denunciadores.³

Detengámonos, aunque sea someramente, en cada una de las aseveraciones realizadas, tanto por TORRES como por TOMAS y VALIENTE.

El primero de ellos no estaba lejos de la realidad y creo que ha quedado debidamente demostrado en páginas anteriores al referirme a la legislación dictada al efecto antes de la ley de 1.811. En éstas se señalaba que pese a las restricciones establecidas en la Cédula e Instrucción de 1786, el hecho de que existieran vinculaciones comportaba,

¹.- Ver Diario de sesiones, número 92, del día nueve de diciembre de 1.834. op. cit. páginas 838 a 848.

².- Considera TORRES SOLANOT, en el antecitado discurso que: "Creyose en el reinado de Carlos III hallar en este ramo de mostrencos manantial inagotable de recursos para atender a.../... y para conseguir estos resultados se hicieron callar las leyes protectoras de la propiedad y posesión legítima.

...Tales son, señores, los vicios de la moderna legislación de mostrencos: sus autores creyeron coger frutos óptimos de prosperidad y ventura; pero ella ha producido frutos amargos de pesquiza, de inseguridad en las propiedades más legítimamente poseídas, de desmoralización, de desorden".

³.- Ver TOMAS Y VALIENTE, "La sucesión..." op. cit. página 244, en esta nos dice este autor que: "a) Que el cálculo de aquel Rey -Carlos III-, en cuanto a que estos bienes mostrencos y ab intestatos fuera un ingreso importante para la Hacienda Real, era erróneo.

b) Que para lograr aumentar tales ingresos se había desprovisto de protección suficiente a la propiedad individual y a los derechos sucesorios familiares.

c) Que la jurisdicción especial creada al efecto era opresiva.

d) Y que el procedimiento para incrementar tales ingresos incluía el incentivo de la atribución de un parte alícuota de los bienes mostrencos o ab intestatos denunciados, al mismo denunciante, lo que había sido causa de pleitos ruinosos y mezquinos".

Con estas aseveraciones, TOMAS Y VALIENTE no hace más que reproducir de una manera sistemática los asertos de TORRES SOLANOT en su discurso antes reseñado, sin aportar nada nuevo.

básicamente, tres efectos:

En primer lugar la imposibilidad de comerciar con los bienes, la inexistencia de bienes ab intestato y de bienes mostrencos o vacantes, todo ello debido a la inexistencia o imposibilidad de la libre disposición de los mismos. El cálculo real era ciertamente erróneo, recuérdese la paradoja que parecía latir en la propia Novísima Recopilación. Los ingresos importantes para la Hacienda real debían venir por otra vía, una vía de carácter impositivo y financiero.¹

En segundo lugar se trata con esta ley de conciliar los intereses del Estado y sus derechos sobre los bienes vacantes o sin dueño, con el respeto que se debía a los de propiedad y posesión de los particulares. Palpita, o por lo menos parece que esté en la mente de los ilustres Próceres y Procuradores, la polémica derivada de la presentación de los títulos de adquisición de los señoríos para su incorporación a la nación o su conversión en propiedad particular.² Estos

¹.- La Comisión encargada de dar su dictamen acerca del proyecto de ley que ahora examinamos, lo emitió el día dos de diciembre de 1.834, haciendo constar que había examinado detenidamente dicha ley "...no solo por los males que hay que remediar, y perjuicio que está causando la actual legislación de este ramo, sino por los muchos puntos de contacto que tienen las disposiciones del proyecto de ley con otras, que por desgracia no se hayan fijadas cual fuera de desear en nuestra legislación vigente, y ocuparán sin duda un lugar distinguido en el Código civil, al que no podrán de dejar de quedar sujetas algunas de que se hace expresión ó referencia en este proyecto".

El presidente de la citada Comisión encargada de dictaminar acerca del proyecto de Ley de adquisiciones a nombre del Estado, don Manuel José Quintana, en sesión de Cortes desarrollada el 19 de enero de 1835, haciéndose eco de estas cuestiones, que ya fueron recogidas originariamente en sesión de 18 de septiembre de 1.834, señaló que "un celo mal entendido en favor del fisco, y el deseo de encontrar medios abundantes con que aumentar los fondos destinados a la construcción y conservación de los caminos, fue lo que dio motivo a aquel desvío de las formas legales (se refiere a la organización del sistema de denuncias que establecía la Instrucción de 1786), y a la alteración hecha en el derecho de suceder "abintestato"; pero la experiencia de los cincuenta años transcurridos ha hecho ver lo insuficiente de aquellos recursos para el objeto importante a que se destinaban, y que las inquietudes y vejaciones ocasionadas a los particulares han traído más perjuicio al estado que beneficio a las empresas de caminos..." Ver Diario de sesiones de 19 de enero de 1835 op. cit. página 290.

².- La polémica que se señala en el texto y a la cual ya me he referido, quedó zanjada, en cierta medida, por la propia ley de Mostrencos, al establecer en su artículo 4 que: "En esta reivindicación (aludiendo a la reivindicación que puede hacer el Estado respecto de los bienes detentados o poseídos sin título legítimo del artículo 3) incumbe al Estado probar que no es dueño legítimo el poseedor ó detentador, sin que estos puedan ser competidos a la exhibición de títulos, ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio".

intereses del Estado que consistían, sin lugar a dudas, en la amortización de la deuda pública, pues, justamente, los bienes que la misma ley enumeraba iban destinados a la Caja de Amortización de la Deuda Pública.¹ Es más, en la sesión celebrada el 26 de enero de 1835, el secretario del Despacho de Gracia y Justicia señalará que "la Caja de Amortización adoptará sus medidas, y tendrá buen cuidado de que en sus arcas ingrese todo el producto posible, sin hacer ningún dispendio inútil".²

En tercer lugar, se establece como uno de los objetivos principales de la Ley de Mostrencos: "la abolición del fuero privilegiado de mostrencos y de sus tribunales de excepción", o lo que es lo mismo la jurisdicción especial creada por Carlos III, y que es un anticipo de lo que posteriormente proclamará la Constitución Española de 1837, además de los posibles abusos que en nombre de aquella se cometieran.³

En esta línea, de unificación de jurisdicciones, se expresa en primer lugar tanto en el preámbulo de la ley,⁴ como la ley en toda su extensión corrigiendo errores anteriores, reintegrando a la jurisdicción ordinaria los

Es más en el dictamen de la comisión, en el artículo segundo del mismo, esta nos dice al respecto que:

"...está muy conforme la comisión con la doctrina sentada en el tercero, de que la mera ó injusta detentación de las cosas no pueda obstar al Estado para la reivindicación con arreglo a las leyes comunes mayormente cuando por el artículo 4º se ve asegurada la posesión legítima contra los ataques que desgraciadamente ha sufrido desde el establecimiento de las disposiciones modernas sobre mostrencos, sin que puedan estos repetirse por...".

Ver los Diarios de sesiones antes reseñados de 9 y 23 de diciembre de 1.834; de 19 de enero y de 8 de abril de 1835.

¹.- Dice el artículo 13 de la citada ley que: "Los bienes adquiridos y que se adquirieran como mostrencos, a nombre del Estado, quedan adjudicados al pago de la deuda pública, y serán uno de los arbitrios permanentes de la caja de amortización".

².- Ver Diario de sesiones de 28 de abril de 1835 op. cit. página 340.

³.- "Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá mas que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales". "Constituciones españolas". Imprenta Nacional del B.O.E. Madrid. 1986.

⁴.- Se dice en el mismo textualmente que: "...reintegrar a la Real jurisdicción ordinaria en el ejercicio de sus atribuciones ordinarias".

problemas jurisdiccionales suscitados por estos bienes mostrencos.¹

El último punto justificativo de la reforma, supone una actuación tendente a terminar de una vez por todas con la figura de los denunciantes, que no es más que la admisión, actualizada, con la regía Instrucción de 1.786, que preveía una recompensa consistente en la tercera parte del importe líquido obtenido de la venta de los bienes para aquél que denunciara al Fisco la existencia de bienes vacantes y ab intestados, de la figura romana del "delator" que estableció Augusto con su legislación caducaría.² Esta idea, que fue recogida en el Preámbulo del proyecto por la Comisión,³ y que se puso de manifiesto en la discusión en Cortes de la ley,⁴ acoge una de las ideas expresadas en la petición que

¹.- "Artículo 10: Todas las reclamaciones y adquisiciones del Estado quedan sujetas desde la promulgación de esta ley a los principios y formas del derecho común...".

"Artículo 16: Responderá también a las acciones que con arreglo a las leyes comunes se entablaren contra...".

"Artículo 17: Todos los juicios sobre la materia de la presente ley son de la atribución y conocimiento de la jurisdicción Real ordinaria; y las acciones se intentarán ante el juez del partido donde se hallen los bienes que se reclamen".

².- Ver lo dicho en este trabajo en cuanto a la legislación de Augusto, y en especial lo dicho en cuanto a la "Lex Iulia papia poppaea" y la "Lex iulia de maritandis ordinibus", en ellas se hace un estudio detallado de la figura de los "delatores" que ayudaban al fisco, con la promesa de una recompensa, a encontrar bienes que al mismo pertenecían por ser bona caduca o bona damnatorum.

Esta figura todavía subsiste en la legislación hacendística española.

³.- Dice la comisión en el citado Preámbulo que: "...los detentadores más legítimos de bienes se ven frecuentemente turbados en su pacífico goce a consecuencia de denuncias alimentadas por la esperanza de la parte alícuota y con la salvaguardia de la impunidad; sujetos a largos y dispendiosos litigios, y amenazados del despojo de su propiedad por fallo de tribunales que invocan que invocan en su favor las mal entendidas prerrogativas del fisco, desatendiendo las respetables leyes de la prescripción, y poniendo en duda los títulos más sagrados del dominio de las cosas".

⁴.- En relación a este tema, el Secretario del Despacho de Gracia y Justicia, en la defensa que hace de la ley en las Cortes el día nueve de diciembre de 1.834, dice que: "...Mientras tanto un denunciador oscuro, al abrigo de una delación infundada, con la expectativa de tener la tercera parte si se declaraba mostrenco, y en todo caso alentado por la impunidad, se complacía en mortificar al más legítimo poseedor...". En esta línea insiste también el Procurador ALVAREZ PESTAÑA.

En contestación a la exposición del anterior, y abundando en la idea expresada, el procurador TORRES SOLANOT, dice que: "...desconociendo los títulos más sagrados de la propiedad, merced a este privilegio que se le había concedido, se avivó todavía más el interés particular con esta terrible parte alícuota concedida a los denunciadores, que ha sido causa de tantos pleitos ruinosos...".

Diario de sesiones del día nueve de diciembre de 1.834. op. cit.

presentaron varios Procuradores a las Cortes el día dieciocho de septiembre de 1.834.¹ Si hemos de creer a los expositores de la Ley se trataba de prohibir a los denunciadores el ejercicio de las acciones del Fisco como interesados en esa tercera parte y que según la petición antes citada "preservaba a los propietarios de denuncias temerarias y calumniosas (...) para afligir y vejar a los pueblos". Era ésta la intención declarada, pero además, no podemos olvidar que estas denuncias no sólo tenían la misión de obtener una parte de lo denunciado sino que además conllevan el efecto de cuestionar los "títulos de adquisición", como consecuencia de la no admisión de la posesión inmemorial y la consiguiente paralización de las prestaciones, reales o personales, que se llevaban a cabo y, por otro lado, si trataba de "fomentar la riqueza pública", la tercera parte que se llevaba el denunciador era un "beneficio" que se alejaba de las arcas estatales, de ahí que se tratara de evitar tal salida.

5.3.- La nueva regulación de los llamamientos hereditarios.

A las "nuevas normas hereditarias" se refería MOXO, como una de las piedras de toque en contra del estamento nobiliario, si bien no parece que se pretendiera establecer una "nueva ley sobre las sucesiones ab intestato", trabajo éste que se dejaba para las tareas que se estaban, por aquel entonces,

¹.- "Señoría, debiendo ser ilusorias cuantas providencias se tomen para promover la riqueza pública, mientras no se defina con claridad en las leyes el modo más ordinario de adquirir el dominio de los bienes raíces, preservando a los propietarios de denuncias temerarias y calumniosas, que son por desgracia las que se llevan al juzgado de mostrencos para afligir y vejar a los pueblos, de lo cual hay ejemplos tan funestos en cada uno de ellos, tenemos el honor de proponer al Estamento se sirva elevar a S. M. la petición siguiente:

Que con arreglo a lo prevenido en las leyes de Partida se fije el término suficiente para prescribir el dominio de los bienes raíces contra el Fisco y cualquier corporación ó particular, y que se declare igualmente propio de la jurisdicción ordinaria el conocimiento sobre denuncias de bienes mostrencos y vacantes".

Diario de sesiones del día 13 de octubre de 1834.

llevando a cabo en la redacción de un Proyecto de Código civil, sino, simplemente, retornar a la legislación general del Reino, que no es otra que las Leyes de Partida, respetando los derechos existentes en materias de sucesiones.¹

Con su publicación se intentó legislar sobre una serie de materias que, aunque estaban en muchos casos recopiladas, tenían una regulación añeja, copiosa, e incluso, en muchas ocasiones, contradictoria, materias que, por otro lado se sabía que su sede lógica había de ser el futuro Código civil, pero que a la vista de lo lejana que parecía su realización definitiva, precisaban una solución inmediata; tal era el caso de los órdenes de suceder abintestato y del destino que a los bienes vacantes debía darse.²

Esta nueva disposición normativa la encontramos en el artículo segundo de la ley que estudiamos, siendo a nuestro entender el precepto más importante de la misma, no sólo en

¹.- En el dictamen de la Comisión se establece expresamente que la voluntad de esta Ley es: "Respetar los derechos existentes en materias de sucesiones...".

Ver Diario de sesiones de 9 de diciembre de 1.834 y los de 19 y 27 de enero de 1835. op. cit. páginas 838 y 291 y 324.

No obstante en el Preámbulo de la ley, esta habla de "...ensanchar el círculo de la sucesión intestada a favor de las personas conjuntas en competencia del fisco...", pero respetando la legislación vigente y remitiendo expresamente en cuanto al orden sucesorio al futuro Código Civil.

².- No hay más que pensar que esta cuestión venía regulada por una INSTRUCCION de 26 DE AGOSTO DE 1786, recopilada en la LEY VI, T. XXII, L. X de la NOVÍSIMA RECOPIACION, siendo, además, lo más llamativo que esta disposición delimitase al 4º grado el orden de suceder de los parientes colaterales, frente a la tradición del derecho castellano, que si bien no siempre había admitido el límite del 10º grado que, por ejemplo, establecieron las PARTIDAS (P. VI.T.XII, L.VI, en que se fija en el "dezeno grado" la sucesión de los colaterales a falta de todos los cuales "heredará todos sus bienes la Cámara del Rey), siempre había extendido más allá esta sucesión, así por ejemplo el FUERO JUZGO, admite hasta el 7º grado; también resultaba llamativo que se soslayasen los derechos del cónyuge viudo a la sucesión intestada, dándose preferencia al derecho del Estado; todo ello provocaba serias dudas sobre la ratio e incluso, sobre la aplicabilidad del precepto que hacían necesaria si no su reforma (que era en realidad lo pedido por casi todos) al menos su definitiva confirmación en una ley actual. En este sentido hay que citar también una INSTRUCCION DE 1831, sobre el IMPUESTO GRADUAL, que estableció la herencia por parte de la REAL HACIENDA a falta de parientes dentro del 4º grado. Con posterioridad la Ley de 1835 se aclaró que "no pueden citarse útilmente en beneficio del Estado las Leyes I, T. 11, L. 2º y VI, T. 22, L. 10º de la Novísima Recopilación que limitan la sucesión al 4º grado", en este sentido la Sentencia 15 de enero 1867, Gaceta 20, tomo 11, pág. 49. Ver SANCHEZ DE MOLINA, "El derecho civil español en forma de código", Madrid, 1871.

cuanto al tema que nos ocupa, sino general de toda la ley.¹ La importancia de este precepto la recoge y describe también la Comisión encargada de dar su dictamen sobre esta ley, y del que se ocupó detenidamente, para acabar reconociendo la necesidad de respetar el orden y la forma de suceder existente.²

Tras la promulgación de la citada ley, el orden de suceder ab intestato, no varió sustancialmente del hasta el momento existente, quedando configurado del siguiente modo y orden:

En primer lugar eran llamados los descendientes legítimos y legitimados.³

1.- "Artículo 2º. Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado:

Primero. Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo a la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismo para suceder a la madre.

Segundo. El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes raíces de abuelngo a los colaterales.

Tercero. Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión".

2.- En el Dictamen de la citada Comisión se establece que: "...la materia de sucesiones en general, de suyo tan vasta y delicada, parecía por una parte que no podía tratarse sino en el Código civil, sin sacarla de su lugar propio...". Sigue diciendo que: "Y de ahí nace que, dejando para la sanción del Código civil el conservar o variar el orden actual de suceder abintestato (pues que no se cree llamada a establecer un orden general de sucesiones intestadas) haya creído la comisión que debía respetar el orden y forma de suceder que en el día se haya terminantemente establecido".

"...La comisión reconoce oportuna y adopta la preferencia de los descendientes y ascendientes legítimos, y aun de los colaterales hasta cuarto grado inclusive, puesto que las leyes actualmente vigentes así lo especifican, y que la variación en su caso sería más propia del Código civil que no de una ley particular que no tiene por objeto único ni aun principal el derecho de suceder abintestato".

Diario de sesiones, número 92, de nueve de diciembre de 1.834.

3.- Según la Partida 4,15,9 los hijos legitimados eran herederos de todos los bienes de sus padres "...si los padres hijos legítimos non ovieren; é si los ovieren heredarán su parte como los otros hijos que ouviere de mugeres legitimadas...".

Pese a que la legitimación podía ser de varias clases, ya fuera por subsiguiente matrimonio o por rescripto del Rey, GREGORIO LOPEZ, no las distingue e incluye en la sucesión del padre a todos los hijos legitimados con independencia del tipo de legitimación: "legitimati quoquomque modo, praeterquam per Papam, succedunt patri ab intestato, etiam una cum letitimis" "Las Siete Partidas..." op cit.

En la misma línea se expresan las leyes 2,5 y 17 Título VI del Libro III del Fuero Real, a

En segundo lugar, los ascendientes.¹

En tercer lugar, los colaterales hasta el cuarto grado.²

En cuarto lugar, los hijos naturales legalmente reconocidos.³

En quinto lugar, el cónyuge.⁴

En sexto lugar, los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado.

Y en séptimo lugar, en defecto de los anteriores era llamado el Estado.

Si se trataba de acoger la Ley de Partidas, como así

las cuales nos hemos referido anteriormente.

1.- Dice la P 6,13,4, que: "...e si hermanos oviese, entonce deben ellos con el padre é con la madre partirlo por cabezas...".

Por tanto, si concurren ascendientes con hermanos del difunto, cuestión ésta que había derogado la Novísima Recopilación. La Ley 6 de Toro precisaba que "los ascendientes legítimos por su orden, é línea derecha, suceden ex testamento á ab intestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes, á ellos, en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan finos ó descendientes legítimos ó que hayan derecho de los heredar...". (No.R. 10,20,1).

Completaba esta ley, la 7ª de Toro según la cual "el hermano para heredar abintestato á su hermano no puede concurrir con los padres ó ascendientes del difunto". (No.R. 10,20,2).

2.- En primer lugar heredan los hermanos de doble vínculo. En ausencia de éstos, los sobrinos ó hijos de hermanos premuertos y en defecto de todos ellos, los hermanos uterinos y consanguíneos (P 6,13,5-6).

3.- La Partida 6,13,8 señala que: "...sin testamento muriendo ome, que non dejase fijos legitimos, su fijo natural que oviese avido de alguna muger de que non fuese dubda que la él tenía por suya, e que fuese el fijo engendrado en tiempo que él non oviese muger legítima, nin ella otrosí marido; tal fijo como este puede heredar las dos partes de las doce, de todos los bienes de su padre; e él e su madre deben partir estas dos partes igualmente...".

Respecto de la sucesión de la madre el hijo natural concurre con los legítimos y legitimados. En cuanto a éstos últimos ver. la Ley XII de Toro (No. R. 10,20,7).

Respecto de los hijos bastardos o ilegítimos, ver la ley IX de Toro (No. R. 10,20,5). La Ley de Monstrencos supondrá el mantenimiento de estos derechos además de asignarle un lugar preeminente en el sucesión legítima del padre.

En relación a la redacción final de este artículo, en el proyecto de la ley se utilizaba la palabra "solemnemente reconocidos", siendo sustituida a petición de la Comisión por el término "legalmente" reconocidos, porque según la propia comisión "...no se encuentra en nuestro derecho aquella solemnidad determinada de un modo tan explícito, que no pueda haber lugar a que un hijo natural reconocido por su padre de una manera, al parecer muy solemne, se declarase esta luego ilegal por los tribunales".

4.- Al cónyuge supérstite le competía, de acuerdo con la P 6,13,7, la cuarta marital. Derecho sucesorio que permanece inalterado.

parece entender al hablar de la normativa vigente, es pensable que se entendiera vigente la Ley VI del Título XIII de la Partida VI tácitamente derogada por la Ley de Enrique III y por la Novísima Recopilación: La disposición del Rey Trastámara desatendía los derechos sucesorios del cónyuge, recogidos, sin embargo, expresamente en la mencionada Ley de Partidas, y que, a su vez, la doctrina de los siglos XVI-XVII reconocía. La obra legislativa de 1.805 además de desconocer estos derechos, restringía el grado de los colaterales, como se conoce, hasta el cuarto computado civilmente. A lo que puede añadirse que como no aparece el verbo "heredará", la Partida 6,13,6 carecía de vigencia y por tanto la Cámara real adquiriría los ab intestatos en virtud de un título diferente del de heredero.

La Ley de Mostrencos, por tanto, viene a reinstaurar el régimen sucesorio del Rey Sabio y al resurgir la acepción más amplia del verbo "sucederá", pasando a adquirir el Estado los bienes a los que es llamado en la sucesión a título de "verdadero sucesor" y, en concreto, a título de heredero.

Ya hemos señalado más arriba que la derogación de la Ley VI del Título XIII de la Partida VI debe entenderse parcial de suerte que si bien nada advertía la Novísima Recopilación y la Ley de Enrique III acerca del título jurídico de adquisición debía entenderse vigente la Ley citada en cuanto a éste. Así parecen entenderlo los Procuradores, que en distintos pasajes de las discusiones en torno al Proyecto de Ley presentado por el Gobierno, aluden a la sucesión del Fisco.¹

¹.- Nos parece decisiva, en este sentido, la intervención del Conde de OFALIA que, al defender el dictamen de la Comisión, precisó que: "...al mismo tiempo se amplía el derecho a la sucesión intestada de los colaterales desde el quinto grado hasta el décimo, con arreglo a la ley de Partida, y se da lugar a los hijos naturales y al viudo ó viuda del finado colocándoles entre los colaterales del cuarto y del quinto grado: lo que equivale a renunciar el Fisco el derecho preferente que le había dado la Real Cédula de 1785 cuando derogó en esta parte la ley de Partida". La expresión " en esta parte" se refiere, así creo entenderlo, al derecho del cónyuge viudo/a y a la limitación de grado en la línea colateral. Diario de sesiones de día 27 de enero de 1835. op. cit. página 324.

El Sr. ALVAREZ GUERRA que solicitaba la palabra, seguidamente, afirmó con rotundidad que: "...yo no puedo menos que aprobar la abolición de unas subdelegaciones que tantas vejaciones han

La Ley de Mostrencos no hace nada más que mantener el sistema en cuanto al título jurídico de adquisición a la sazón existente y en vigor, a título de heredero siendo el llamamiento realizado al fisco, un llamamiento in extremis.

Toda la doctrina civilista anterior al Código civil y con mayor motivo después de éste entendió que el Estado sucedía y sucede, actualmente, a título de heredero y ello pese a las ambigüedades del Proyecto presentado por Garely que no contenía expresamente el verbo "heredará", sino la expresión "sucederá", pero que, sin embargo, no generó polémica alguna en el seno de las Cortes de 1.834.

El retorno a la legislación de Partidas, en lo que ésta fue derogada, se manifiesta, básicamente, en dos puntos. El primero de ellos se observa en la reinstauración del dezeno grado en el llamamiento realizado a la línea colateral, y en los derechos sucesorios del cónyuge viudo, extremos ambos que se han considerado por la doctrina dignos de elogio.¹

estado causando. Y no puedo menos tampoco de aplaudir que el Gobierno haya comenzado por aquí a destruir el sistema ominoso, que después de acabar con las rentas de los particulares, había emprendido ya con los capitales, convirtiéndose en heredero universal por medio de las exacciones sobre las herencias transversales, y reduciendo al cuarto grado el derecho de suceder abintestato".

Parece ser, por tanto, que por parte de los Procuradores se piensa, en que la adquisición por la Real Cámara es "iure hereditate".

TORRES SOLANOT en su intervención del día nueve de diciembre de 1.834, abunda en la idea anterior al decir que: "...es muy de esperar que aquellos (por los tribunales) hagan rigurosa justicia en el derecho de sucesión, bien sean a favor del fisco ó bien en favor de los particulares". op. cit.

¹.- Ver GUTIERREZ FERNANDEZ, "Códigos o..." Tomo III op. cit. página 633.

MARTI y de EIXALA, SANPONTS y BARBA y FERRER y SUBIRANA, op. cit. página 714.

GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo III-IV. op. cit. página 195. Este autor, nos dice, confusamente, que "el último estado, se refiere a la posición del Estado en la sucesión legítima, es el de la Ley de Cortes de 16 de mayo de 1835 que conservó o restableció la ley de Partidas en cuanto al Fisco...". VALVERDE Y VALCERDE, "Tratado..." Tomo V op. cit. página 429.

DEL VISO, "Lecciones..." Tomo II op. cit. página 515.

GOMEZ de la SERNA y MONTALBAN, "Elementos..." op. cit. página 77. Tomo III.

NAVARRO AMANDI, "Código..." op. cit. página 562. de manera expresa este autor considera perjudicados los derechos del cónyuge viudo.

FALCON TELLA, "Exposición..." Tomo II op. cit. página 339. Este autor manifiesta de manera expresa su descontento en cuanto a los derechos del cónyuge viudo del siguiente modo "la reparación otorgada a los cónyuges no satisface todavía a la justicia. No la hay en que un tío, un primo del difunto, perciba todas la herencia y ninguna parte se reserve al viudo o a la viuda. Para ser justa la ley debió conceder siempre al cónyuge alguna participación en al herencia del intestato, ya que por respeto a la descendencia legítima no se le quisiera confundir con los herederos legítimos, y

Por otro lado, reaparece, en esta Ley, la cuestión de la reserva troncal. En concreto, se precisa que a la muerte del cónyuge, no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del óbito, en atención a lo establecido en el artículo segundo, deberán retornar los bienes raíces de abolengo a los colaterales. La troncalidad aparece aquí como un resabio de la legislación anterior pese a que la Ley de Partidas no la recogía y, por otro lado, tendrá importancia en los trabajos codificadores posteriores y en la cuestión foral.¹

5.4.- De los trámites para la adquisición y la responsabilidad hereditaria.

La forma para demandar las herencias intestada cuando el heredero fuera el Estado, está recogida en el artículo nueve de la ley.

Interesa destacar la necesidad, como trámite indispensable, de la realización del inventario recordando la normativa de las Siete Partidas y de la Novísima Recopilación a fin de proteger el caudal relicto en espera de que aparezca el posible heredero.

La Ley guarda absoluto mutismo acerca de la responsabilidad del Estado en las deudas del causante lo cual es lógica consecuencia de que el legislador de 1835 no tuviera la intención de elaborar un completo sistema sucesorio ab intestato, cuestión que, como se ha dicho, se dejaba para un cuerpo legal civil de próxima aparición.²

Ahora bien, si lo que se pretendía era retornar al

hacer que esa porción aumentase a proporción que fuesen más lejanos los parientes llamados a la herencia". Esta cuestión esta que veremos solventada en el Proyecto de Código Civil de 1851, en el artículo 783.

¹.- Ver la Ley 27 de Toro.

².- Así se especifica expresamente tanto en el Preámbulo de la ley, como en el Dictamen de la comisión.

régimen de la obra de Alfonso X, parece acertado pensar que, en cuanto a la responsabilidad también rigiera aquélla, confirmada por la Novísima Recopilación, y, por tanto, fuera intra vires, pero ahora, como corolario de la operación liquidatoria inventarial y justiprecio de los bienes.

De otra parte, sería el representante del Estado el que podía solicitar la posesión de los bienes heredados. Bienes que quedaban "adjudicados al pago de la Deuda pública, y serán uno de los arbitrios permanentes de la Caja de Amortización".¹ Dicho representante era, justamente, la Caja de Amortización de la Deuda Pública. En el seno de las Cortes se planteó la determinación del mismo respondiéndose que se pretendía que fuera la Caja de Amortización, pues, los bienes adquiridos ya fueren vacantes o mostrencos como ab intestatos irían destinados a ésta.

El fin perseguido es el mismo que en la reversión de los señoríos territoriales prevista en el Decreto de 1.811 y la primera operación desamortizadora de Carlos IV.² Pero esta identificación no permite equiparar, sin más, las vías existentes para sufragar los gastos públicos.

Todos los posibles bienes y beneficios, en general, que pudiera obtener el Estado iban dirigidos a la amortización de los conocidos "vales reales" pero la solución, como he dicho, que se mostrará más efectiva será la desamortización.³ No, en cambio, la sucesión intestada y los bienes que pudiera conseguir de ella. Si, realmente, se hubiera visto una solución práctica se habría reflejado en su reglamentación que, como se sabe, vuelve al sistema de las Partidas y consecuentemente los supuestos en los que llegara a heredar

¹.- Dice el artículo 13 de la ley, que: "Los bienes adquiridos y que se adquieren como mostrencos a nombre del Estado quedan adjudicados al pago de la Deuda pública, y serán uno de los arbitrios permanentes de la Caja de amortización".

².- No hay que olvidar que fué Carlos IV quién en 1.798, creó la Caja de amortización.

³.- Con posterioridad se dictarán las leyes de uno de mayo de 1.855 y once de julio 1.856, por las que todos los bienes del Estado serán declarados en situación de venta.

el Estado serían escasos, si no, inexistentes.

Por otro lado, debe hacerse notar el componente de política legislativa manifestó en el régimen sucesorio, todo dependerá, como ya se dijo, de la posible restricción o ampliación del límite de herederos en la línea colateral pues determina las mayores o menores posibilidades que tiene el Estado de obtener bienes.¹

Todavía, a nuestro modo de ver, no es posible plantear la cuestión de la función social del Estado en cuanto a las herencias vacantes que, en cambio, es adecuado pensar o poner de manifiesto en el Código civil. Sí debe señalarse, de otra parte, que en esta Ley se hace aún más patente la diversidad entre bienes mostrencos y ab intestato, en cuanto a los títulos jurídicos adquisitivos.²

En consecuencia si bien el fin último es público, alejado de aquel altruista reflejado en nuestro Derecho Histórico, la consecución del mismo se ve, mediante esta vía, eventual, remoto y mediato. El fin altruista desapareció con la legislación de Carlos III y se mantendrá en épocas posteriores coherentemente con las tendencias anticlericales que se respiraban y con la corriente contraria a la acumulación de patrimonios en las llamadas manos muertas. Este fin altruista o benéfico reaparecerá con las tareas codificadoras, en concreto, en el Proyecto de Código civil de 1.882-1.888, al cual nos referiremos más adelante, que se referiría únicamente a instituciones benéficas y que DURAN Y BAS, en su memoria, considerará ampliable a las de

¹.- Considera Benito GUTIERREZ que: "...puede limitarse la sucesión, pero limitándola, lo que pierden los parientes lo va a ganar el Estado, la cuestión es de preferencia entre la familia y el fisco, ¿hay comparación, puede haberla entre los respectivos derechos?...". Ver "Códigos o..." Tomo III op. cit. páginas 632-633; PLANIOL-RIPERT, "Traité..." Tomo IV op. cit. página 241.

Por su parte VALVERDE y VALVERDE, "El Estado..." op. cit. página 531, nos dice que: "...la tendencia de las legislaciones modernas es a restringir los grados de parentesco en las sucesiones, para que el Estado tenga mayor número de herencias vacantes".

².- Para TOMAS Y VALIENTE, sigue vigente lo dicho a este respecto, en el análisis realizado de las disposiciones promulgadas por Carlos III.

instrucción.¹

5.5.- Los problemas derivados de la aplicación de esta ley en todo el territorio nacional.

Algunos autores han considerado que con la publicación de esta ley y su aplicación jurisprudencial a todo el territorio nacional se inició, y quizás hasta se consiguió la unificación del derecho civil español a través de leyes especiales o parciales, en cuanto a la materia de que tratan. La unificación territorial del Derecho civil español, aunque de un modo materialmente, más restringido, este objetivo viene a cubrir la Ley de 1835, si bien la medida en que lo hace es cuestión cuya discusión ha llegado a nuestros días en los términos que a continuación enunciaremos sucintamente: La Ley de 1835 además de los propósitos que se pretendiesen satisfacer con su contenido, supone alcanzar, bien que parcialmente, en cuanto a ese contenido, uno de los objetivos de la codificación, en lo que de unificador del Derecho tiene ésta, en definitiva, significaba la promulgación de una Ley obligatoria en todo el territorio nacional, en las materias que regula, entre ellas, la sucesión intestada; de ahí que al promulgarse tal Ley como derogatoria y sustitutoria de las regulaciones que sobre esa materia tuviesen los distintos derechos forales ello suponía,² de acuerdo con la posterior interpretación de la jurisprudencia, que la promulgación del

¹.- LASSO GAITE, "La codificación..." Volumen I op. cit. página 500.

².- Así ALONSO MARTINEZ indica, al hablar de la sucesión de los colaterales, que viene a limitarse al 10º grado "...por ser obligatoria en todo el Reino la Ley de 1835". "El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales". Página 245.

Por su parte GUTIERREZ FERNANDEZ, señala que "...no comprendemos cómo pueda prescindirse de esta ley en perjuicio de los intereses del Estado; la sucesión en línea transversal, allí (en Aragón) como en el resto de España, debe regirse por la Ley de 16 de mayo de 1835, que fija el décimo grado". Ver "Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", Tomo VII, página 433, Madrid, 1874. Edición facsimil ed. Lex Nova. Valladolid. 1988.

Respecto de la cuestión semántica referente al derecho foral, ver lo dicho anteriormente al hablar de los fueros municipales, su extensión y correspondiente aplicación y explicación de la acepción foral.

Código civil y la regulación por este de las materias contenidas en aquella Ley, vendría a sustituirla en estas materias y puesto que la Ley de 1835 había derogado los derechos civiles propios o forales en lo tocante a sucesión intestada, siendo su aplicación general en todo el territorio nacional, igualmente lo sería el Código civil en tales cuestiones, de modo que frente al Código civil no cabría alegar derecho foral alguno.¹

El proyecto de 1851 también regulaba esta materia así como el "derecho del Estado a heredar en cierto caso" como rezaba la Sección 6 del Capítulo II, Título II del Libro tercero, que abarcaba los artículos 783, 784 y 785, pretendiéndose también la sustitución de la Ley de 1835 si llegaba a ser derecho vigente. Por fin, en lo que al vigente Código civil se refiere, en principio hay que pensar que se producirá la sustitución indicada, es decir, que los artículos 956, 957 y 958 en materia de sucesión en favor del Estado, sustituirán las disposiciones que sobre esa materia se contenían en la Ley de mostrencos, de modo que esta se entenderá comprendida en la cláusula derogatoria del artículo 1976 del Código civil, pero no en lo que se refiere a la adquisición por el Estado de bienes "mostrencos", de tal modo que admitiendo que esa ley derogó los derechos forales en materia de sucesión intestada, ello quiere decir que la regulación contenida en el Código civil sobre ello, es de aplicación y observancia general en todo el territorio español, sin embargo el desarrollo de estas cuestiones tendrá su propia sede en un momento posterior.

¹.- En tal sentido se expresó la Comisión que redactó el proyecto de Código civil de 1.836, cuyo artículo 2.211 recogía los órdenes de suceder así como el derecho del Fisco. En el discurso preliminar del proyecto se decía: "La ley que entonces se hizo (la de mostrencos) no podía por menos de ser provisional en alguno de los puntos que abraza, por cuanto estaban estrechamente enlazados con el sistema general de este Código y con sus disposiciones particulares en materia de sucesiones intestadas". Ver LASSO GAITE, ob. cit. II. Página 98.

5.6.- El criterio jurisprudencial y doctrinal en torno a la aplicación de la Ley de Mostrencos en los territorios "forales".

Sobradamente conocida es la importancia que tuvo el Real Decreto de 17 de enero de 1716 para Cataluña en cuanto que ésta perdía la autonomía legislativa de la que hasta aquel momento había gozado¹ si bien el artículo 42 del citado Decreto de Nueva Planta, por su parte, "establecía de nuevo" el ordenamiento jurídico privado catalán.² Este no consistía, como señalan ROCA TRIAS y PUIG FERRIOL, en lo que en el momento de la publicación del Código civil se conocía como Derecho foral.³

Ello, no obstante, y a pesar del citado Decreto, se seguía conservando el sistema de prelación de fuentes establecido en la Constitución de 1599, a la que ya me he referido y en la cual se situaba como Derecho supletorio de segundo grado al Derecho romano-común con arreglo al cual se regulaba la sucesión intestada en Cataluña.⁴

¹.- Observa DE LA RICA Y ARENAL, a propósito de la situación que originó el Decreto de Felipe V, que "...conservar un derecho especial, pero privar a las regiones de órganos vivos legisladores, con potestad de modificarle, es, en verdad, una burla sangrienta. Equivale a condenar a los que han de regirse por sus arcaicas normas a vestir de por vida los pintorescos y desusados trajes regionales, o a habitar las insalubres viviendas medievales, o a seguir empleando los medios de locomoción del siglo XIII"

Ver "La sucesión intestada en Aragón..." op. cit. páginas 835-836.

².- El artículo 42 decía que: "En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, mando, se observen las constituciones que antes había en Cataluña; entendiéndose, que son de nuevo establecidas por este decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él". Esta es la transcripción del Decreto inserta en la No.R. 5,9,1.

Véase, ROCA I TRIAS, "El Código Civil...", R.J.C. 1977. página 512.

³.- El llamado derecho foral, y en su caso específicamente el ordenamiento jurídico privado catalán no sólo regulaba aspectos del orden civil, sino también de orden penal, procesal y mercantil. Ver ROCA TRIAS y PUIG FERRIOL, "Fundamentos..." Tomo. I op. cit. página 54; TOMAS Y VALIENTE, "Manual..." op. cit. página 373; LALINDE ABADIA, "Iniciación..." op. cit. página 224.

⁴.- En el tema de la conservación del Derecho foral, el artículo 12 del Código civil, siguiendo la pauta marcada por los textos anteriores, y en concreto por la Ley de Bases de once de mayo de 1.888, en su artículo quinto, decía que:

"2. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral, lo

No vamos a hacer aquí cuestión de la transitoriedad de esta conservación cuyos resultados son suficientemente sabidos, y a los cuales me refiero extensamente en la última parte de este trabajo. Pero sí interesa, en cambio, detenerse en concretar qué se entendía por "Derecho foral". En su origen el término Fuero significó una norma jurídica singular para un determinado grupo de personas o territorio, consecuencia de la aplicación a determinados territorios de uno o varios Fueros municipales similares consecuencia de su proximidad geográfica. No obstante, además, se tendió a considerar como fuero el conjunto de normas o, dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico vigente en un lugar determinado, es decir, su Derecho.¹

Sin embargo, la expresión que toma carta de naturaleza en el siglo XIX con la codificación civil, vendrá a significar que existe un Derecho civil, con el cual se identificará, en determinadas regiones de España, denominadas regionales forales, al que se concibe como un derecho especial, o mejor aún excepcional y, por tanto incompleto, que se contrapone a un Derecho civil común, integrador del sistema, que es el castellano.² Ambos, derecho común y derecho foral, vienen adjetivados con la nota de la historicidad.³ Dicho con otras palabras, se trata del derecho

conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales".

¹.- TOMAS Y VALIENTE, "Manual..." op. cit. página 140; LALINDE ABADIA, "Iniciación..." op. cit. página 87; ROCA TRIAS; PUIG FERRIOL, "Fundamentos..." Tomo I op. cit. página 56; PLANAS I CASALS, "Instituciones..." op. cit. páginas 26-27; BARRACHINA Y PASTOR, "Derecho Foral..." Tomo I op. cit. páginas. 9-10; LATORRE, "El Derecho Romano..." página 204; VALLET DE GOYTISOLO, "La esencia..." página 367; DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil..." op. cit. página 230.

El término "fuero" fue inaplicable en territorio catalán. Se utilizó, en cambio, la expresión "ius municipale". Así, CANCER, "Variarum..." Pars II Capítulo I núm. 1 y 2.

².- ROCA I TRIAS, "El Código..." op.cit. página 517.

³.- Contra esta distinción ver la oposición planteada a la denominación semántica por determinados autores, en concreto por DURAN Y BAS, y posteriormente por los autores actuales denominados autonomistas.

histórico castellano y del derecho histórico foral o especial aplicable a aquellos territorios con derecho civil propio.¹

En este marco se inscribe el derogado artículo 12.2 del Código civil, el cual mantendrá en vigor el Derecho civil autóctono catalán y su orden de prelación de fuentes siendo supletorio de tercer grado el citado Código.²

Al mismo tiempo, la disposición final derogatoria del artículo 1.976 derogaba todas aquellas disposiciones contrarias a aquél. Entre éstas se encontraba la nombrada Ley de Mostrencos que, en cuanto al tema objeto de estudio de este trabajo, y más concretamente al orden sucesorio ab intestato, fue derogada por la entrada en vigor del Código civil.³

¹.- Ahora bien, la acepción de histórico, no lo será por lo que hace a su vigencia, sino en cuanto a su "antigüedad", dentro de un ámbito territorial determinado, y que, además, poseía sus privativos órganos de producción.

².- En palabras de MARTI I MIRALLES, "Es pues evidente que el legislador ha podido emplear, como en realidad ha empleado la frase derecho foral en el sentido que vulgarmente se le da, o sea, para denotar el conjunto de leyes y cuerpos de derecho en vigor en determinadas regiones de España, que son distintos del derecho de general aplicación en todas las provincias del reino".

Ver "Estudio..." op. cit. página 23.

Esta es, precisamente, la idea que queremos manifestar con la expresión "Derecho Civil autóctono catalán". A ello debe añadirse que el artículo 6 de la Ley de Bases especificaba que:

"El gobierno, oyendo a la Comisión de Códigos, presentará a las Cortes, en uno o en varios proyectos de ley, los apéndices del Código Civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen".

Instituciones forales que, obviamente, no comprendían las normas de aplicación general.

³.- Expresamente, menciono sólo el aspecto relativo al Derecho de Sucesiones porque en cuanto a los bienes inmuebles sin dueño la doctrina consideró aplicable la Ley de Mostrencos hasta la publicación de la Ley de Patrimonio del Estado la cual en su tabla de disposiciones a derogar incluía a dicha ley. Ver VALLADARES RASCON, "La ley..." op. cit. páginas 365 y siguientes; GARCIA CANTERO, "La adquisición..." op. cit. páginas 17 y siguientes; MOLINER NAVARRO, voz "Ocupación de bienes" en NEJ Seix Tomo XVIII op. cit. página 347.

Por otro lado, la vigencia del citado texto legal, como norma de aplicación general, en cuanto a la adquisición "ex lege" de los bienes inmuebles (artículos 1 y 3) planteará una serie de cuestiones en el período constitucional republicano principiado en 1931 (vide "infra"). Similares cuestiones surgirán con la Ley de Patrimonio del Estado (texto articulado de 1964) a raíz de la Constitución Española de 1978 y en concreto, en diferentes ramas del Derecho -civil, administrativo, financiero- todas ellas enmarcadas en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se comprobará, o por lo menos, eso espero, el carácter multidisciplinar que presenta la ciencia jurídica.

5.6.1.- Las dudas jurisprudenciales en la aplicación de la Ley de Mostrencos.

Desde el año 1.836 hasta la publicación del Código civil, el Tribunal Supremo se mostró vacilante en la consideración de la aplicación a todo el territorio nacional de la ley de Mostrencos, resolviendo la mayoría de las veces en favor de la subsistencia de las fuentes y de la normativa propia de aquellos territorios en los que existía un derecho civil propio. La jurisprudencia se inicia con una resolución de cuatro de enero de 1.839, sin mayor trascendencia para el asunto que nos ocupa hasta llegar a la famosa sentencia de veinte de marzo de 1.893.¹

¹.- Ver las siguientes sentencias: De 14 de octubre de 1.852, en referencia a la incapacidad para suceder de los establecimientos de beneficencia, que considera reestablecida por la ley de 1.835, la ley de once de octubre de 1.820, donde se declaraba la incapacidad absoluta para adquirir bienes reales o inmuebles por parte de los establecimientos de beneficencia y demás manos muertas; 26 de junio de 1.854 (J.C. núm. 6), donde se establece que bajo la denominación general de parientes se comprende los que reconoce la ley de 9 de mayo de 1.835. Queda claro que el ponente de misma, José Antonio Barona, hace una referencia al grado de parentesco con el fin de delimitarlo, sin especificar el ámbito territorial de la aplicación de la ley; 11 de abril de 1.855, referida a la aplicación de una disposición administrativa como es el Real Decreto de 4 de noviembre de 1.838; 20 de marzo de 1.858, donde como consecuencia de la controversia competencial suscitada entre el Juzgado de Marina de Gijón y el Juzgado de primera Instancia de Villaviciosa, se determinó que los efectos salvados de un naufragio son mostrencos si no se reclaman en un plazo de tres meses. Pero aún más importante es la consideración recogida de que la jurisdicción especial de bienes mostrencos se halla refundida en la de los Juzgados ordinarios de primera instancia; 28 de abril de 1.858, que reconoce la aplicación en Cataluña del derecho propio al considerar en cuanto al mejor derecho a una herencia, que los capítulos matrimoniales son en Cataluña irrevocables, a no ser que una de las partes se reserva la facultad de revocarlos o modificarlos; 7 de octubre de 1.858, que en referencia a la división de bienes de unas Capellanías, considera que no deben considerarse mostrencos los bienes objeto de desvinculación por parte del Estado, no quedando por tanto sujetos a la legislación específica sobre mostrencos; 19 de diciembre de 1.859, donde expresamente se dice que "...el orden legal para suceder en Guipúzcoa es el general en todo el territorio español", debiendo pactarse la reversión de forma explícita ya que no consta en ninguna ley vasca la posibilidad de renuncia; 7 de octubre de 1.859 y 14 de diciembre de 1.863, donde se establece que corresponden al Estado como mostrencos los bienes de los que mueren intestados, "...pero este no puede entenderse sino cuando estos no dejan personas capaces de heredarlos", ni "...tampoco los casos en que las leyes desvinculadoras determinan el destino de debe darse a los bienes desvinculados"; 1 de febrero de 1.861, en esta importante sentencia se considera vigente en Cataluña el orden generalmente establecido para las sucesiones por derecho propio de Cataluña no entendiéndose llamados a ellas los parientes de otra línea aunque sean más próximos cuando existen de la propia. Como consecuencia de lo establecido en la misma, en su Considerando segundo, podemos deducir que la aplicación del derecho propio vigente en Cataluña excluirá al derecho común, en materia sucesoria, y por tanto el orden de suceder fijado por la ley de Mostrencos; 23 de marzo de 1.861 (J.P. 86, página 219), que admite para Cataluña la vigencia y

validez de la especialidad sucesoria de la designación de heredero hecha en Capitulaciones matrimoniales, con lo que está admitiendo la prevalencia del derecho sucesorio propio catalán tanto en cuestiones testamentarias como intestadas; 28 de junio de 1.862 (J.P. 184, página 460), donde se remite textualmente, por aplicación de la ley 3, título 36 del Fuero de Vizcaya, en caso de duda a la legislación general del Reino, y esta no es en el ámbito sucesorio, la ley de mostrencos, sino la ley de Partida 6, 13, 6. Así nos dice que: "Considerando tercero: Para que pueda sostenerse legalmente que los parientes en cuarto y quinto grado entren en la calificación de extraños y están, por tal concepto, incapacitados para suceder por testamento, en ciertos bienes, sería indispensable el texto claro y explícito de una ley que así lo declare. Considerando cuarto: Que ninguna de las Leyes del Fuero de Vizcaya hace semejante declaración, y que de la disposición de la ley 18, título 20, no se deduce lógica y rigurosamente la absoluta exclusión de los parientes en grado ulterior al cuarto, ni su inclusión entre los extraños...; Considerando sexto: La ley de partidas 6, 13, 6, en consonancia con la moderna legislación, extiende hasta el décimo grado la calificación de parientes en oposición a extraños."; 13 de abril de 1.863, donde se especifica que mientras en Cataluña las instituciones de beneficencia tienen capacidad para heredar, esta capacidad fué restringida en la legislación aplicable en España, determinando la diferencia de normativa aplicable en el ámbito sucesorio para los distintos territorios; 7 de abril de 1864 (J.C. núm. 90, página 235), que reconoce la vigencia de la máxima "nemo pro parte" en Cataluña y señala en el tercer considerando que el Derecho Romano es supletorio del municipal; 17 de octubre de 1864 (J.C. núm. 294 página 189), considera, implícitamente, la vigencia del Derecho romano en Cataluña al entender infringido el Capítulo III de la Novela 118 de Justiniano; 21 de abril de 1866 (J.C. núm. 162 página 501), que aplica el apotegma "nemo pro parte" en Cataluña; 14 de septiembre de 1866 (J.C. núm. 311 página 296), que aplica el Derecho catalán a la sucesión intestada de impúberes, en concreto considera que en relación a este tipo de sucesión, la ley 2, título 2, libro 6 de las Constituciones de Catalunya otorgadas por Pedro III en 1.363, deroga la ley 1, título 2, libro 6 de las Constituciones de Jaime I dadas en 1.260, siendo de aplicación aquellas a la fecha en que se dicta la Sentencia; 15 de enero de 1.867, donde considera el ponente Eusebio Morales Pruideban, que la redacción de los artículos 20 y 22 de la ley de Mostrencos obedece al ánimo del legislador de dar fuerza retroactiva a la misma, "... pues sólo así podrían sustanciarse y fallarse los negocios a la sazón pendientes...". Considera del mismo modo la Sentencia que la Ley de Mostrencos respeta los órdenes establecidos para la sucesión intestada históricamente, pero creando otros entre los que se encuentra el orden sucesorio de los parientes colaterales del quinto hasta el décimo grado, no pudiendo citarse por tanto en Beneficio del Estado la ley 1,2,2, ni las leyes 6,7 y 8,22,10 de la Novísima Recopilación que eran alegadas por el Fiscal en nombre del Estado; 3 de marzo de 1868 (J.C. núm. 62 página 207), en referencia a los derechos sucesorios de un hijo natural, considerando que la Ley de Mostrencos no deroga las leyes de Toro, ni estas la ley de Partida 8,13,6, por cuanto que "...aquella ha respetado el orden de suceder anteriormente establecido, limitándose a restablecer y crear otros diversos para el caso exclusivo de que el que fallezca intestado no deje personas capaces de heredarle con arreglo a las leyes vigentes". Considera vigentes y no derogadas las normas anteriores a 1.835, quedando subsistentes las normas históricas referentes al orden de llamamientos en la sucesión intestada; 25 de abril de 1.868, que en tema de atribución hereditaria de bienes no considera de aplicación la Ley de Mostrencos sino el Fuero de Vizcaya; 9 de septiembre de 1.868, que establece que en Navarra, en las herencias ab intestato, a falta de hijos y hermanos, se llama a los parientes troncales a la sucesión en los bienes sitios que de ellos procedan por línea recta ascendiente; 25 de enero de 1870 (J.C. núm. 28 página 87) y 25 de febrero de 1871 (J.C. núm. 28 página 87), ambas en materia de sucesión legítima de impúberes); 30 de septiembre de 1.870, en virtud de lo establecido en las Constituciones de Catalunya, acudiendo a la doctrina de Cancr y Fontanella; 13 de octubre de 1.870, donde expresamente se dice que la Ley de Mostrencos no sólo no derogó la ley de Partida 3,13,6 sino que la confirmó; 23 de febrero de 1871 (J.C. núm. 126 página 484), aplica el Derecho Romano en materia sucesoria; 30 de junio de 1871 (J.C. núm. 263 página 293) que aplica la Nov. 118 de Justiniano; 8 de junio de 1.874 (J.C. núm. 217, página 217), que tratándose de una finca sita en el Señorío de Vizcaya, queda el tema sujeto a las leyes de la tierra, sea la que

sea la naturaleza y domicilio del testador. Del mismo nos dice expresamente en defensa de la aplicación prioritaria del derecho foral vizcaíno sobre cualquier otra norma en el ámbito sucesorio, que "... e si por ventura alegase ley o fuero de otra tierra que fuere de fuera de nuestro señorío, mandamos que en nuestra tierra no tenga fuerza de prueba; fueras ende en contiendas que fueren entre omes de aquella tierra sobre pleito ó postura que obieren fecho en ella. Que las ordenaciones de varios Reyes referentes á los Fueros de Vizcaya, si bien disponen que los pleitos que se promuevan entre vizcainos se determinen por las leyes del Fuero, y que lo que no se pueda determinar por ellas lo hagan por las generales del Reino ninguna altera el principio de que los bienes sitos en Vizcaya han de regirse para las sucesiones por las leyes forales, toda vez que existan parientes vizcainos que tienen derecho notorio a la sucesión". Luego parece evidente la admisión de la prevalencia en el ámbito sucesorio de los derechos forales sobre el derecho común, no considerándose aquellos derogados por la entrada en vigor de la Ley de Mostrencos; 24 de diciembre de 1874 (J.C. núm. 26, página 115), que señala expresamente que el *Ius Commune* es supletorio en Cataluña. Más concretamente se dice que al estar establecida por la Constitución catalana (Constitucions 2,2,6,1) la sucesión intestada de los impúberes en términos tan opuestos á los de la sucesión ab intestato en general aquella disposición no es susceptible de interpretación para el caso, y por consiguiente la Sentencia que así lo determina no infringe las leyes 19 y 27 del Digesto; 16 de marzo de 1.875 (J.C. núm. 123, página 523) y 12 de mayo de 1.875 (J.C. núm. 202, página 65), hacen referencia a la aplicación de la ley de Mostrencos para la adquisición de bienes vacantes sin hacer mención alguna de su aplicación en el ámbito sucesorio; 26 de enero de 1.876 (J.C. núm. 53, página 205), considera que la legislación foral es especial y a ella ha de estarse para decidir las cuestiones del pleito que con arreglo a ellas se hayan discutido, no pudiendo invocarse útilmente el derecho común en contraposición a los fueros especiales que regulan la materia, siendo en todo caso supletorio de las Constitucions catalanas el Derecho romano; 11 de marzo de 1.876 (J.C. núm. 117, página 468), que en el Fundamento jurídico tercero del Recurso de Casación interpuesto nos dice que en virtud de lo establecido en la ley 3,2,3 de la Novísima Recopilación, a falta de ley expresa y terminante en la legislación foral o en las leyes recopiladas de Castilla, no es posible prescindir de las de Partida, como derecho supletorio. Frente a ello, la Sentencia en su Considerando segundo resuelve que las leyes de Partida no son aplicables a las cuestiones que tienen su resolución en las Constituciones forales de Cataluña; 19 de mayo de 1.876 (J.C. núm. 202, página 215), donde expresamente se dice que la legislación vigente en Cataluña el día 10 de septiembre de 1.845 es, por este orden, la siguiente: 1º. Los Usatges, Constitucions, Capitols de Cort y altres drets de Catalunya. 2º, el Derecho canónico. 3º el Derecho Romano y 4º la doctrina de los doctores si con arreglo a ella se han dado uniformes y repetidos fallos por los tribunales. A la vista de esto o bien se olvida totalmente de la Ley Mostrencos, o bien considera que esta no derogó con su publicación la normativa propia y específica de los territorios forales; 10 de junio de 1876 (J.C. núm. 222 página 343), que aplica el Derecho Romano en Cataluña en materia de hijos adulterinos; 12 de mayo de 1.879 (J.C. núm. 148, página 542), que se aplica en Catalunya en primer lugar las Constitucions; 20 de marzo de 1.880 (J.C. núm. 93, página 309), que aplica la ley de Partida 6,4,5 con el fin de evitar que el Estado adquiriera unos bienes pertenecen por reversión a un Monasterio; 6 de mayo de 1885 (J.C: núm. 202 página 715); 18 de febrero de 1.886 y 29 de septiembre de 1.886, donde se considera de aplicación para determinar el llamamiento sucesorio en la sucesión intestada la ley de Partidas 6,13,6, la cual se considera vigente sin que la ley Mostrencos la haya derogado; 15 de noviembre de 1887 (J.C. núm. 119 página 499), que aplica específicamente el derecho foral aragonés, y en concreto la disposición de rebus vincuatis y la observancia septima De testamentis; de marzo de 1889 (J.C. núm. 113 página 436); 20 de marzo de 1890 (J.C. núm. 85 página 352); 1 de abril de 1.891, que considera aplicable y no derogada el derecho foral navarro, y más concretamente la costumbre; 21 de octubre de 1891 (J.C. núm. 63 página 238), que ser refieren a la aplicación del Derecho Romano en Cataluña, en el ámbito de cuestiones sucesorias sin hacer referencia alguna al derecho común y más concretamente a la ley de 1.835; 31 de marzo de 1.892, donde expresamente se considera que no es de aplicación el derecho civil común cuando existan normas de derecho foral aplicables al caso, porque de otra manera no actuaría el derecho común como supletorio

A partir de la entrada en vigor del vigente Código civil, el Tribunal Supremo, que hasta 1893 había considerado como derecho supletorio de las regiones forales el vigente hasta el momento, empezó a considerar aplicable y vigente la Ley de Mostrencos de 1835 en todos los territorios con legislación foral propia y existente antes de la publicación de la misma.¹

El citado criterio jurisprudencial se plasmó de una manera meridiana en la importantísima sentencia de 20 de marzo de 1893.² Esta crucial Sentencia, tiene cuatro importantes Considerandos, cuyos razonamientos, a nuestro entender se pueden dividir de la siguiente forma:

Primero, que el Real Decreto de Nueva Planta, o lo que

sino como un derecho derogatorio en atención a lo establecido en el artículo 12 del Código civil.

Ver PUIG FERRIOL, "El derecho Civil..." 1890-1904 Tomo II V. I página 536: el Código romano es vigente como supletorio de la legislación foral del Principado.

1.- En lo que respecta al territorio catalán, tal vez fuera éste, entre otros, uno de los factores que motivaron que en 1930 se redactara y se presentara un Proyecto de Apéndice tras intentos y vacilaciones respecto a los anteriores Proyectos y Anteproyectos. Piénsese, de otra parte, que en 1920, los ánimos foralistas condujeron a que un jurista de prestigio como MASPONS I ANGLASELL, presentara un discurso en contra de la aplicación de la Ley de Mostrencos en Cataluña que se podría resumir en el apotegma de I. P. FONTANELLA "minima mutatio facti mutat totum ius".

Por otro lado, PUIG PEÑA, da razón de la presentación de un Proyecto de Ley en abril de 1921 en el que se declaraba vigente en todos los territorios forales, sus propios órdenes sucesorios ab intestato. Ver "Compendio...", op. cit. Tomo VI página 864.

Por su parte señala ISABAL, que las Audiencias intentaron salvar el Derecho Foral mientras que el Tribunal Supremo casaba las sentencias con base en un espíritu uniformizador. Ver "Los mostrencos...", op. cit. páginas 69 y siguientes.

En cuanto a la tarea "apendicular" y sus inconvenientes, ver CAMPS I ARBOIX, "Historia...", páginas 265 y siguientes. La problemática que surgió en Cataluña en torno a los Apéndices y en relación al tema que nos ocupa puede verse en "El Derecho Civil de Cataluña en el Parlamento Español" R.J.C. núm. 26 (1920), sesión de 27 de abril de 1920 (Sr. Dato) páginas 270 y siguientes.

2.- Ver comentario a la misma realizado en la Revista Jurídica de Cataluña. 1.920, núm. 36, páginas 13 y siguientes.

Ver PUIG FERRIOL, "El Derecho Civil..." op. cit., Tomo II, Volumen I, páginas 538 y siguientes.

Ver PUIG PEÑA, "Compendio...", Tomo VI op. cit. página 863, quién considera que convencionalmente, se puede afirmar que a partir de esta decisión la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inspiró "en la aspiración hacia la unificación legislativa, sin paliativos ni condicionamientos...".

La busca de la citada uniformidad, tanto por inicialmente por la doctrina y el legislador, como posteriormente por la jurisprudencia ya había sido señalada por ALONSO MARTINEZ, en "El Código Civil...", páginas 17 y siguientes.

es lo mismo la ley 1ª, título IX, libro V de la Novísima Recopilación, no sólo mantiene en vigor la legislación propia catalana, haciendo especial referencia a las Constituciones, sino que marca el momento a partir del cual se consideran aplicables en Cataluña, como en todo el territorio nacional, las leyes posteriores al mismo, entre las cuales se halla la Ley de Mostrencos.¹

Segundo, que la ley de dieciséis de mayo de 1.835 es aplicable a Cataluña sin ningún género de excepción.²

Tercero, que, en contra de la opinión que mantenemos en este en este trabajo, y de la que en la propia exposición de motivos de la ley de 1.835 parece desprenderse, considera el Tribunal que, si bien no era objeto principal de la ley establecer un orden sucesorio, dicho orden sucesorio establecido por la ley es primordial, y condición sinequanon, para la propia aplicación de la ley.³

Cuarto, que no se considera infringido el artículo 12,2 del Código civil porque éste se refiere a un estado de derecho preexistente, cual es en la materia de que se trata el establecido por la Ley de Mostrencos, ni contradice la

1.- Se dice en este Considerando que: "Considerando que el Real Decreto de nueva planta de 16 de enero de 1.716, a la vez que sanciona lo estatuido en las Constituciones de este antiguo Reino, en cuanto no fuese opuesto a lo que se ordena en los capítulos de dicho Real decreto, marca la época en la que las leyes posteriores son aplicables a Cataluña".

2.- Dice el Considerando primero de la citada resolución que: "... (el citado decreto), marca la época desde la que las leyes posteriores son aplicables a Cataluña que a las demás partes del territorio nacional, mientras que en las mismas leyes no se restrinja su imperio; y que la de 16 de mayo de 1.835, dada por el único poder legislativo existente en España, es evidentemente aplicable a Cataluña, puesto que en ella no se consigna distinción ni excepción de ningún género".

En la recopilación de Sentencias de la que se transcribe lo anterior, Recopilación Aranzadi, existe una nota de la edición en la que literalmente se dice:

"Atinadísima y digna del mayor encarecimiento es la franca declaración de esta sentencia, favorable a la unidad legislativa, consecuencia inevitable de la unidad nacional y política de España. Si nuestros legisladores hubieran aceptado y seguido siempre esta doctrina, el Código civil regiría hoy e todo el territorio español".

Realmente sobra cualquier comentario a la apostilla reseñada.

3.- Se establece en este considerando que: "...que el orden (sucesorio) legal aplicable es el fijado en el artículo segundo de la mencionada ley de 16 de mayo de 1.835, cualquiera que fuere el establecido anteriormente ya en Castilla, ya en las provincias forales, sin que del sentido de la primera parte del artículo pueda inferirse restricción alguna...".

doctrina jurisprudencial anterior.¹

Quinto, que concretamente en relación a Cataluña, a partir de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado se varió el orden de suceder ab intestato establecido con arreglo al Derecho romano.²

Después de un período, relativamente breve, en el que destacan las vacilaciones del propio Tribunal Supremo dictando sobre la cuestión resoluciones contradictorias que tan pronto recogían las tesis de la Sentencia de marzo de 1.893, como tan pronto admitían la jurisprudencia anterior al considerar no derogado el derecho foral por la ley de Mostrencos,³ éste sentó doctrina, entre otras, con las

¹.- Cita expresamente las Sentencias de 15 de enero de 1.867 y tres de marzo de 1.868, diciendo que: "...en ellas no se desconoce el carácter obligatorio para toda España, que tienen las disposiciones de la mencionada ley, sino que, por el contrario, se afirma que vino á crear otros órdenes de sucesión...".

².- Ver considerando cuarto de la Sentencia. Ello, no obstante, creemos haber demostrado lo contrario con la colección de Sentencias que previamente hemos citado, por cuanto que a pesar de haberse publicado la Ley de Mostrencos el año 1.836, el Tribunal Supremo no la consideró de aplicación a los territorios forales, en cuanto a los órdenes sucesorios se refiere.

³.- Ver las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo:

De 18 de junio de 1.896, cuando al determinar que para el caso de parientes tronqueros, la ley 8,21 del Fuero de Vizcaya no expresa a que grado de parentesco llega el derecho de los citados parientes, debiendo recurrirse para completar dicha ley a las prescripciones de la legislación común de Castilla que es supletoria de la foral en lo que esta no prevea; 24 de junio de 1.897 en cuanto al llamamiento a los hijos naturales; 16 de abril de 1898 (J.C. núm. 22, página 104); que aplica el derecho catalán a la sucesión de los impúberes; 17 de noviembre de 1.898 (J.C. núm. 77, página 341), en relación a la ejecución de una acción real reivindicatoria de petición de herencia por parte del Estado, no considerando aplicable la doctrina recogida por el propio Tribunal Supremo en una Sentencia anterior de 10 de mayo de 1.892; 14 de enero de 1.899, donde se especifica que según dispone el artículo 12 del Código civil, los preceptos de éste sólo pueden ser invocados como derecho supletorio en defecto del derecho aplicable en la región correspondiente, resolviendo la Audiencia el tema planteado de acuerdo con la legislación en Cataluña, el Derecho romano; 18 de junio de 1.900, aplicándose la ley 8,21 del Fuero de Vizcaya en la sucesión intestada de bienes muebles; 1 de marzo de 1902, siendo ponente de la misma Francisco Toda, parientes de quinto grado versus parientes de sexto grado en representación de un ascendente pariente de quinto grado del difunto, en cuyo primer considerando señala expresamente como bien citadas y alegadas las leyes romanas por tratarse de la legislación especial vigente en Cataluña; 12 de noviembre de 1.902, que considera aplicable en declaración de herederos ab intestato la ley de Partida 5,5, las leyes 6,7 y 8 de Toro y las leyes 1,2 y 3, 20,10 de la Novísima Recopilación; 12 de julio de 1.904, publicada el 21 de agosto del mismo año, donde se establece que respecto del derecho aragonés será de aplicación para determinar el derecho a suceder, las líneas y el concepto de troncalidad, lo establecido en los Fueros De rebus vincuatis y De successioribus abintestato, criterio recogido por la Audiencia de Zaragoza en Sentencias de 15 de agosto de 1.815 y de 13 de octubre de 1.864; 26 de junio de 1.908 (Gaceta de

sentencias de 10 de junio de 1.914,¹ 13 de junio de 1.914² y de 7 de julio de 1915³ cuyos planteamientos se irán,

Madrid 13 de octubre de 1.908), donde se dice que los términos de los Fueros de Aragón 3º y 5º De prescriptionibus, no autorizan para entender e interpretarlos en el sentido de que exijan para la prescripción los requisitos de justo título y buena fe, y entendiéndolo así la Sentencia dictada en Aragón, no infringe los artículos 12 y 13 del Código Civil, por ser la legislación de castilla supletoria de la de aquel Reino; 29 de octubre de 1.908 (Gaceta 1 de diciembre de 1.908), considera de aplicación preferente las Decretales sobre el Derecho Romano en Cataluña; 26 de diciembre de 1.909 (Gaceta de 14 de junio de 1.909), establece que "para determinar la ley que con posterioridad a la publicación del Código Civil haya de aplicarse a los diversos actos y relaciones jurídicas sometidas a la decisión de los Tribunales ordinarios, es necesario atender al principio fundamental en que se informan sus disposiciones transitorias, según las cuales no puede darse efecto retroactivo a las innovaciones introducidas por dicho cuerpo legal cuando éstas perjudiquen derechos que lejos de aparecer declarados por primera vez en el nuevo Código resultan adquiridos al amparo de la antigua legislación"; 5 de julio de 1.912 (Gaceta de 16 de septiembre de 1.913), respecto de la legislación aragonesa considera que no hay infracción de los artículos 12 y 13 del Código Civil en la aplicación de la sucesión troncal aragonesa; 4 de junio de 1.913, el Estado funda su acción reivindicatoria de determinados bienes reconociendo y utilizando la legislación específica catalana: Usatges omnes causae y las Constituciones; 29 de octubre de 1.913 (Gaceta 21 de mayo de 1.914) y 29 de noviembre de 1.913 (Gaceta 15 de junio de 1.914), respecto de la aplicación del derecho foral existente. En esta última sentencia expresamente se dice en relación a bienes raíces que: "A falta de colaterales tronqueros dentro del cuarto grado no se limita la facultad de disponer libremente siguiendo el espíritu de la legislación común, de lo que a uno pertenezca, siquiera las cosas transmisibles estén allí donde la legislación foral subsista".

1.- En esta Sentencia se dirime un conflicto entre colaterales de cuarto grado y el cónyuge sobreviviente, reconociéndose literalmente que la ley de 16 de mayo de 1.835 ha sustituido la legislación foral, viniendo posteriormente el Código Civil ha regular los aspectos sucesorios y en concreto el caso que nos ocupa estableciendo, en contra de lo recogido en el derecho foral, una preferencia del cónyuge viudo sobre los colaterales.

En el considerando tercero se destaca que: "...habiendo sido sustituida la legislación foral por la de 1835, pues para algo se han establecido las modificaciones que comprende, y esta última ley por el derecho común positivo vigente, al Código Civil hay que atenerse, como Cuerpo leal supletorio, al efecto de fijar la situación jurídica del cónyuge superviviente...".

Ver el amplio comentario al respecto que se realiza en la R.J.C., número 36. 1.920, página 13.

2.- Esta resolución fué dictada por el Tribunal Supremo (J.C. núm. 105 página 546), para resolver un conflicto entre colaterales e hija natural reconocida otorgando preferencia a esta frente a aquellos, y estableciendo a su vez que la ley de 1.835 es "obligatoria tanto en las provincias forales como en el resto de España", quedando incorporada esta ley a la denominada legislación común.

3.- Esta resolución fué dictada para resolver un conflicto entre hermanos de doble vínculo y vínculo sencillo que concurren con sobrinos en representación de sus ascendentes. Considera en esta Sentencia el Tribunal Supremo, ponente Francisco Pampillon, que con el Decreto de Nueva Planta quedaron restablecidas en Cataluña las disposiciones romanas sobre sucesión intestada, viniendo posteriormente a ser modificadas estas por la ley de 16 de mayo de 1.835. es por ello, que aún cuando el artículo doce del Código civil mantiene vigente tras la publicación de aquel los derechos forales existentes a su publicación, esta vigencia no puede extenderse a aquellos ámbitos del derecho que ya estaban fuera de su contenido, y en concreto no puede extenderse, y por tanto no puede considerarse

sucesivamente repitiendo en resoluciones posteriores.¹ En

vigente el derecho foral que regula los llamamientos sucesorios.

Ver el comentario realizado en J.C. número 159, página 994, remitiéndose a otras Sentencias anteriores en la misma línea, aún cuando fueran, como ya hemos visto, excepciones: Sentencia de 12 de junio de 1.894; 3 de diciembre de 1.895; 3 de febrero de 1.896; 16 y 18 de junio de 1.896; 9 de abril de 1.898 y 10 de noviembre de 1.902.

¹.- Ver las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo:

De 2 de diciembre de 1.915, que establece la aplicación en Cataluña del orden de prelación determinado en el artículo 12 del Código Civil, aplicándose las Constituciones del principado a no ser que aquellas disposiciones se encuentren derogadas por leyes posteriores que con carácter general estén vigentes en todo el estado; 10 de diciembre de 1919. (J.C. núm. 54 página 343) dictada para Cataluña en relación a la sucesión de impúber versus ascendente; 13 de diciembre de 1919 (J.C. núm. 65 página 423), en relación con el derecho foral de Aragón: conflicto entre ascendente y colaterales por línea materna; 27 de octubre de 1.920, considera que en la ley 2,7,5 de la Novísima Recopilación queda sancionado el derecho civil de Aragón y restablecidas las disposiciones relativas a la sucesión intestada, Observancias 5 y 6 De testamentis, hasta la publicación de la ley de 1.835 que rige con carácter general para todo el territorio, con lo que al publicarse el Código Civil la normativa de derecho foral referente a la sucesión intestada hacía casi un siglo que ya había sido derogada; 10 de diciembre de 1.920, establece el derecho del cónyuge supérstite con preferencia al derecho de los colaterales, en virtud de lo establecido por la ley de 1.835 que además considera incorporada a la legislación común; 13 de diciembre de 1.920, considera que con la publicación de la ley de Mostrencos la sucesión intestada pasa a regirse por las normas de derecho común; 11 de diciembre de 1922 (J.C. núm. 145), en relación con la aplicación del derecho foral de Aragón: bienes reservables; 30 de noviembre de 1.923, el ponente de la misma Feliz Ruiz, reitera la aplicación de la ley de 1.835 a todo el territorio estatal; 11 de diciembre de 1.923, considera de aplicación las disposiciones del Código civil aún en contra de lo establecido por el derecho foral aragonés; 24 de junio de 1925, dictada en relación al derecho foral de Aragón: conflicto entre colaterales de segundo y tercer grado en representación de ascendentes; 25 de febrero de 1926, (J.C. núm. 175 página 765), nietos en representación de su madre versus viuda, aquí se reitera la incorporación del orden sucesorio contenido en el artículo 2 de la ley de 1.835 a la legislación civil común a través de su publicación en el Código civil; 25 de febrero de 1.926 (Gaceta de 5 de diciembre de 1.926), considera expresamente que: "Todas las disposiciones de derecho foral relativas a la sucesión intestada, sólo estuvieron en vigor hasta la publicación de la ley de Mostrencos, porque ésta, como rigió con carácter general en toda España, tuvo completa eficacia para ser observada rigurosamente en todas sus provincias, incluso en las regidas por el derecho foral..."; 14 de enero de 1.927 (Gaceta de 18 de julio de 1.927) en Navarra hasta la publicación de la ley de 1.835 estaban vigentes las disposiciones sucesorias del derecho foral navarro; 19 de enero de 1927 (J.C. núm. 40 página 200) para Aragón: conflicto entre hermanos de vínculo doble y vínculo sencillo; 4 de julio de 1.928, en relación a un conflicto entre cónyuge viudo y parientes en cuarto grado por la aplicación del derecho foral aragonés o del Código civil, donde expresamente se dice que "las disposiciones de todo el derecho foral de España, que estuvieron en vigor hasta el año 1.835, fueron modificadas por el artículo segundo, que rige con carácter general en toda la Nación...", con el fin de justificar la aplicación de las disposiciones del Código en atención a lo establecido en los artículos 12 y 13 del mismo; 17 de diciembre de 1928 (J.C. núm. 129, página 616), dictada en relación al régimen foral de Navarra, insistiendo en que la ley de 1.835 obliga a todo el territorio, introduciendo un nuevo orden sucesorio que modifica el derecho foral en esta materia; 16 de enero de 1930 (R.A.J. núm. 566), para Cataluña respecto de la sucesión del cónyuge viudo, estableciendo que las sucesiones ab intestato están en toda la nación reguladas por el Código civil, al igual que en las regiones aforadas, viniendo derogado el artículo segundo de la ley de 1.835 por las disposiciones sucesorias del Código civil; de 28 de mayo de 1930 (RAJ Núm. 964), dictada para Cataluña: en cuanto a la sucesión de los impúberes. Confirma expresamente

la doctrina legal de la Sentencia de 20 de marzo de 1.893, considerando que el Código civil mantiene el derecho foral, pero que este no se extiende a aquellas materias que estaban fuera de su contenido como el caso de la sucesión intestada; 31 de mayo de 1.930, confirma que la sucesión intestada estará regida en todo el territorio nacional por el Código civil, no destruyendo la eficacia de la ley de 1.835 las leyes de 25 de octubre de 1.839 que confirman los Fueros vascos y navarro; 4 de abril de 1.932, aplicación de la legislación foral aragonesa, el Apéndice de 7 de diciembre de 1.925; de 19 de diciembre de 1942 (RAJ núm. 1) para Navarra: conflicto entre colaterales de quinto y sexto grado y el Estado. Expresamente se dice que con la Sentencia de 11 de julio de 1.936 se rompió el orden hasta el momento establecido por una corriente jurisprudencial iniciada en 1.893, ya que no el nuevo orden constitucional se había creado una corriente doctrinal y jurisprudencial diametralmente opuesta a la jurisprudencia anterior, debiendo volverse a la doctrina jurisprudencial iniciada en 1.893, extendiendo la vigencia de ley de 1.835 a todo el territorio. De la lectura de la meritada sentencia se puede concluir: Que puede decirse que la Sentencia de 1.936 contradiga la doctrina anterior, si llega a una concusión distinta es porque parte de un fundamento diferente. Que no es dado rectificar la doctrina, que primero con desviaciones, y desde hace muchos años de modo constante y reiterado viene manteniendo este tribunal, sin quebrantar el principio de certidumbre jurídica. Que no cabe sostener como desorbitado el alcance de la Ley de Mostrencos, ni que esta sea contraria al Código civil, ni atentatoria del régimen familiar y sucesorio de las regiones forales; 30 de diciembre de 1.942, que distinguiendo claramente entre dos períodos de la jurisprudencia, antes y después del 20 de marzo de 1.893, dice expresamente, en su Considerando segundo, que "...después de la sentencia de 20 de marzo de 1.893, se produce una tendencia unificadora y persistente, que mantiene la doctrina declaratoria de acomodar en las regiones forales el orden de suceder en los intestados a las prescripciones del Código civil, con el sustancial fundamento de que las especialidades que antes regulaban en aquellas la materia expresada habían perdido su vigor al promulgarse la ley de 1.835, que por ser de aplicación general quedó incorporada a la legislación común y por ello, al unificarse esta, sometidas al Código civil las disposiciones que regían la sucesión ab intestato". Insistiendo en que no es prudente variar la interpretación jurisprudencial de la ley de 1.835 que ha sido unánime hasta la fecha, proclamándose la vigencia general para todo el territorio del Código civil, en relación al límite establecido para los colaterales en el llamamiento sucesorio intestado, y más concretamente de los artículos 954, 956 y siguientes; 10 de abril de 1.943, considera que sólo y exclusivamente del Tribunal Supremo puede emanar la doctrina jurisprudencial, quedando suprimida la autonomía legislativa y jurisprudencial de Cataluña, y por tanto de las demás regiones forales por la promulgación de la ley de 8 de septiembre de 1.939, que dado el carácter retroactivo de la misma deja sin efecto la leyes emanadas del Parlamento catalán y las resoluciones dictadas por el Tribunal de Casación; 16 de diciembre de 1.943, para Navarra donde establece que "en la posible discrepancia surgida sobre el término sustitución, a ésta deberá otorgarse su acepción jurídica castellana, atendiendo al espíritu del derecho tradicional navarro; 3 de enero de 1.945, niega la subsistencia en Catalunya como régimen legal propio en sede de ab intestatos de las Novelas 118 y 127, ni de las resoluciones del Tribunal de Casación, siendo de aplicación con carácter retroactivo la disposición derogatoria de 8 de septiembre de 1.939; 3 de abril de 1.945, que literalmente dice "Es de aplicación en las regiones forales el orden de suceder establecido para las sucesiones intestadas en el Código civil, por cuanto las especialidades que regulaban en aquellas la materia, perdieron su vigor al promulgarse la ley de Mostrencos, que, incorporada, por la generalidad de su aplicación, a la legislación común, dejó, al unificarse ésta, sometidas al Código civil las disposiciones relativas a la sucesión ab intestato; de lo que se infiere, como indudable, que si bien la Ley de Mostrencos, aplicable a todo el Reino, fijó el límite del derecho sucesorio de los colaterales en el décimo grado, las modificaciones introducidas con posterioridad en lo relativo a tal limitación hubieron de tener, por tal causa, aplicación en tales regiones de derecho foral..." para continuar diciendo que "por tanto en Navarra deberá ser aplicado el Código civil en cuanto al límite al límite que este señala al derecho de los colaterales en la sucesión intestada, del derecho, por imperativo de los artículos 954 y 956 del Código civil, no se extiende más allá del cuarto grado, razones por las cuales carece de todo derecho a ser nombrado

esta sentencia, así como en la mayoría de las con ella concordantes dictadas desde la entrada en vigor del Código, ya no es invocada la Ley de Mostrencos como derecho vigente en territorio foral sino que se considerará, en sustitución

heredero ab intestado un colateral en el noveno grado de parentesco del causante."; 24 de mayo de 1.945 (J.C. 96), la sucesión intestada se rige en todas las regiones españolas y respecto a toda clase de herederos por las normas del Código civil; 14 de junio de 1945 (RAJ núm. 703) y 24 de mayo de 1.945 (RAJ núm. 689), que aplican el Código Civil en Cataluña en relación con bienes reservables; 21 de enero de 1.950 (RAJ 540), para Vizcaya, insiste en la teoría derogatoria de la Ley de Mostrencos de la legislación foral, y la simulación de aquella por el Código civil; 12 de noviembre de 1.951 (RAJ. 2.713); 16 de septiembre de 1.952, limitación del llamamiento hasta e cuarto grado, siendo preferente el derecho de un hermano natural al del Estado; 29 de marzo de 1.955, casando la resolución de la Audiencia, el Tribunal Supremo dice que "En materia de sucesión intestada ha sido derogado el derecho foral por la ley de 16 de mayo de 1.835, primero, y por el Código civil después, que es aplicable en todo el territorio nacional, y si bien es cierto que frente a este criterio de la jurisprudencia se ha pronunciado muy nutrida doctrina científica que considera excesivamente amplia la interpretación y aplicación dada por el Tribunal Supremo a la ley de Mostrencos, no lo es menos que si la jurisprudencia ha de llenar su fundamental misión de fijar el sentido de la ley, con la fuerza vinculante exigida por razones de certidumbre jurídica, es deber de juzgados y tribunales prestarle leal acatamiento, mientras el poder legislativo no estime procedente hacer revivir el derecho foral, y en consecuencia no son viables los motivos del recurso que propugnan la tesis, repetidamente desestimada por esta Sala, de que el régimen sucesorio intestado se gobierna en Mallorca por el derecho romano justiniano mantenido en vigor por la costumbre de aquella región y respetado por el artículo 13 del Código civil.";

2 de junio de 1956 (RAJ núm. 2456) en "obiter dictum" pues se trataba de la reversión del dominio útil de un censo enfitéutico; 1 de febrero de 1958, en relación con el régimen foral de Navarra: viuda versus primos carnales del difunto por lo que hace a bienes reservables; de 10 de diciembre de 1958, en relación con el régimen foral de Navarra: bienes troncales, aquí se establece la vigencia del Código civil en todo territorio nacional, en el ámbito de la sucesión intestada con la excepción, para casos especiales, de os territorios de Vizcaya y Aragón; 11 de octubre de 1.960, aplicación de la ley de mostrencos; 16 de diciembre de 1.960, en cuanto a la aplicación de los artículos 10 y 12 del Código civil; 20 de marzo de 1962, para el derecho foral de Vizcaya: disolución de régimen económico matrimonial y sucesión en bienes troncales; 11 de diciembre de 1.962, (RAJ 4.817), que en su Considerando cuarto, nos dice que "...el artículo 17 de la antigua Ley de Mostrencos debe estimarse derogado en cuanto a competencia territorial por el artículo 57, ley adicional de la ley de 14 de octubre de 1.882.", luego es obvio que sólo pueden derogarse las leyes vigentes; 2 de mayo de 1.964 (RAJ 2187), que en su considerando cuarto establece que existe una doctrina jurisprudencial que establece que en materia de sucesión intestada rige el Código civil como consecuencia del carácter general que adquirió la ley de 16 de mayo de 1.835; 25 de junio de 1.978 (RAJ 2.542), vigencia de la ley de Mostrencos en cuanto a la adquisición de bienes vacantes por el Estado.

Ver MASPONS I ANGLASELL, cuando rebate las justificaciones que aduce el Tribunal Supremo con los razonamientos del mismo en anteriores sentencias en "La jurisprudencia sucesoria..." páginas 372 y siguientes.

Ver DIEZ PICAZO, en "Estudios..." Volumen III página 509 siguientes, comentarios que realiza respecto de algunas de las Sentencias antes reseñadas.

de aquella, directamente aplicable el Código civil.¹ Para afianzar esta resolución lo fundamenta en:

En primer lugar que la Ley de Mostrencos por razón de su carácter general tuvo completa eficacia para observarse rigurosamente en todas las provincias de España, incluso las forales estableciendo un nuevo orden sucesorio ab intestato.²

En segundo lugar, que la Ley de Mostrencos se incorporó a la legislación común, esto es, al Código civil.³

A la vista del anterior criterio mantenido por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, cabe mantener, en síntesis, tres opciones.⁴

Una primera postura en la que se admita que al derogar la disposición final derogatoria del artículo 1976 del Código civil el antiguo Derecho de Castilla y, por tanto, la Ley de Mostrencos, la sucesión intestada debía regirse por las normas forales.

¹.- En relación al tema que nos ocupa, y desde un punto de vista foralista, MARTI MIRALLES, al relacionar la citada resolución de 1.893 con la aplicación a todo el territorio nacional del flamante Código Civil, consecuencia del vigente artículo 12, nos dice, en un intento de desvirtuar esta actitud fagocitadora de los derechos forales por el nuevo Código, que: "Establecía dicha Sentencia que la ley de 1.835 era aplicable en Cataluña aún después de publicado el Código civil como ley de general aplicación. Pero esta doctrina debe encontrarse solamente en esta Sentencia y haber sido desautorizada por la jurisprudencia posterior del mismo supremo tribunal, no fué establecida tampoco por lo que al artículo 12 se refiere para contradecir la derogación de las leyes generales en cuanto al Código las modifica, sino para negar que por virtud del artículo 12 viniera a revivir el derecho foral modificado ya antes del Código por una ley que como la de Mostrencos, tenía carácter general y modificaba el derecho peculiar de Cataluña."

Ver MARTI MIRALLES, J., "estudio sobre el artículo 12 del Código civil". Barcelona-Gracia. 1.901, página 57, nota 1.

².- Ver el considerando primero de la citada Sentencia.

³.- Nos dice esta resolución en su considerando segundo que: "...es manifiesto que al publicarse el Código civil quedó sometida a las prescripciones de este cuerpo legal dicha institución hereditaria, sin que, respecto a ella, pudieran revivir disposiciones de derecho romano vigentes en otro tiempo para Cataluña y modificadas después por la repetida ley, pues según la jurisprudencia establecida también en sentencias del Tribunal Supremo, el artículo doce del Código civil mantiene el Derecho foral en toda su integridad, pero no lo extiende a materias que están ya fuera de su contenido".

⁴.- La síntesis la ofrece PUIG PEÑA, en "Compendio..." Volumen VI página 862. Igualmente, JAEN, Volumen "Derecho..." página 817; MANRESA Y NAVARRO, en "Comentarios..." Tomo I op. cit. página 127; CASTAN TOBEÑAS, "La sucesión..." página 273; MARTI Y MIRALLES, "Estudio..." página 17; CLEMENTE DE DIEGO, "Instituciones..." Tomo III página 334.

Una segunda opción, en la que se considere que el artículo 12.2 del Código civil respetaba en toda su integridad los derechos forales. En este sentido, la Ley de 1835 debía quedar en vigor pues formaba parte del derecho preexistente y tenía carácter general.

Y una tercera, en la que se considera que los preceptos del texto civil codificado en materia de sucesión legítima debían ser aplicables a las regiones forales por haber sustituido a la Ley de Mostrencos y tenían, consecuentemente, una aplicación general estatal.

El segundo de los planteamientos que realiza la doctrina lo hemos visto recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1.893, la cual considera que la Ley de 1835 era una norma de aplicación general y si se considerara aplicable la misma a las regiones de derecho foral no cabe duda de que ésta formaba parte del derecho preexistente de las mismas. Pero derecho preexistente a la publicación del Código civil no es sinónimo del derecho foral que conservaba el prístino artículo 12.2 del mismo. Derecho foral, como he señalado en las líneas que anteceden, es el derecho "histórico" de un determinado territorio, esto es, su derecho autóctono, pero no, en cambio, todo el derecho preexistente. Dicho de otro modo, las leyes de aplicación general y, en concreto, la Ley de Mostrencos, regían dado su carácter general y no porque formaran parte del Derecho foral al que se refería el Código civil.¹ El Tribunal Supremo, por tanto, equipara derecho foral a ordenamiento jurídico privado-civil del territorio en cuestión entendiendo que el artículo 12.2 conservaba "por obra" íntegramente a éste y no sólo a aquél.

La alusión al derecho preexistente es un subterfugio que utiliza el Tribunal para entender aplicable la Ley de 1835 en Cataluña vía artículo 12.2 del Código civil y considerar que

¹.- ROCA TRIAS, "El Código Civil..." ADC (1978), página 274.

éste no se infringe.¹ Pero es de todo punto insostenible que considere aplicable una ley, en virtud de un precepto del Código civil, que otro, por contra, deroga según una Disposición final recogida en el artículo 1976.²

De la misma inconsistencia resulta el aserto de Sánchez Román según el cual "...formando parte del régimen jurídico de Cataluña, al tiempo de la publicación del Código, como ley de carácter general, que fue obligatoria para todas las provincias del Reino la de 9 de mayo de 1835 (...), este régimen ha de mantenerse vigente para Cataluña, lo mismo que para Navarra y Vizcaya, por iguales razones y no la modificación del Código Civil (...), puesto que, además, no es posible aplicar en estos territorios el Código Civil como supletorio, sino en último lugar y grado, después de sus leyes, y costumbres propias, comunes y especiales, lo mismo de su peculiar Derecho principal que del referido supletorio, que lo sea según las mismas".³

¹.- Ver la multitud de Sentencias dictadas en esta línea por el Tribunal Supremo desde la publicación del Código civil, y más concretamente desde el año 1.893, y ya reseñadas anteriormente.

².- La aplicación de la Ley de Mostrencos en el caso decidido por la sentencia de 20 de marzo de 1893 obedece, según PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, a razones de equidad y por ello se declaró heredera intestada a la mujer del fallecido y no a los colaterales de quinto grado que de aplicar la Novela justiniana 118 o el Código Civil habrían excluido a la primera. Ver "Fundamentos..." Tomo III Volumen II op. cit. página 224. De hecho, la solución de equidad es, en este caso, un tanto cuestionable, pues, también puede ser aplicable a los colaterales del difunto habida cuenta del supuesto fáctico el cual es transcrito por el primer autor citado en "El Derecho Civil..." Tomo II Volumen I página 538.

³.- SANCHEZ ROMAN, "Estudios..." Tomo VI Volumen III op. cit. página 2396. (El subrayado del texto es del autor). Esta posición fue defendida por el mismo autor en una enmienda que presentó al artículo 11 del Estatuto de Autonomía Catalán de 1932. Consideraba que además de las materias que se reservaba el Estado en el artículo 15.1 de la Constitución republicana de 1931 debían incluirse como exclusivas de éste las leyes de carácter civil que dictaran las Cortes Constituyentes, las leyes generales en materia civil dictadas durante el siglo XIX y XX que han tenido aplicación en Cataluña y todas las materias regidas no por derecho estrictamente catalán sino por el derecho supletorio de Cataluña fijado por la Constitución de 1599. Ver "El Dret Civil a Catalunya. El problema de la codificació del Dret Civil Català" conferencia dada por Ramón Coll i Rodès en "Conferències sobre l'Estatut de Catalunya" página 51. También en CAMPS I ARBOIX, "Historia..." páginas 280 y siguientes. Ver la opinión de Luis Silvela en ROCA TRIAS, "El Código Civil..." ADC (1978) página 271.

A inconsistencia del Tribunal Supremo, así como el de Sánchez Román, podría encontrar un apoyo legal en el inciso del artículo 12.2 que señala "...sin que sufra alteración su actual régimen jurídico...". <Actual régimen jurídico> que incluiría aquellas leyes de aplicación general, como la

La incongruencia a la que conduce el Tribunal Supremo, con alguna de sus resoluciones, sin contar que la controversia que las mismas pueden plantear, es solventada, por él mismo, en sentencias posteriores en las que no se iguala la expresión "derecho preexistente" a "derecho foral" y, por ende, se sostiene que la sucesión intestada ha dejado de regirse por este para pasar a reglamentarse mediante normas de aplicación general que no son parte del "Derecho foral" aunque sí formen parte del ordenamiento jurídico privado de aquellos territorios donde existe un derecho foral vigente,¹ como es el caso del derecho civil catalán.² Así pues, habida cuenta que la Ley de Mostrencos fue derogada, en esta materia, por la citada disposición final del Código civil debe aplicarse éste en sustitución de aquélla o, como sostiene el Alto Tribunal, porque, en definitiva, fue incorporada a la "legislación común".³

En este sentido, tales afirmaciones nos conducen a la tercera de las posiciones doctrinales, anteriormente reseñadas, que parte de un hecho que debemos aclarar y demostrar, en relación a si con la Ley de adquisiciones a nombre del Estado, quedaba intacta, o por el contrario quedaba derogada la legislación propia de los territorios

Ley de Mostrencos. Ahora bien, este inciso debe conectarse con el párrafo precedente en el cual se alude a Derecho Foral. Dicho de otro modo, se refiere al <actual régimen jurídico del Derecho Foral>. En el mismo sentido, véase MARTI Y MIRALLES, "Estudio..." op. cit. página 27.

¹.- Ver lo dicho en la sentencia de siete de julio de 1.915.

².- Señalan PUIG FERRIOL y ROCA que "...el hecho de que una ley general tenga que aplicarse en Cataluña no la foraliza" ("Fundamentos..." Tomo I op. cit. página 78). Además, ver ROCA TRIAS, "El Código Civil..." ADC (1978) página 275. Por otro lado, afirma el profesor DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON que este giro jurisprudencial permite pensar que la Ley de Mostrencos "no le había servido de claro fundamento y que toda la reiterada jurisprudencia anterior no tenía una base demasiado firme" Ver "Estudios...", Volumen III, op. cit. página 521.

³.- La aplicación del Código Civil en los territorios forales "por haber dejado, la sucesión intestada, de formar parte del régimen foral", conllevaba que en cuanto al modo de suceder en los órdenes también se aplicará, obviamente, el texto civil, de manera que los ascendientes sucedieran con exclusión de cualquier colateral. Ver lo dicho anteriormente al respecto en este trabajo y el propio artículo 935 del Código civil antes de la reforma por Ley 11/1981 de 13 de mayo.

forales.

Y, por último, destacar que a con la primera de las corrientes de pensamiento esbozada, sobre si se considera aplicable la legislación autóctona tras la publicación del Código civil al haber derogado éste la Ley de Mostrencos, se permite con la misma interpretar que hasta la publicación del Código civil regía la Ley de Mostrencos en las regiones forales, y que tras él revive su derecho propio y, en concreto, las fuentes de derecho propias en el ámbito sucesorio.¹

El razonamiento anterior parte de una premisa que debe comprobarse, cual es la aplicación de la tan mencionada norma de mostrencos en los territorios con derecho civil propio. Por tanto, el interrogante que antes planteábamos debe trasladarse, también, a éste lugar.

Anteriormente, en este trabajo, se han señalado los propósitos de la Comisión al redactar y posteriormente publicar la Ley de Mostrencos. Entre ellos no se encontraba la derogación del régimen foral, en materia de sucesión legítima, porque no era ésta la intención.² La citada disposición no pretendía, en ningún momento, menoscabar los derechos adquiridos con arreglo a los "fueros" o al derogado derecho "patrio", que como ya hemos visto eran las Siete Partidas, sino sólo fijar un orden sucesorio en defecto de aquél que regía en cada lugar.³

El reflejo legal de este parecer es, como evidenció el

¹.- En el ámbito de Cataluña se trataría del Derecho romano-común, y en concreto las "Constitucions" del siglo XVI.

².- Independientemente de algunas interpretaciones clarificadoras del Tribunal Supremo en determinadas sentencias, de la lectura del Preámbulo del proyecto de ley, del dictamen de la comisión y las intervenciones de ciertos Procuradores en los debates y discusiones de la misma, así puede entenderse.

³.- En el dictamen de la comisión se sostenía que: "El artículo 2 del proyecto, que no es ni puede reputarse como una nueva ley sobre las sucesiones ab intestatos, reconoce que toda persona que tenga derecho a la sucesión intestada, en todo o en parte, ya sea por la legislación general del reino, o ya por los fueros particulares de algunas provincias, debe conservarlo".

Ver Diario de Sesiones de 9 de diciembre de 1.834 y de 19 de enero de 1835.

Tribunal de Casación de Cataluña y parte de la doctrina, la expresión "...con arreglo a las leyes vigentes..." y ésta se considera suficientemente indicativa y elocuente de lo que se quería significar.¹ Así, cuando varios Procuradores entendieron pertinente que se especificara y se añadiera a la mención, en el orden sucesorio, del hijo natural legalmente reconocido, las siguientes palabras: "...por lo respectivo a la sucesión del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos a suceder a la madre", se señaló por el mismo Estamento que pese a que era innecesaria dicha precisión "...porque en la primera parte del artículo se conservan los derechos de sucesión ab intestato establecidos por las leyes vigentes..." "sí creía que pudiera ser oportuno para evitar cavilaciones en perjuicio de los derechos a la sucesión materna de los hijos naturales...".² De esta manera se conserva, a nuestro entender, el Derecho foral sin que la publicación del Código civil conlleve modificación alguna del mismo en el tema que nos ocupa.

Parte de la doctrina catalana asumió sin contrariedad, tras la ya estudiada sentencia de 1893, la aplicación de la ley de 1835 en Cataluña. En este sentido, BROCA y AMELL, VIVES y CEBRIA, ELIAS y FERRATER, PELLA y FORGAS, en Cataluña y GIL BERGES y FRANCO, para Aragón, se limitan a señalar el orden sucesorio intestado catalán insertado en él el

¹.- PUIG PEÑA, "Compendio..." T. VI op. cit. página 863 observa que la Ley de Mostrencos tan sólo pretendió establecer un distinto orden sucesorio. Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1868, tercer considerando); de 15 de enero de 1867 (J.C. nº 9 pág. 35, segundo considerando).

En la misma línea se encuentran las reflexiones de DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, en "Estudios..." V. III página 521 y las de ESTIBALEZ, en "La sucesión intestada..." op. cit. página 23; CRUZADO, "Derecho hereditario..." op. cit. página 408; CLEMENTE DE DIEGO, "Instituciones ..." T. III página 333.

².- Sin embargo, se respetó la opinión de los Sres. Próceres ya que "no dañaba en manera alguna, pues cuando mas podría calificarse de redundante..." (D.S. de 8 de abril de 1835 T. 1834-1835). Al aludir a las "leyes vigentes" se preservaba el derecho del hijo natural a la sexta parte de la herencia paterna si el progenitor no dejaba hijos y mujer legítima (P 6,13,8). La misma regulación se observará en el Derecho catalán por mor del derecho romano-común.

establecido por la Ley de Mostrencos.¹ En este sentido, después de los colaterales de cuarto grado, sucedería el hijo natural legalmente reconocido, en defecto de éste el cónyuge y así sucesivamente hasta llegar al Estado. Ahora bien, la nueva legislación aplicable respetará el modo de suceder existente en los derechos forales, y en concreto en el derecho civil catalán en los órdenes hasta el cuarto grado, en la línea colateral, del Derecho romano.²

5.6.2.- El llamamiento sucesorio de los hijos.

En referencia a este llamamiento deberá diferenciarse entre sus diversas clases:

En primer lugar los "liberi naturales et legitimi", son aquellos "ex legitimo matrimonio nati" a los cuales se aplica

¹.- BROCA y AMELL LLOPIS, "Instituciones..." op. cit. página 351 (así en la edición de 1886 los mismos autores precisan que "...combinando las disposiciones del Derecho Romano con las de la citada Ley de 16 de mayo de 1835..."); VIVES Y CEBRIA, "Traducción..." T. II op. cit. páginas 254-255; ELIAS y FERRATER. De "Manual..." op. cit. página 781; PELLA Y FORGAS, "Código..." T. IV op. cit. páginas 70-71. Añádase: ELIAS, "Derecho civil..." Tomo III, V. II páginas 636 y siguientes.

El mismo parecer que parte de la doctrina catalana, sostendrá GUTIERREZ FERNANDEZ, "Códigos o..." (Examen Comparado de las legislaciones especiales) T. VII páginas 408 y siguientes; SANCHEZ ROMAN, "Estudios..." T. VI V. III página 2389 y siguientes; DOMINGO DE MORATO, "El Derecho Civil Español..." páginas 219 y siguientes.

².- Ver CORBELLA, "Manual..." op. cit. página 807. Este autor señala que el derecho catalán en la sucesión legítima no contiene disposiciones especiales "por cuyo motivo", siendo supletorio del mismo el romano, este último derecho había venido rigiendo por completo la institución que nos ocupa, hasta la Ley de 16 de Mayo de 1835...". Tras un escueto análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1893 y la posterior de 1 de marzo de 1902 concluye afirmando que "de las dos sentencias antedichas resulta que en la actualidad continúa vigente en Cataluña, para los órdenes sucesorios abintestato, la ley de mostrencos, y para los modos de suceder en dichos órdenes, el derecho romano, que forma parte, como supletorio, de la legislación especial de Cataluña". Esta afirmación conduce a la aplicación parcial, en cuanto al orden sucesorio hasta el cuarto grado en la línea colateral, del régimen establecido en las VII Partidas pues éstas, como se señaló en el capítulo precedente, son las que pretende "restablecer" la Ley de Mostrencos.

La sentencia de 26 de julio de 1935 del Tribunal de Casación de Cataluña no le dará plenamente la razón, ya que la línea argumentativa del Tribunal catalán irá dirigida a considerar aplicable, no sólo en el modo sino también en el orden de suceder, al Derecho Romano, y ello porque la propia Ley dejaba a salvo las "leyes vigentes". Ver LATORRE, A., "El Derecho Romano..." op. cit. página 210.

el orden sucesorio romano-común.¹

En segundo lugar, los "filii legitimari", que son aquellos cuya filiación es natural pero que después devienen "legitimi" y, por ende, son equiparados a los anteriores en cuanto a los derechos sucesorios.²

En tercer lugar, se encuentran los llamados "filii legitimi" tantum, son los adoptivos "...etiam eodem modo quo legitime nati, aequaliter in capita succedunt adoptanti vel abroganti".

En cuarto lugar, se encuentran los "filii naturales tantum", son aquellos que "nascitur ex soluto et soluta inter quos posset matrimonium".³ Por su parte, no hay que olvidar que la Ley de 1835 mejorará la situación del hijo natural en el orden sucesorio, respecto de la sucesión del padre, del que carecía, sin perjuicio de que a tenor de las leyes vigentes sigan gozando de los derechos que se le venían reconociendo.

En quinto lugar, se encuentran los llamados filii spurii, que nunca suceden ab intestato al padre, pero por contra, suceden a la madre y pueden suceder entre ellos.⁴

1.- Ver FONTANELLA, "Decisionis...", Tomo II. 1645. Barcinonae, ex Praelo, ac aere Petri Lacavalleria, in via Bibliopolarum Dec. 415 folio.

2.- "...si soli sint vel unacum naturalibus et legitimis liberis iam natis seu nascituris aequaliter, cum habeantur per omnia, ac si ab initio legitime nati fuissent", continua diciendo "...patrem recognovisse filiam, fuisse filium et naturalem...". Ver BORRELL Y SOLER, "Derecho civil..." Tomo V, página 432.

3.- Ver BONAVENTURA DE TRISTANY, BOFILL I BENACH, "Sacri Supremi..." T. I, op. cit. Dec. I folio núm. 6 y siguientes. Concretamente, en los párrafos núm. 14 y siguientes donde narra el supuesto de hecho que originó esta decisión.

FONTANELLA, "Decisionis..." T. I. Dec. 415 folio núm. 340, al respecto dice que: "...ut non existantibus filiis legitimis nec matre, succedant in duabus unciis et sic in sexante ab intestato; eis autem existentibus, in nihilo. Ex testamento autem, non existentibus praedictis, possunt succedere in omnibus omnino bonis patris".

En la misma línea señala LALINDE ABADIA que "...la discriminación por legitimidad no alcanza gran desarrollo en el período de dispersión normativa, en el que se observa un gran favor a la descendencia ilegítima...". "Iniciación..." op. cit. página 837.

4.- Estos hijos son "quia ex non iustis nuptiis nascuntur possunt quidem matri succedere, non patri cum fit incertus".
...favore liberorum mater illustris ad successionem spuriorum admittetur: cum liberi legitimi et

Y finalmente son llamados los denominados filii ex dammato coitu: Se refiere a los "incentuosi", "nephari" y "adulterini".¹ De acuerdo con las "leyes vigentes", que señalaba la Ley de Mostrencos, y que parecen respetar los juristas catalanes de finales del siglo XVIII, la sucesión de los hijos según la filiación sería el que se ha transcrito.

Por otro lado, en relación a otro de los llamados antes del Fisco la situación es similar. Además, en caso de que el cónyuge superviviente fuera la viuda gozaba inicialmente en Cataluña del llamado Any de plor si bien, posteriormente, se le concede la tenuta.²

Juntamente con los derechos anteriores, en determinados territorios forales estaba vigente el usufructo viudal.³

En relación a los derechos viudales la ley de mostrencos mejoró, notablemente, la posición del cónyuge viudo en la sucesión legítima, y por lado mantuvo los derechos sucesorios de la viuda pese a que se aplique parcialmente dejando a salvo las que la misma ley llama "leyes vigentes".

La duda en torno a la aplicabilidad de la Ley de 1835 la sembró DURAN Y BAS por lo que hace al grado sucesorio en la

naturales utilitater et non incommodum ex ea successione condequantur et habeant).

Ver PEGUERA, "Decisiones Aurae..." Tomo II. Capítulo 55 folio núm. 162 núm. 2 y siguientes.; Ver BALDUCCI, "Observationes", folio núm. 296, núm. 80; FONTANELLA, "Decisiones..." Tomo II. Dec. 415 folio núm. 341.

1.- "... nec patri, nec matri ab intestato succedunt, quamvis nulli legitimi existent".

Ver en cuanto a esta clasificación LUCII FERRARIS "Bibliotheca Canónica..." Tomo VII, páginas 338 y siguientes.

2.- Ver la Constitución "Hac nostra" de Pedro III y la Constitución de Felipe I, de 1.564.

3.- En Navarra se otorgó el llamado usufructo de feldat.

En Cataluña, se le había atribuido, anteriormente, el usufructo de todos los bienes del difunto.

Ver el Usatge Vidua número 147, al decir que: "Vidua si honeste et caste post mortem viri sui in suo honore, bene nutriendo filios vixerit, habeat substantiam viri sui, quamdiu steterit sino marito. Si se adulteraverit et cubile viri sui violaverit, amittat honorem suum et totum avere viri sui; et veniat honor, in potestate filiorum, si in etate fuerint, vel aliorum propinquorum. Ita tamen ut non perdat suum, avere si presenti apparuerit nec sponsalium, quamdiu vixerit; postem reddant ad filios vel propinquos".

Ver BROCA, en "Historia..." op. cit. 859 y siguientes.

línea colateral, considerando que esta se extiende "ad infinitum", y a los derechos del cónyuge supérstite¹ al "preconizar un entendimiento neorromanista del Derecho Catalán buscando así en el Derecho romano un soporte revitalizado del propio derecho, en peligro ante la inminencia de una codificación civil sin contemplaciones".² No obstante, sus cavilaciones son tímidas pues terminará por admitir la observancia de dicha ley en Cataluña.³

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo seguirá aplicando el Código civil, en materia de sucesión legítima, en Cataluña y, en general, en todas las regiones forales, hasta la mitad del presente siglo, pero con algunas excepciones.⁴

En la línea seguida por las sentencias del período

1.- DURAN Y BAS, "Memoria..." op. cit. páginas 270-271 y 273. Recuérdese que la mención expresa, en el orden sucesorio, del cónyuge obedecía a que éste había desaparecido con la Instrucción de 1786 dictada por Carlos III, mientras que en Derecho Catalán -siguiendo el sistema romano-común- era llamado tras el décimo grado en la línea colateral, amén de los derechos viduales específicos que le pudieran corresponder (vide nota núm. 132). Por otro lado, el Derecho Catalán desconocía la troncalidad, frecuente, por contra, en los Fueros de la época Altomedieval y que consagraron las Leyes de Toro (vid. Capítulo anterior).

2.- SALVADOR CODERCH, "Comentarios al artículo 248 de la Compilación de Cataluña". Tomo XXIX Volumen III en Edersa op. cit. página 38.

3.- En cuanto a los derechos del cónyuge supérstite conviene hacer alguna precisión: la inquietud que refleja Durán y Bas en torno a la no aplicación de la Ley de Mostrencos en materia sucesoria del cónyuge sobreviviente obedece a la directriz de introducir "las menos innovaciones posibles" ("Memoria..." op. cit. página 271), justamente porque se trata de mantener el statu quo del derecho civil. En este sentido expresa que "...debiendo ser la reforma de la legislación civil como la iuris continuatio, como la continuación más perfecta del derecho por el cual, con anterioridad a ella, se han regido las provincias que se llaman forales, interesa fijar ante todo el estado de ese derecho en el momento de plantearse la reforma..." (página 4). No, porque el autor no considerara loable la concesión de un lugar preferente en la sucesión legítima (página 271, de ahí que cite el Proyecto isabelino que fue elogiado por juristas castellanos, vide "supra").

4.- Es el caso de las sentencias de 16 de abril de 1898 y de 1 de marzo de 1902; de 31 de mayo de 1930 dictada para Navarra; las sentencias dictadas para Aragón de 4 de abril de 1932; 13 de marzo de 1936; la dictada para Navarra de 11 de julio de 1939; y las sentencias de 19 de diciembre de 1954 y 2 de junio de 1956 ambas referentes a Cataluña.

republicano¹ se encuentran las resoluciones dictadas por el

¹.- En la sentencia de 31 de mayo de 1930 (RAJ núm. 1834) conflicto entre colaterales de segundo grado y viuda el Tribunal precisa en considerando primero que "...la ley de 25 de octubre de 1839...confirmando los fueros de las provincias de Vascongadas y Navarra...". En la de 18 de mayo de 1.932, respecto de los heredamientos, el Tribunal Supremo hace una remisión, y expresa aceptación, de la legislación catalana. En Sentencia de 22 de diciembre de 1.933, al establecer la prelación de fuentes aplicables al derecho sucesorio en Navarra, admite la aplicación del derecho común en defecto del derecho propio, lo que equivale a recibir y mantener el derecho romano con carácter supletorio, sin más alcance que el de cubrir las lagunas de la legislación navarra. En la sentencia de 13 de marzo de 1936 (J.C. núm. 31 página 121) el Tribunal Supremo dice que la doctrina jurisprudencial establecida por la Sentencia de 10 de marzo de 1.893, sostenedora de la aplicación con carácter general en todo el territorio del Estado de la ley de 16 de mayo de 1.835, que llega hasta el 17 de diciembre de 1.928, sólo tiene interés histórico, ya que en Aragón se aplica el Apéndice Foral aragonés (publicado el 7 de diciembre de 1925) desde su promulgación. La Sentencia de 11 de julio de 1.936, (RAJ 1.642 bis), considera que debe volverse a la doctrina jurisprudencial fijada con anterioridad a 1.893, que representaba un máximo respeto al derecho foral. (esta teoría duró lo que de vigente tuvo la Constitución de 1.932). En la sentencia de 11 de julio de 1939, colaterales más allá del cuarto versus Estado, es de notar que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia de Pamplona declararon heredero al Estado. Sentencia, ésta última que casó el Tribunal Supremo precisando, en su considerando segundo, que "...el régimen imperante impone el máximo respeto al derecho foral, toda vez que el artículo 16 de la Constitución de la República española otorga a las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa en materia civil fuera de las exceptuadas en el artículo 12 de dicha Ley fundamental, creándose así una corriente jurídica diametralmente opuesta a la que sirvió de fundamento a la jurisprudencia en que descansa el fallo recurrido".

Tras la caída de la II República, y el advenimiento del General Franco el Tribunal Supremo dicta la sentencia de 19 de diciembre de 1942 (RAJ núm. 1) en la que trata de justificar la decisión de la sentencia anterior y, a la vez, la vuelta a la doctrina jurisprudencial anterior a ella, es decir, la aplicación del Código civil en los territorios forales. He aquí los hechos: X.C. fallece dejando sólo un pariente de quinto grado que previene el juicio de ab intestato para ser declarado heredero del mismo. El Juzgado de Primera Instancia de Pamplona y también la Audiencia de la misma capital dictaron sendas sentencias en las declaraban heredero "ab intestato" del causante a dicho pariente. Interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo casó la Sentencia y declaró heredero legítimo al Estado.

Los razonamientos del Tribunal excusan de cualquier comentario: Dice en el considerando segundo, que el cambio de criterio en la jurisprudencia genera incertidumbre e inseguridad jurídica pero no puede prescindirse de la singularidad de los casos que se enjuician por lo que "inspirada en esencia la referida decisión del Tribunal Supremo (se refiere a la de 11 de julio de 1936) en una orientación que trascendía del ámbito del derecho privado, aunque en él se reflejasen sus consecuencias, no puede decirse que rectificase, por errónea o exorbitante, la doctrina mantenida en el decurso de varios lustros y reputada uniforme, aun señaladas algunas vacilaciones iniciales, por sus mismos detractores, sino que, acomodándose a una situación que reputó nueva, estimó que, por sola virtud de ésta, habían desaparecidos los fundamentos que el Tribunal Supremo había tenido, hasta entonces, en cuenta para mantener su posición...". En este sentido, la sentencia al partir de una base diferente y única, al decir del Tribunal, no se oponía al criterio sustentado pro el mismo sino que "lo ratificaba y confirmaba en el fondo... siquiera se separase de ella por estimar que se había operado una mutación legislativa que, por su alcance constitucional, otorgaba a las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa en materia civil y que, por tal manera, se había creado una corriente jurídica que calificaba de diametralmente opuesta a la que había servido de fundamento a la jurisprudencia".

En el considerando tercero, se dice que en aras a la seguridad y la certidumbre jurídica es necesario mantener la anterior doctrina jurisprudencial dejándose abierto "...el camino al legislador,

extinto Tribunal de Casación de Cataluña.¹ La primera de ellas de 26 de julio de 1935 es la que ofrece mayor interés doctrinal planteando y resolviendo, parcialmente, la cuestión,² para ello parte de la expresión del artículo segundo de la Ley de Mostrencos "de acuerdo con las leyes vigentes", a tenor de la cual subsistiría, tras ella, la legislación catalana romano-común en materia de sucesión legítima.³

para que, en cumplimiento de la suprema misión rectora que le está confiada, determine como ya ha hecho respecto a alguna legislación foral, y como puede hacerlo respecto de las demás, que, en mayor o menor medida subsisten (!), la extensión como han de convivir, dentro de la superior unidad nacional, las legislaciones llamadas, acaso con poca propiedad en los términos, común y foral".

Sigue diciendo en el considerando cuarto que "...Aunque se haya sostenido que la doctrina antes establecida y que ahora se confirma, otorgada a la Ley de Mostrencos, un alcance que el texto de ella no autorizaba y que tampoco podía inferirse de su génesis en el Estamento de los Procuradores no es aventurado sostener: 1º que aun cuando fuese su principal designio derogar la jurisdicción de aquel nombre, es lo cierto que también determinó el lugar que al Estado correspondía en la sucesión abintestato, lo que no podía menos que trascender al orden de suceder de los parientes entre sí; y no causa falta de lógica presumir que, en ese evento tratara de colocarse a todos los sucesores en idéntico lugar en relación con el Estado llamado la sucesión. 2º que precisamente porque los autores de la Ley de Mostrencos no podían desconocer el hecho trascendental de la coexistencia con el derecho de Castilla del privativo de las legislaciones forales, y los inconvenientes derivados de una posible situación de desigualdad frente al Estado, como heredero abintestato, parecía natural que sí, otro era su propósito, se hubiesen hecho especiales reservas y establecido expresas excepciones que no autorizasen la interpretación que, basándose precisamente en su silencio a ese respecto, podía mantenerse y se han mantenido, en efecto, en el curso de los años, con trascendencia en la ordenación civil y, por obligado reflejo suyo, en la fiscal y 3º ...tampoco puede pretenderse que semejante interpretación haga tabla rasa de la legislación foral; porque inspirado el sistema sucesorio del Código Civil en un respecto absoluto al derecho de disponer por testamento, que sólo en el caso de que no falte expresión de voluntad testamentaria, acude a la sucesión legal y en ella, hace un llamamiento al Estado, es en éste único caso en el que se aplica la Ley de Mostrencos y que, por tanto, abierto la aplicación del derecho foral un campo amplísimo, lo mismo que en el sistema que dicha ley estableciera, que en el que, por sustitución suya, y por ser también norma general, ha establecido el Código Civil".

En concordancia con lo anterior, ver lo dicho en las sentencias de 30 de diciembre de 1942, considerando quinto, (RAJ núm. 120), y la de 2 de abril de 1941 (RAJ núm 494).

1.- Básicamente, y en relación al tema de la sucesión intestada, el Tribunal de Casació de Catalunya, dictó tres Sentencias: La de 26 de julio de 1.935 y las de 16 y 28 de mayo de 1.936.

2.- Esta sentencia, como las posteriores que citaremos, pueden consultarse en PASCUAL SERRES, "Una interpretación..." páginas 24 y siguientes en las que narra, extensamente, los hechos que originaron el pleito.

Ver la Conclusión 2ª, núm. 5 del II Congrès Jurídíc Català.

3.- No obstante lo anterior, esta sentencia en su Considerando séptimo, sostiene que: "...redondea la evidente intención del legislador y lo impone la interpretación gramatical del texto, lo que se expresa a continuación del primer parágrafo del aludido artículo segundo al leerse: A falta

En definitiva, lo que hacía el Tribunal republicano era insertar el orden sucesorio de la Ley de Mostrencos en el propio de la legislación catalana en el mismo sentido que señalaba la doctrina catalana de fines del siglo XIX y principios del XX y, por tanto, manteniendo el Derecho romano-común en el modo de suceder en dichos órdenes. En cambio BORRELL I SOLER llevará la dicción del citado artículo 2.1 más lejos señalando que tras el llamamiento sucesorio que hace el Derecho Romano con preferencia al Estado, serán llamados los demás por el orden establecido en el Código, entrecruzándose los llamamientos de una y otra legislación.¹ Tras éstos, por tanto, sucedería el cónyuge y, finalmente, el Estado que serían los únicos no comprendidos, de suerte que, la aplicación parcial de la Ley de 1835 coincidiría con el sistema romano-común que es el que nosotros consideramos que se aplicaba por mor de la tan citada expresión "sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes".²

de dichas personas, sucederán con preferencia al Estado...; concepto que ratifica el del primer párrafo en el sentido de que mientras existan personas con capacidad para adquirir la herencia intestada, de acuerdo con las leyes vigentes, no puede el estado adir la herencia, y siendo así, es claro que al establecerse a continuación un orden sucesorio con preferencia al Estado, sólo por lo que respecta a dicho orden preferente cabe la posibilidad de entender parcialmente modificadas las leyes de carácter sucesorio entonces vigentes, en forma, sin embargo, de que el resto continúen subsistiendo con la fuerza que tenían antes de la de Mostrencos de 1.835 y formando parte del régimen jurídico de Cataluña".

¹.- Dice este autor, que "... agotados todos los parientes que el Derecho romano llama al Estado, (serán) llamados los demás por el orden establecido en el Código, si no hubiesen sido incluidos en un orden preferente...". Ver PUIG FERRIOL, y ROCA TRIAS "Fundamentos..." Tomo III op. cit. página 228 con cita de BORRELL Y SOLER. Este sostendrá, en 1944, que "basta ver el artículo 2.1. y el tomo 26 de la Ley de Mostrencos, y leer las discusiones que precedieron su publicación, para convencerse de que dicha ley no se propuso derogar ni derogó el régimen de sucesión intestada de las legislaciones especiales". "Derecho civil..." Tomo V op. cit página 430 nota a pie de página núm. 2.

Ver el considerando segundo de la sentencia de 28 de mayo de 1936 (Ponente: Sr. Micó, conflicto entre colaterales de sexto grado y el Estado) en PASCUAL SERRES, "Una interpretación..." página 153.

².- A ello puede añadirse el artículo 26 de la Ley de Mostrencos que, como bien observa el Tribunal catalán, derogaba "todas las leyes, Ordenanzas e instrucciones sobre mostrencos", es decir, "...que el resto, lo que no fuese legislación sobre bienes mostrencos, seguía, pues, vigente, con plenitud de eficacia jurídica".

Señala ISABAL, citando a GIL BERGES, que el artículo 26 declara derogadas todas las leyes,

Prosigue el Tribunal, en el considerando decimoquinto, señalando que: "...habiendo dejado subsistente el Código Civil, en toda su integridad, y de manera general, al derecho peculiar catalán, y con declaración específica regulando éste las sucesiones testadas e intestadas, es superfluo ocuparse de los efectos modificativos o sustitutivos del Código por encima de las leyes anteriores, de carácter general, ya que como hemos visto la de Mostrencos no modifico substancialmente, ni menos abrogó, el régimen sucesorio catalán, que el Código Civil ratificó en su vigencia".

La derogación de parte del articulado de la Ley de 1835 por el Código civil supone que sólo se derogen preceptos del "derecho común" y, en nada, se altere la legislación foral que seguía subsistente en toda su integridad. Por ello, el antiguo artículo 12.2 conserva el Derecho foral, justamente, porque no había desaparecido en ningún momento. El razonamiento es semejante al de aquellas sentencias que consideraban que el Código Civil había derogado la Ley de Mostrencos, en cuanto ésta era de aplicación general a todo el territorio, aquél debía aplicarse en sustitución de ella, sólo que nosotros partimos de una premisa diferente, cual es el respeto de los Derechos forales por dicha Ley, o dicho de otro modo, la presencia de una cláusula de salvaguardia de

ordenanzas e instrucciones sobre mostrencos, y en ello "no puede verse una anulación...sin que tocante a derogación y abrogación de las instituciones sucesorias forales se diga ni siquiera una palabra". Ver "Los mostrencos en el Tribunal Supremo..." páginas 356-357.

Tales afirmaciones parten de la distinción entre "bienes mostrencos" (o vacantes) y "ab intestatos". Y, ciertamente, así es, como ya hemos visto si bien los autores medievales y de la glosa los calificaran de "bona vacantia".

No hay que olvidar que el antiguo artículo 14 del Código Civil precisaba que "Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9, 10 y 11 respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil". Concretamente, el artículo 10 hacía referencia a "la nacional de la persona de cuya sucesión se trate" que, en el supuesto que estamos tratando, debía entenderse como ley foral. A la vista de lo anterior podríamos considerar contradictorio con la posición que sustentaba la jurisprudencia.

los mismos.

En efecto, recuérdese que no se pretendía elaborar una nueva ley sobre sucesión legítima, tarea ésta que se dejaba para que fuera solventada mediante la elaboración de un Código civil. Por ello, se mantiene el llamado derecho Foral en la Ley de Mostrencos: La "cuestión foral" y sus consecuencias en materia jurídica debía solucionarla el futuro Código civil. Transitoriamente, por tanto, hasta la aparición de éste se dictaba un orden sucesorio complemento que suponía la anteposición del cónyuge, en la sucesión, a los colaterales del quinto al décimo grado y la aparición del hijo natural legalmente reconocido en la sucesión del padre.²

Publicado el Código civil se respetan los derechos forales y la transitoriedad que en este sentido parecía manifestarse en la Ley de 1835 queda definitivamente solucionada. Derogada por aquel cuerpo, éste se coloca como supletorio después del propio de cada legislación foral. Luego, por tanto, la sucesión legítima regulada por el mismo

¹.- De esta forma lo manifestará la sentencia de 16 de mayo de 1936 en los Considerandos tercero, cuarto y sexto. A su vez en el octavo considerando se lee que "...siendo los preceptos citados como infringidas disposiciones cuya finalidad fue simplemente la de modificar los artículos 954 a 957 del Código Civil -se refiere a la Reforma de 1928- es evidente que tampoco pueden ser fundamento de casación de este territorio ya que para que la modificación de una ley pueda ser aplicada legalmente a una región determinada es naturalmente indispensable que haya sido antes aplicable la ley modificada, lo que no sucede en el presente caso, pues que los citados artículos del Código Civil no lo eran en Cataluña, que ya tenía una legislación propia reguladora de la sucesión intestada, y por tanto, como a obligada consecuencia, tampoco han podido regir en Cataluña las disposiciones citadas como infringidas en el séptimo motivo de casación".

Ver también los dicho por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de mayo de 1936.

².- En sus justos límites, por tanto, la aplicación de la Ley de 1835 no suponía un atentado contra la legislación foral, antes bien, suponía un complemento en sentido positivo y, en definitiva, sus principios informadores pasarán a los trabajos codificadores y apendiculares del Derecho catalán hasta llegar a la propia Compilación de 1960. Lo cuestionable, por suponer ciertamente una innovación en el Derecho Catalán, será la reserva establecida en el artículo 2 del citado texto legal respecto a los bienes raíces de abolengo. Y, en este sentido, lleva razón el Memorial de Greuges cuando señalaba que "Todas las leyes que desde el decreto de Nueva Planta se han dictado con carácter obligatorio para Cataluña... se elaboran en vista y consideración al derecho de Castilla, y casi todas o contradicen al nuestro, o no se avienen con él. Y todavía viene a complicar esa situación anómala la aplicación hecha por tribunales que no conocen profundamente nuestro derecho" ["Memoria en defensa dels interessos morals y materials de Catalunya" 2ª edic. Barcelona. Estampa de Lluís Tasso Serra, 1885 página 190 citado por SALVADOR CODERCH, P. "El Derecho Civil..." página 815 nota a pie de página núm. 31].

queda como supletoria de la propia de cada región foral,¹ supletoriedad, no obstante, que deberá atenerse a los principios del Derecho peculiar de cada uno de dichos territorios.²

En conclusión, la Ley de Mostrencos no pretendía derogar, y realmente no lo hizo, el derecho foral existente al momento de su publicación, en materia sucesoria, a la sazón vigente y todo su empeño se cifró en abolir la legislación represora de Carlos III.³ En cambio, seguirá vigente como ley de aplicación general por lo que respecta a los bienes inmuebles vacantes o sin dueño conocido. Temática ésta que quedará fuera del Derecho foral pero que integrará el ordenamiento jurídico civil catalán.

5.6.3.- La posición del fisco en el llamamiento sucesorio según el Derecho foral, y en concreto en derecho catalán tras la publicación de la Ley de 1835.

En el sistema sucesorio intestado regular romano-común la cláusula de cierre era el llamamiento "in extremis" del

¹.- Magistralmente lo expone el profesor DIEZ-PICAZO a propósito de la tarea compiladora del Derecho "especial" de Vizcaya, Alava, Cataluña, Islas Baleares e incluso de la redacción, en su día, del Apéndice Foral Aragonés. Meditaciones que hacemos muestras: "...todos estos Cuerpos, donde hoy ha cristalizado los que en su día se llamaron Derechos Forales, contienen normas especiales en materia de sucesión abintestato. A la vista de este hecho legislativo cabe plantear el siguiente dilema: o bien las Compilaciones se han mantenido fieles a su función de compilar, y entonces no era cierta la tesis jurisprudencial de la derogación de la sucesión foral abintestato, o bien no han sido tales Compilaciones y al menos en este punto han producido a <resucitar> o a <restaurar> unas normas que llevaban casi siglo y medio derogadas". Ver "Estudios...", Volumen III, op. cit. página 522.

Ver el discurso del catalán Vilaseca, en el Congreso, en torno a esta cuestión en ROCA TRIAS, "El Código Civil..." ADC (1978) página 272 nota núm. 115; de la misma autora "La Codificación..." páginas 634-635.

².- Cuestión ésta que pone de relieve la doctrina respecto del prístino artículo 248 de la Compilación de Cataluña de 1960 y que la Reforma de la misma de 1984 se cuidará de destacar (disposición final 4ª).

³.- Este espíritu de la Ley es manifestado, también, por CASTAN TOBEÑAS, "La sucesión..." op. cit. Página 272.

"Fiscus". Este ya no será como en la Edad Media la Cámara del Rey, sino que, dada la unificación política, por Fiscus habrá de entenderse la Hacienda regia castellana, única en todo el Reino.¹ La Hacienda Real aparecerá, posteriormente, en la Ley de Mostrencos, sustituida por el Estado como heredero ab intestato.

En esta dirección deben reiterarse las afirmaciones que se hicieron al analizar la Ley de Mostrencos en su contexto histórico, cuales son la abolición de los señoríos, desvinculación y desamortización. Entonces señalábamos que la solución más efectiva para la sufragación de los "vales reales" era la obra desamortizadora y no, en cambio, los bienes que se pudieran obtener iure hereditario ya que si realmente se hubiera vislumbrado a ésta como solución plausible se habría reflejado en su normativa que no sólo reinstauraba, en gran medida, el sistema sucesorio del Código alfonsino sino que, además, respetaba los Derechos forales.² Por tanto, los bienes obtenidos irían destinados a amortizar la deuda pública,³ tal y como veremos en este trabajo, quedando desacreditado su destino altruista para pasar a tener exclusivamente un destino fiscal o financiero.

Esta situación, la del Estado como último heredero legítimo, con arreglo al sistema sucesorio romano-común,

¹.- En la línea reseñada debemos destacar el artículo 41 del real Decreto de Nueva Planta, por el cual el rey, Felipe V, se irrogaba "las regalías de fábricas de monedas, y todas las demás llamadas mayores y menores, me quedan reservadas..."

El mismo Decreto, en su artículo 37, precisaba que: "Todos los demás oficios que había antes en el Principado, temporales, perpetuos, y todos los comunes, no expresados en este mi Real decreto, quedan suprimidos y extintos; y lo que á ello estaba encomendado, si fuere perteneciente á Justicia ó Gobierno, correrá en adelante á cargo de la Audiencia y si fuere perteneciente á Rentas y Hacienda, ha de quedar á cargo del Intendente, ú de la persona ó personas que yo disputase para esto".

Recuérdese que era el Superintendente general de Hacienda, según el Decreto de 8 de junio de 1750 dictado por Fernando VI, el que se encargaba de administrar, recaudar y distribuir los bienes mostrencos y "ab intestatos" y que más tarde, con Carlos III, fue sustituido por el Superintendente General de Correos y Caminos mediante el Real Decreto de 27 de noviembre inserto en una Cédula del Consejo de 6 de diciembre de 1785.

².- Vide "supra" página 118.

³.- Artículo 13 de la Ley de mostrencos.

variará con el advenimiento de la IIª República, y especialmente a la luz de la Constitución republicana, así como de los respectivos Estatutos de Autonomía dictados para Cataluña y el País Vasco, en los años 1.932 y 1.936 respectivamente. No obstante en Cataluña, más adelantada que la otra autonomía, en cuanto al desarrollo legislativo del derecho privado propio, y consecuencia de la Constitución y su Estatuto autonómico, será capital la publicación de la Ley de Sucesión Intestada de 7 de julio de 1936, siendo su contenido, desarrollo e influencias, tanto legislativas como doctrinales y jurisprudenciales objeto de estudio en otra parte de este trabajo.

6.- EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1.836.

6.1.- Génesis del proyecto.

El origen de este proyecto se encuentra en 1834¹ momento de la regencia de María Cristina, año en el que se crea la Comisión que se va a encargar de la elaboración de un proyecto de Código civil cuya conclusión tendrá lugar en 1836²; sin embargo el cambio de situación política que supuso la Constitución española de 1837³ (además de otras múltiples vicisitudes) vino a truncar la posibilidad de que este proyecto llegase a tomar vida como derecho vigente. Lo primero que cabe resaltar de él⁴ es su Exposición de Motivos, particularmente en lo que se refiere (nuevamente) a la ley de 1835 en la medida en que determina el alcance d su vigencia, aclarando en cierto modo el sentido que había querido dársele, y expresándose en sentido parecido al que, en relación con el Código civil vigente, lo haría el Tribunal Supremo, así se indica en esta Exposición⁵.

1.- Decreto de 29 de enero de 1834.

2.- Es llamativa la falta de tratamiento de este proyecto por parte de los autores y estudiosos de estas cuestiones, tratándose del primer proyecto completo que se realiza en España; la mayor parte de los tratadistas apenas le dedican unas líneas y vienen a considerarlo como una mera terminación de los trabajos iniciados por CAMBRONERO; por todos véase CASTAN "Derecho civil español común y foral" Tomo I. vol 1; 12ª edición, Madrid. 1988; página 241. También DIEZ-PICAZO en "Sistemas de Derecho civil" volumen 1, 7a edición Madrid, 1992; página 59.

3.- De la que ANTEQUERA dijo que era "menos democrática que la de 1812, menos monárquica que el Estatuto"; en "La codificación moderna en España" Madrid, 1886/1887; página 44.

4.- El primer proyecto oficial completo en la historia de la codificación española, ya que, como se sabe, el de 1821 no pudo ser terminado.

5.- "El lugar que debe tener el Estado en las sucesiones intestadas se expresa donde corresponde y según el orden adoptado en presente código" y añade, "Se ha omitido en este Código, por no ser de su atribución, todo lo que en dicha ley de mostrencos se refiere a procedimiento judicial y aplicación de los bienes mostrencos a la Real Caja de Amortización".

LASSO GAITE, ob. cit. APENDICE III, Proyecto de Código Civil de 1836; Exposición de motivos; página 99.

En lo que a nuestro trabajo respecta de este Proyecto estudiaremos dos vertientes: Primero, la relación e influencia que en el mismo tuvo la vigente legislación desvinculadora, y en segundo lugar la determinación de los llamamientos sucesorios.

6.2.- La influencia de la legislación desvinculadora en su redacción.

Primero, hay que destacar que este proyecto de Código se inserta en plena etapa desvinculadora y desamortizadora por lo que no debe ser extraño ni ajeno que, en cierta medida, se inspire en los mismos principios del Estado de 1835.¹

Su enlace con la ley de Mostrencos aparece, por un lado, en el llamamiento que se hace en última instancia del Fisco; y, por otro, en la ampliación del grado sucesorio en la línea colateral.

Estas ideas, como se ha notado, ya aparecieron reflejadas en la etapa en la que se iniciaba la operación desvinculadora y de la que hemos ofrecido diversos testimonios e, incluso, en cierta medida, también se contemplaban en la petición que presentaron varios Procuradores² para que se regulara la cuestión de los bienes mostrencos y ab intestatos. En esta petición, también lo hemos indicado, se hacía referencia, de forma genérica, a la "riqueza pública" y a la "propiedad privada", estableciéndose, al menos aparentemente entre la voluntad

¹.- De forma paulatina se manifiesta en su Exposición de Motivos en la que se señala que "convencida la Comisión de que la libre y expedita circulación de la propiedad debe contribuir poderosamente al adelantamiento de nuestra agricultura y al fomento de la industria, ha tratado en este Código de remover en cuanto ha podido los obstáculos o trabas que embarazaban antes la fácil traslación de los bienes de unas manos a otras, LASSO GAITE, "La codificación...". Volumen I. op. cit. página 116.

².- Petición presentada en Cortes el día dieciocho de septiembre de 1.834, y a la cual ya nos hemos referido anteriormente.

codificadora y la voluntad liberal de poner en circulación aquellos bienes que se consideraban en "manos muertas".

De hecho algunos autores han visto una interdependencia total entre ambos y en este sentido cabe citar a quien se ha ocupado muy especialmente de estos temas, MALUQUER DE MOTES que con el expresivo epígrafe "La desamortización como causa determinante de la codificación civil" analiza la íntima conexión que hemos indicado¹.

6.3.- Tratamiento del llamamiento sucesorio.

Constando que, en el momento que se realizaban los trabajos de la Comisión estaba en vigor la Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 1835, es de remarcar la presencia e influencia de ésta en el Proyecto de 1836. Así, en el artículo 2211 preceptúa que "El orden de suceder en las herencias intestadas se regulará por el que expresan los números siguientes" apareciendo, en último lugar, el Fisco.²

En líneas generales, se puede decir que se sigue el esquema de la vigente Ley de mostrencos y por tanto el límite de grado en la línea colateral es el décimo, apareciendo el

¹.- Así en el caso concreto del proyecto de 1836 señala este autor: "Por ello, y en consecuencia, constituye para la Comisión redactora un principio esencial el facilitar al máximo la libre circulación de los bienes por medio de la prohibición de la amortización eclesiástica y, a tal efecto, considera esencial que los bienes desamortizados no puedan ser objeto de adquisición por "manos muertas" a cuyo efecto se prohíbe su venta cuando estos fueran sus compradores". No deja de ser cierto tampoco el hecho de que quizá fuera el insuficiente compromiso con estas necesidades una de las causas determinantes del fracaso del proyecto "La insuficiencia de los planteamientos del Código civil (sic) de 1836 con respecto, entre otras razones, al desarrollo de los principios desamortizadores determina el abandono del proyecto". "La desamortización y la codificación civil: propiedad y persona jurídica" en jornadas sobre DESAMORTIZACION Y HACIENDA PUBLICA. Tomo II. Madrid 1986, página 706.

².- Puede adelantarse, en este momento, un punto más en cuanto a la problemática teórica que la sucesión del Estado plantea, tal es la pregunta de si siendo el Estado sucesor a título de heredero, lo es como un orden a suceder más, o, por el contrario conforma una sucesión "aparte" del resto de los órdenes legítimos: "La sucesión del Estado no es el último grado de los órdenes legítimos, sino que ocupa en el sistema una posición por sí mismo"; "El Estado no es un sucesor situado en último lugar: el sucede post omnes, no porque otros títulos sucesorios sean preferentes respecto al suyo, sino porque la falta de otros sucesores es un hecho constitutivo del título para suceder del Estado"; MENGONI "Successioni per caussa di morte", XLIII, Tomo 1 "successione legittima" en "Trattato di diritto civil e commerciale"; CICU Y MESSINEO, Milán 1961, página 231.

Fisco como el undécimo llamado a la sucesión.

Después de un período de tiempo en el que las ambigüedades primaban y en el que nosotros consideramos, el Estado, se integra plenamente en el fenómeno sucesorio. El título jurídico de adquisición de las herencias intestadas por el Fisco es, de acuerdo con la propia Ley de Mostrencos, el de "sucesor" y, en concreto, el de "heredero". Pero nótese bien que no es el Estado el que hereda sino el Fisco, estableciendo un llamamiento expreso a este último, considerándolo como un ente independiente, dotado de personalidad y de capacidad propias.

6.4.- De la adquisición de la herencia.

Brevemente, y por lo que atañe a otro tipo de cuestiones de interés en el presente estudio, por ejemplo lo relativo a la aceptación repudiación de la herencia que se recoge en el TITULO III del LIBRO IV; en él se regula lo que concierne a "aceptación, renuncia y petición de las herencia", "Del inventario" y finalmente "De la petición de las herencias".

En concreto, en lo que se refiere a la aceptación de la herencia, el artículo 2.359 del proyecto de 1.836 establece la libertad de aceptación de la herencia que más tarde, con sentido más claro se consagrará en el artículo 988 del vigente Código civil de 1889,¹ claridad a pesar de la cual no dejarán de plantearse problemas en relación al objeto de nuestro estudio, en el sentido de si tal libertad es excepcional en el caso del Estado, y más en general, en aquellos casos en que por imperio de la ley ha de aceptarse la herencia, necesariamente a beneficio de inventario, y si, por tanto están obligados a aceptar, puesto que ningún

¹.- El artículo 2.359, dice: "Ninguno puede ser obligado aceptar una herencia que le corresponda...". siendo concordante con el artículo 988 del vigente Código civil al decir que: "La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente libres y voluntarios".

perjuicio puede suponerles la aceptación; se adopta por el proyecto el sistema romano¹ de adquisición de la herencia mediante la aceptación de ésta, en el artículo 2.357 del proyecto.²

6.5.- De la aceptación de la herencia.

En el capítulo referente a la aceptación de la herencia no se recoge mención alguna sobre la necesidad de que el Estado, el Fisco, acepte a beneficio de inventario. Por otra parte, de la redacción del proyecto en materia de órdenes de suceder, el Fisco aparece como uno más de tales órdenes, de modo que el presupuesto para que suceda es la falta de grados precedentes y o el hecho de que esa falta haya hecho devenir vacante esa herencia. Sin embargo en materia de inventario, el 2376 señala que "el inventario deberá ser judicial" y en el tercer supuesto indica: "En las herencias vacantes". En una primera interpretación cabría entender que la herencia es vacante una vez que incluso el Fisco hubiese renunciado, en uso del derecho que el artículo 2359 le concedería, no obstante en ese caso, no habría necesidad de inventario judicial, ni desde luego habría nadie que lo promoviera. No hay duda de que el proyecto, de haber llegado a ser realidad tal y como estaba redactado en estas cuestiones, habría dejado sin resolver un problema que es típico en materia de sucesión en favor del Estado, cual es de si adquiere una

¹.- Véase ALBADALEJO, M., "La adquisición de la herencia en el Derecho español", A.D.C. 1955, páginas 3 y siguientes y ROCA SASTRE, J.M. "La adquisición y repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral" en "Estudios de Derecho privado, II" Madrid, s/d, páginas 1 y siguientes. Del mismo autor "La designación, la vocación y la delación sucesorias" en "Estudios sobre sucesiones, I" páginas 129 y siguientes y, en especial y por su referencia a alguna cuestión concreta relativa a la sucesión por el Estado, páginas 133, 134, 135 y 153. Por último "L'herencia jacent, Construccions jurídiques sobre la seva titularidad", "Estudios sobre sucesiones", I, Madrid, 1981. páginas 3 y siguientes.

².- Sin perjuicio de la adquisición por ministerio de la ley establecido por el artículo 2394 para los descendientes y ascendientes legítimos.

herencia yacente, siendo consecuentemente considerado como un orden de suceder más. Una herencia vacante, siendo un adquirente independiente de los órdenes sucesorios normales u ordinarios,¹ cuya adquisición, se opere o no a título de heredero, es en cualquier caso precisa en el sentido que ALBADALEJO ha indicado en su obra.²

En conclusión, debemos entender que del dictamen emitido por la comisión se muestra con claridad, como la intención de la misma, era que, en materia intestada, incluida la sucesión en favor del Estado, el Código civil debía venir a sustituir a lo que se disponía en la ley de 1835, y, en este sentido, pasar en tal cuestión, a ser Derecho de aplicación general a todo el territorio español, como lo era aquella.

¹.- Sin que ello predetermine si lo hace a título de heredero o no.

².- Considera este autor que el Fisco "...tiene siempre la (justificación) de que alguien ha de recoger la sucesión, aunque sólo sea para liquidarla, y que ese alguien ha de ser el Estado, sino quiere serlo cualquier otro llamado". "La adquisición...". op. cit. página 8.

7.- LA SUCESION POR EL ESTADO EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851.¹

Con el nombramiento de Florencio GARCIA GOYENA, para presidir la Comisión real, formada en 1.843, y encargada de elaborar un Código civil para todo el territorio nacional, se inicia el que será el trabajo codificador más importante previo a la publicación del Código civil vigente, siendo publicado en 1851, por Real Orden de 12 de junio de ese año.²

Sobre este proyecto, fundamental a la hora de comprender el proceso codificador del Derecho civil en España,³ no nos vamos a extender más que en la vertiente del mismo que trata el tema que en este trabajo nos ocupa, haciéndolo en el Título II, del Libro III, artículos 742, 783, 784 y 785.

Tanto en el ámbito sucesorio, como en general, este

¹.- Ver GARCIA GOYENA, F., "Concordancias, motivos y comentarios al Código civil", op. cit. Tomo II, páginas 187 y 188 y 194 a 196; LACRUZ BERDEJO, "Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil", R.C.D.I., 1974, I. páginas 289 y siguientes; DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho civil en España" I, Madrid, 1949, páginas 189 a 192. En los ANALES de la R.A.J.L., 19, Madrid, 1988; CASTAN VAZQUEZ "El proyecto de Código civil de 1851 y su influencia en las codificaciones iberoamericanas", página 261; ANTEQUERA, "La codificación moderna en España", Madrid, 1886/1887; LATOUR BROTONS, "Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria: su génesis, circunstancias y efectos de la misma", R.C.D.I., 1962, páginas 433 y siguientes (y 737 y siguientes); ORTIZ DE ZUÑIGA "Breves apuntes para la Historia del Proyecto de Código civil", R.G.L.J., Tomo 29; GOMEZ DE LA SERNA "Estado de la Codificación al concluir el Reinado de Isabel II" R.G.L.J. T. 39, 1871; páginas 284 y siguientes; BOFARULL Y DE PALAU, de "La codificación civil en España" Madrid, 1887, y que constituye uno de los mayores alegatos contra la codificación y en favor de los derechos forales; ESCOBAR, "Algunas reflexiones sobre el proyecto de Código civil español" R.G.L.J. Tomo IV, 1862, página 73 y V, 1862, página 5 y VI, página 5; GUILARTE ZAPATERO, "Actualidad y perspectivas del pluralismo legislativo en el Derecho civil español". Lección inaugural del curso 93-94, Universidad de Valladolid, 1993, página 15.

².- D'ORS, A. y BONET CORREA, J. "En el centenario del Proyecto isabelino de Código civil". Información jurídica. núm. 96. mayo. 1951. página 483 y siguientes.

³.- El carácter unificador de este Proyecto, lo pone de manifiesto DE CASTRO, a la vista de la composición de la propia Comisión General y más concretamente a la vista de la disposición final derogatoria, recogida en el artículo 1.992, al decir que: "Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contarías a las disposiciones del presente Código".

Ver DE CASTRO, "Derecho civil..." op cit. página

Ver "Concordancias, motivos....". op. cit. Tomo II. Vol IV. página 342.

proyecto, innovador y progresista en su concepción, respetó la tradición histórica secular del sistema sucesorio tradicional, incluidos los llamamientos, aunque, como veremos, independiente de las innovaciones que haya podido introducir provenientes del derecho francés, del cual es deudo, como consecuencia de dividir en tres libros el proyecto, a semejanza de Code Napoleon hubo, por lógica sistemática, que incluir las sucesiones dentro del libro correspondiente a los modos de adquirir la propiedad y al lado de las obligaciones, siendo así que ello responde más bien a un modo de entender el fenómeno sucesorio, como es el francés, de forma muy distinta al caso español.¹

A todo lo anteriormente dicho destacaba DE CASTRO el carácter unificador del proyecto, puesto de manifiesto tanto en la composición de la Comisión General, como dentro del texto del proyecto en su Disposición final. Este aspecto unificador, provocó, como es bien sabido, las quejas y contestaciones de los territorios y autores foralistas de la época,² lo que unido al afrancesamiento del mismo,³ como luego veremos, se han considerado como las causas

¹.- Dice DE CASTRO sobre el mismo que: "...es moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado, aunque respetando las líneas fundamentales de la organización tradicional de la familia española".

Ver DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho civil de España" Tomo I. Madrid 1949, páginas 189 a 192.

².- La Escuela Histórica del Derecho alemán influyó decisivamente en el sustento ideológico de esta oposición, especialmente en Cataluña, en un momento en el que ya estaban quedando sus teorías superadas en el resto de Europa, en especial en Alemania, lo que hizo decir a algún autor que fueron los juristas catalanes unos de los principales baluartes del mantenimiento de las ideas de esta Escuela durante todo el siglo XIX.

Ver LASSO GAITE, op. cit. I. página 297.

³.- "Este afrancesamiento -dice DIEZ-PICAZO- se puede medir en varios sentidos. En primer lugar el proyecto se inspira directamente en el Código civil francés en cuanto a la forma. La división en libros, títulos, capítulos y secciones está claramente inspirada en el Código francés. El articulado es también de inspiración francesa y muchos de los artículos son traducción fiel de preceptos franceses, como reconoce el propio García Goyena al establecer las concordancias, donde aparecen siempre las del proyecto con el Código francés y con otros Códigos, que a su vez fueron de inspiración francesa, como el holandés, el napolitano, el sardo, el de Luisiana, etc. El afrancesamiento es muy claro también en cuanto a la doctrina en que se inspiran el proyecto y sus redactores. Por último se recogen una serie de principios jurídicos y de instituciones de claro origen francés y sin ningún precedente en la tradición española". "Sistema de Derecho civil", cit. páginas 59 y 60.

tradicionales del fracaso final del proyecto¹. Ello, no obstante, es cierto que ambas ideas han sido revisadas actualmente, así, por ejemplo SALVADOR CODERCH, nos ofrece una nueva perspectiva del tema y habla de "una doble oposición" al proyecto, no tanto exclusivamente foral como también causada por la oposición de determinados estamentos sociales como la Iglesia.²

Sean cuales fueran las causas determinantes del fracaso del proyecto, lo cierto es que ya el hecho de que no se siguiesen los cauces ordinarios tendentes a su promulgación como Código civil³ ya hacían aventurar ese fracaso, dada la falta de confianza que el propio Gobierno demostró hacia su obra. Por otro lado se originó una situación de pendencia que hizo que pasados ya muchos años, todavía se pensase en que el futuro Código civil español se llevaría a cabo a través de la publicación del proyecto de 1851, que, en cualquier caso se tomaría como base para la realización del de 1889, tal y como se reconoció tanto en los proyectos de ley de bases de 1882 de 1885, y en la definitiva de 1888, en su base 1ª en cuanto "se halla contenido en este el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio".

¹.- Y a pesar de tener, en opinión de LACRUZ, indudables méritos: "claridad y concisión, por supuesto; y sentido común en el tratamiento de muchos institutos y en las rectificaciones aportadas a los modelos que sigue o al Derecho histórico castellano", "Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil", R.C.D.I. 1974, I; páginas 289 y siguientes Cfr. página 292.

².- SALVADOR CODERCH, en "La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes", en la página 2, nos dice que la oposición al citado proyecto fué doble: "... eclesial, primero, por sus moderadísimas propuestas sobre el derecho matrimonial (...) y registral civil. En segundo lugar está la oposición foral, centrada fundamentalmente en Cataluña...".

A ello añade más adelante que se suele olvidar "que los intentos de modificar el derecho civil durante las primeras décadas de siglo no fueron obstaculizadas tanto o solo por la pugna entre foralistas y centralistas, como por la que mediaba entre partidarios y enemigos del Nuevo Régimen", lo que en cierto modo viene a ejemplificar la opinión de ORTIZ DE ZARATE.

³.- Puesto que al publicarse en la citada revista se pretendía recabar informes y observaciones de todas las instancias jurídicas del país, tal y como prevenía la Real Orden para que "se discuta previamente y se ilustre y prepare la opinión".

7.1.- Los dogmas de la doctrina francesa y su parcial recepción en el Proyecto de Código Civil de 1851.

En cinco artículos se solventa la cuestión del llamamiento del Estado en el Proyecto de GARCIA GOYENA. Estos son los artículos 386.5, 742 y 783 a 785, en estos preceptos se consagra, en virtud de la especial concepción del derecho francés para la adquisición de bienes vacantes, la confusión sobre en que concepto es llamado el Estado a la sucesión vacante y después en que concepto adquiere esos bienes el Estado.¹

De la redacción literal de los citados preceptos se denota las ambigüedades que en esta materia se han venido planteando, con el fin de determinar en virtud de qué título sucede el Estado, si por derecho de soberanía o ex iure hereditate.²

¹.- El artículo 386, dice que: "Pertenece al Estado: ...5º Los bienes que no tienen dueño, ó que no le tienen conocido, y los de las herencias vacantes conforme al artículo 785".

Este precepto nos recuerda, en primer lugar al artículo primero de la ley de 1.835, y en segundo lugar, aunque con variantes terminológicas a los artículos 539 y 713 del Code, al decir el primero de ellos que: "Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public".

Y el segundo, abundando en la misma idea, prescribe que: "Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat".

El primero de los preceptos fue adoptado por la Asamblea legislativa sin discusión alguna. Ver FENET, P.A. "Recueil..." Tomo XI, página 19.

Dice el artículo 742, que: "A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia en los términos que más adelante se expresarán a los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda y al Estado".

Artículo 783: "A falta de los que tengan derecho a heredar, conforme a lo dispuesto en las secciones anteriores, heredará el Estado, salvo los derechos del viudo ó viuda".

Artículo 784: "Los derechos y obligaciones del Estado, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos".

Artículo 785: "Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios, ha de preceder sentencia judicial".

².- El enfrentamiento de las dos posturas, consecuencia de las dos fuentes legales existentes en el Derecho francés (Droit coutumier-Derecho romano), consecuencia a su vez del origen histórico del estado galo, se refleja en la mayoría de los tratadistas del Derecho francés, y de especial manera, en relación al tema que nos ocupa, entre todos aquellos autores que de manera específica han estudiado el llamamiento sucesorio al Estado en el derecho francés. Sin perjuicio de las tesis para la obtención del grado de doctor realizadas por Francois GREIF, "Les droits de l'Etat en matière de succession", París, 1.888; Pierre GANTILLON, "L'Etat successeur", Lyon, 1.910; Louis MONTIGNY, "Les droits de l'Etat en matière successorale", Caen, 1.937; Jen GOSSE, "De la vocation héréditaire de

Tales cuestiones no son ajenas tampoco a la doctrina francesa, y será la copia de los citados preceptos la que introducirá la confusión en el Proyecto. Esta también se ha debatido entre esos dos polos, si bien ha concluido que, en definitiva, se considere al Estado sucesor o no y, en concreto, si se sigue la tesis afirmativa, como sucesor irregular¹, lo que no deja de ser un aspecto más del amplio fenómeno del derecho de ocupación sobre los bienes vacantes "et sans maître"² y de ahí se dice que deriva su propia responsabilidad intra vires.³

En los trabajos preparatorios del Code de 1.804 la problemática fue puesta de manifiesto y el Tribuno Simeón en el discurso ante el cuerpo legislativo señalará que este derecho del Estado, con su ejercicio se previenen los desórdenes derivados de una posible sucesión vacante.⁴

l'Etat", Grenoble, 1.941, etc..., consideramos que Ernest VALLIER, en su obra "Le fondement de Droit sucesoral en Droit Français", París, 1.903, (epígrafe 362 y siguientes), quién de manera exhaustiva mejor trata el problema de la controversia de fuentes en el ámbito sucesorio entre los países de aplicación de la tradición y derecho romano y los países de "Droit coutumier", trasladando dicha controversia a la cuestión del llamamiento sucesorio en la sucesión intestada.

1.- Bien se puede afirmar, por tanto, que la tradicional distinción entre países de Derecho escrito y países de Derecho consuetudinario no es resulta tan tajante como se formula, pues, es innegable que existen constantes interferencias del uno en el otro. En este caso, si bien el Código Civil francés acoge los principios germanos, sin embargo, no se apartará tan bruscamente del Derecho romano-común y de ahí que los derechos del Estado a las herencias vacantes se incorporen en el Título que regula el Derecho de Sucesiones, si bien se lo califique como un sucesor irregular.

2.- PLANIOL-RIPERT, "Traité..." Tomo IV op. cit. página 237 y página 241; COLIN y CAPITANT, "Curso..." Tomo VII op. cit. página 95; BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis..." Tomo II op. cit. página 89; MAZEADUD, "Leçons..." Tomo IV V. II op. cit. página 127; MARTY, et RAYNAUD, "Droit Civil..." op. cit. página 102 nos dicen que "Depuis que l'ordonnance du 23 décembre 1958 a pronu le conjoint survivant au rang d'héritier la Section II du Chapitre IX du Titre des successions ne traite plus que <Des droits de l'Etat>: l'argument tiré de l'assimilation de l'Etat au conjoint a perdu sa valeur et la théorie de l'Etat-héritier est devenue moins solide".

3.- PLANIOL-RIPERT, "Traité..." Tomo IV op. cit. página 242 y 291; BAUDRY-LACANTINERIE, "Précis..." Tomo II op. cit. página 90.

4.- Dice el citado Tribuno, en el discurso a la Asamblea, que el llamamiento al Estado, "...prévient les désordres qu'entraîneraient les prétentions de ceux qui s'efforçeraient d'être les premiers occupants d'une succession vacante".

Ver FENET, "Recueil..." T. XII página 196 (Mr. CHABOT en la "Communication officielle au Tribunal") y página 233. En lugar de "sucesión vacante" debe leerse "sucesión en déshérence" ya que

El Código civil francés, en materia sucesoria, presenta una transacción entre el "Droit écrit", de raíces romanistas y el "Droit Coutumier", de raíces germanistas.¹

aquella se corresponde con lo que en derecho español se considera "mutatis mutandi" herencia yacente y para la cual el Código civil francés dicta una serie de reglas particulares en orden a su liquidación (artículos 811 a 814); MARTY et RAYNAUD, "Droit Civil..." op. cit. página 101 [nº 177 páginas 142 y siguientes]; LAURENT, "Principes..." T. X op. cit. páginas 223 y siguientes.

El tribuno THREILHARD dirá al abordar el estudio del artículo 539 del vigente Código civil francés que "Déjà vous avez érigé en loi, dans le cours de votre dernière session, la maxime que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la nation; conséquence nécessaire de l'abolition du droit du premier occupant, droit inadmissible dans une société organisée".

Ver FENET, "Recueil..." T. XI página 40).

TOULLIER y DUVERGIER señalan que "la succession n'était que la continuation de l'occupation ou du droit du premier occupant" ("Le Droit Civil..." Tomo II op. cit. página 76). Ciertamente, si los bienes por "ley natural" son adquiridos mediante la ocupación, la sucesión en los mismos por los herederos no es nada más que "la continuation de l'occupation". Por ministerio de la "ley civil" la ocupación se limita a concretos bienes en virtud de la "vis atractiva" del Estado al que se le reconoce el "dominium eminens" y mediante el cual puede limitar la libertad de los individuos y modificar los derechos adquiridos. En relación con el clima filosófico-político que se respira en la Francia revolucionaria. Ver SOLARI, "Individualismo..." op. cit. páginas 18 y siguientes.

¹.- Esta transacción queda reflejada por la admisión en el Code del llamado "derecho o principios revolucionario". Las escasas influencias que el Code tiene en el ámbito de los derechos sucesorios del Estado en la sucesión intestada se debe fundamentalmente a que los redactores del Code adoptaron el tipo sucesorio revolucionario, que no era más que la convergencia de dos corrientes, por un lado la corriente filosófica que les permitió buscar las razones que servían de base a las instituciones y la corriente política que buscaba en todo momento extirpar del derecho sucesorio todo lo que olía al Antiguo Régimen.

Frente a la obra negativa de los redactores del Code, estos establecieron en la misma un orden sucesorio que, si bien intentaba responder a las necesidades de la vida familiar, del mismo modo permitía una adquisición de los bienes conforme a los intereses políticos y económicos del régimen republicano. En el Derecho francés se intenta conjugar el derecho sucesorio de los territorios con tradición latina con las tradiciones de los territorios del norte del país donde se aplicaba el "droit coutumière", inspirados ambos en principios radicalmente distintos.

En el derecho de costumbre la familia era considerada como una unidad social que absorbía al individuo, siendo considerado éste no tanto como persona independiente como un miembro del más amplio grupo familiar. Es por ello que el llamamiento sucesorio intestado no se fundamentaba en el derecho propio del decuius, sino en la superior importancia y deber de protección del derecho de los parientes sobre el del individuo. La propiedad individual en el sentido absoluto de la palabra no estaba reconocido, ni tan siquiera era conocido como consecuencia de las influencias y raíces germánicas, porque el ejercicio del derecho de propiedad estaba limitado sobre la mayor parte de los inmuebles en interés de la familia. El orden sucesorio estaba fijado no tanto para responder a los intereses y preferencias del individuo como para asegurar la conservación de la fortuna inmobiliaria dentro del patrimonio familiar, así como para la consideración y beneficio de lo que en el derecho castellano se llamarán los mayorazgos. Esta concepción jurídica particular estaba admitida y sostenida atendiendo a consideraciones del poder económico y aristocrático del antiguo régimen.

Por contra, en los países de tradición romana las normas inspiradoras eran totalmente distintas al primar el individuo sobre la familia, y más concretamente al considerar la propiedad individualmente sin poner la misma bajo el interés familiar. En este derecho, como ya hemos visto a lo largo de este trabajo, las consideraciones objetivas en relación a la organización de la propiedad,

El "Droit écrit", dejaba a cada uno libertad para reglar el destino de sus bienes tras su fallecimiento por su propia voluntad, consecuencia de acoger el principio romano de "favor testamenti".

Por su parte, el "Droit coutumier" parte de los principios germanos. Casi todas las costumbres limitaron el poder de testar y no permitieron disponer de todos los bienes por testamento. Su preocupación se cifraba en conservar los bienes inmuebles en las familias, por tanto, sólo se podía disponer mortis causa de los bienes "propres et acquêts". La regla general era, en consecuencia, la sucesión legítima; la excepción, la sucesión voluntaria. Esto, además, concordaba con el principio, de raigambre también germana, según el cual ningún hombre puede nombrar heredero, únicamente puede modificar el orden establecido legalmente.¹

El heredero nacía en el seno de una familia: el vínculo de parentesco era el que se manifestaba como necesario y relevante. Esta directriz se llevó, en determinadas costumbres hasta sus últimas consecuencias postergando al cónyuge viudo y prefiriendo al Fisco.²

no eran tenidas en consideración frente a la concepción individual de la propiedad y primacía del individuo sobre la familia. La regulación sucesoria intestada se consideraba como un derecho subsidiario aplicado en tanto que la persona, el causante, no había regulado el destino de sus bienes y fortuna a su muerte, cuando no había testado. El orden sucesorio viene determinado por la relación de parentesco, clasificándose a los parientes sobre el criterio de consanguinidad, que corresponde ordinariamente a una jerarquía ordinaria de afectos, considerando así al llamamiento sucesorio como una respuesta ala voluntad secreta del difunto, atribuyendo a la voluntad presunta del difunto la obra efectiva de la ley. Así en este sistema, en relación al llamamiento sucesorio intestado, el individuo es el centro de la organización jurídica, y a pesar de ello, la existencia de ciertos límites en el ejercicio de su libertad testamentaria no se justifica por la existencia de u derecho preexistente de los miembros de la familia, sino por una serie de obligaciones existentes en el ámbito sucesorio que el individuo no puede desconocer.

¹.- Según este principio germánico del droit coutumier, "L'homme ne peut pas faire hériteur; il naît donc il seulement peut modifier l'ordre étebli par la loi".

Ver LAURENT, "Principes..." Tomo VIII página 569.

En relación con la llamada "justedad" de la sucesión legítima, ver DOMAT, "Las leyes..." Tomo III op. cit. página 16; TOULLIER y DUVERGIER, "Le Droit Civil..." Tomo II op. cit. página 37.

².- COLIN y CAPITANT señalan que "en el derecho consuetudinario al dominar el principio de la conservación de los bienes en la familia, llevó a negar al cónyuge todo derecho sucesorio. Varias costumbres llegaron a preferir al Fisco (Normandía, artículo 245; Maine, artículo 216; Anjou, artículo

Si la parentela era la que se tenía en cuenta en el Droit coutumier, obviamente, el Estado no podía considerarse heredero, como tampoco lo era propiamente en el derecho romano.

El Code civil de 1.804 trató de contemporizar las dos grandes vertientes jurídicas que se deslindaban, si bien tomando por norte el Droit coutumier.¹ En este sentido se considerará que la sucesión, o el llamamiento, legítimo será el testamento presunto del difunto siguiendo el orden de afectos si bien ceñidos a la familia, por mejor decir, a los

268). Otras sólo lo llamaban en ausencia de todo heredero". Ver "Curso...", Tomo VII páginas 68-69.

Parecidamente, observa BAUDRY-LACANTINERIE que "le conjoint survivant exclut l'Etat. La plupart de nos anciennes coutumes donnaient la préférence au fisc, au moins quand le conjoint survivant était la femme. La loi de 21 nov-1 dic. 1790 fit passer dans tous le cas le conjoint survivant avant l'état, conformément aux traditions du droit romain suivies dans nos anciens pays de droit écrit". Ver "Précis...", Tomo II, página 80; POTHIER, "Traite des Successions" en "Oeuvres de Pothier" Tomo XII op. cit. páginas 421 y siguientes. Este autor observa que "Il faut être parent du défunt, pour être capable de lui succéder; sauf qu'à défunt de parents, la veuve du défunt ou le veuf de la défunte, soient admis à lui succéder". Ver op. cit. página 336.

Tras la aparición del Code de 1.804 la doctrina de este país criticó la postergación que sufría el cónyuge en su derecho sucesorial después del duodécimo grado en la línea colateral. Así la ley de 9 de marzo de 1.891 modificó estos derechos haciendo concurrir al cónyuge superstite con los parientes en el usufructo y en ausencia de éstos, adquiriría la propiedad de los bienes del caudal relicto, BAUDRY-LACANTINERIE "Précis..." Tomo II página 81.

En la regulación actual, el cónyuge ha dejado de ser un sucesor irregular en virtud de la Ordenanza de 23 de diciembre de 1.958. Ver MAZEAUD, "Leçons..." Tomo IV V. II página 127; RAYNAUD, "Droit Civil..." op, cit. página 102.

En nuestro proyecto de 1.851 la presencia del cónyuge viudo es constante en la sucesión legítima: su cuota varía en función de con quién concurra. Ver sección IV del capítulo II del título II del Libro III del Proyecto de Código Civil de 1.851 y comentario al artículo 773 por GARCIA GOYENA, "Concordancias.." Tomo I-II, página 189.

El derecho sucesoral del cónyuge fue -recuérdese- eliminado por Carlos III mediante la Instrucción de 1.786 y restablecido por la ley de Mostrencos (artículo 2). Vid. las afirmaciones de encomio, por ello, realizadas por FALCON en nota a pie de página nº 270. El mismo autor en página 368 juzga favorablemente el artículo 773 del Proyecto de 1.851 en "Exposición..." Tomo II.

¹.- El tribuno TRONCHET al presentar el título relativo a las sucesiones ante el cuerpo legislativo expondrá, claramente, el estado de la cuestión: "Le Code civil doit faire cesser cette diversité qui semblant diviser la France en plusieurs nations, mais comme il ne s'agit pas de rompre les habitudes des Français, et que le législateur est réduit à choisir, il a semblé juste de préférer les habitudes les plus universelles, qui sont celles des pays coutumiers". Ver FENET, "Recueil...", Tomo XII, página 9.

parientes.¹

Siendo esto así, el Estado no puede adquirir aunque en favor de la primera posibilidad se encuentre que este derecho aparece regulado en el título de las sucesiones: "Des successions irrégulières".² Actualmente, el único sucesor irregular que queda, considerado como tal, en el Derecho francés es el Estado, en atención a los artículos 768 a 773 del Code Napoleon.

De otra parte el Derecho de las Costumbres fue adverso a la admisión del beneficio de inventario. Este beneficio no fue incorporado definitivamente hasta la segunda redacción de la Costumbre de París y, pese a ello, fue sometido a grandes restricciones y limitaciones que obedecían a la concepción reinante, en el sistema sucesorio francés, y que pasará posteriormente al Código Civil.³

¹.- Dice textualmente LAURENT, siguiendo lo anteriormente reseñado por GROCIO, que: "...la succession legitime est le testament présumé du défunt...", "et la loi défère les biens comme le défunt lui-même l'aurait fait s'il avait testé...". En "Principes..." op, cit. página 571 T. VIII.

Ver al respecto: FENET, "Recueil..." Tomo XII página 136: discurso de Mr. THEILLARD.

TOULLIER y DUVERGIER, "Le Droit civil..." Tomo II op, cit. página 82.

PLANIOL y RIPERT, "Traité..." Tomo IV op, cit. página 239. Estos últimos consideran que: "...l'Etat ne succède pas au sens strict du mot car pour succéder à quelqu'un il faut juridiquement être apte à avoir des droits semblables ux siens". En definitiva, se trata de una emanación del poder que los progenitores tiene sobre sus hijos y que para Hugo Grocio es el fundamento de todos los derechos y deberes que se desarrollan en el seno de la familia.

En 1.916, PERSICO señaló en torno al dogma de la voluntad presunta del causante que "il ricorrere al concetto della presunta volontà del defunto (...) per poi arrivare ad escludere la qualità d'erede nello Stato, significa appoggiarsi ad un concetto discusso e discutibile, che, se pure si dovesse accogliere, dovrebbe esserlo con molta riserva e dandogli un'importanza assai relativa". Concluyendo, a continuación, que con base en el mismo dogma puede sustentarse la vocación hereditaria del Estado "...nulla di più giusto di porre, dopo il più immediato dovere verso la famiglia, il dovere verso lo Stato". Ver "Il diritto..." op. cit. páginas 342, 343 y 344.

².- El llamado en derecho francés "droit de déshérence", es "un aspect particulier d'un droit plus particulier d'un droit plus général, celui qu'a l'Etat sur les biens vacants et sans maître".

³.- POTHIER, "Traité des Successions" Tomo XII op. cit. páginas 483, 500-501 y 515 y siguientes. El reputado autor expone como por Derecho de las Costumbres el pariente que aceptara pura y simplemente la herencia excluía al más cercano que, no obstante, haber aceptado, lo hacía a beneficio de inventario. Este era concedido por el rey a modo de privilegio. Las "lettres du prince" se expidieron con cierta frecuencia lo cual conllevó que se tratara de un mero trámite. Así Mr. THEILLARD, en su exposición ante el cuerpo legislativo francés el 9 de abril de 1.803 afirmará que "c'etant une affaire de pure forme; il n'en est plus question depuis plusieurs années". Ver FENET, "Recueil..." Tomo XII página 154.

Se trata, por tanto, de una concepción personalista, se sucedía, no en los bienes, lo que implicaba la individualización del patrimonio, sino en la personalidad del difunto que era continuada por el heredero.¹ De la fusión de ambas personalidades se derivaba, de consiguiente, el que el heredero respondiera ultra vires y que la aceptación a beneficio de inventario se viera como un régimen excepcional.

Si el heredero continuaba la personalidad de su causante debía adquirir los bienes sin solución de continuidad gozando de la saisie.²

El Estado al no ser, obviamente, pariente del difunto no puede formar una unidad con él y, por tanto, resulta investido de la saisie,³ de ahí, su calificación como sucesor irregular y que no suceda en la personalidad del difunto sino en el patrimonio relicto que persiste individualizado, corolario de lo cual es que responda intra vires y no ultra vires.⁴

En definitiva, este supuesto no es nada más que un aspecto particular de un derecho más amplio y general, aquel

¹.- En gráfica forma lo expone DOMAT, "la obligación de tomar la calidad de heredero debe tener el mismo efecto que si éste hubiese tratado con el difunto a quien sucede". Ver "Las leyes..." Tomo III op. cit. páginas 19 y 64.

².- Nos dice POTHIER, en su "Traité des successions" Tomo XII op. cit. página 482, que "...le mort saisit le vif, son hoir le plus proche a lui succéder".

Ver TOULLIER y DUVERGIER, "Le Droit civil..." Tomo II op. cit. página 52.

Por su parte el actual artículo 724.1 del texto civil francés dice, en concordancia con lo anteriormente dicho que: "Les héritiers légitimes, les gérutiers naturels et le conjoint survivant sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession".

³.- El artículo 724.2 del Code, al decir que: "L'Etat doit se faire envoyer en possession".

A éste deberá añadirse, en concordancia con él, el Artículo 770.1 que, tras la nueva redacción por la Ordenanza número 58-1307 de 23 de diciembre de 1.958, insiste en este extremo: "Il doit demander l'envoi en possession au Tribunal de grande instance dans le ressort duquel la succession est ouverte".

⁴.- "Ces sortes de successions sont appelées irrégulières, parce que ceux qui succèdent de cette manière, ne succèdent pas à la personne mais seulement aux biens, et jusqu'à concurrence de la valeur des biens; mais il ne sont pas tenus comme les héritiers "ultra vires" et par conséquent ils peuvent en être déchargés, en abandonnant les biens aux créanciers". Ver POTHIER, "Traité..." op. cit. página 630; MARCADE, "Explication théorique et pratique du Code civil..." Tomo III op. cit. páginas 35 y 104.

que el Estado tiene sobre los bienes vacantes y sin dueño.¹

Sin duda, estas corrientes doctrinales influyeron en la elaboración del Proyecto de Código Civil de 1.851.² Ahora bien, en el mismo también se patentiza nuestra tradición histórica. El precepto en cuestión refleja el modo de legislar español, y que hable de bienes vacantes o mostrencos y ab intestados unificados en cuanto a su titularidad y destino pero sin confundir el título jurídico adquisitivo. De ahí, precisamente, que el citado precepto se remita al artículo 783, norma que considera al Estado heredero y no sucesor irregular.³

Ciertamente, en el tema que estamos investigando una determinada influencia parece existir.⁴

El artículo 742 contiene una declaración genérica que reaparece en el actual artículo 913 de nuestro vigente Código.⁵

Al Estado se dedican también los artículos 783 a 785: a falta de parientes "heredará el Estado, salvo los derechos del viudo o viuda".

1.- No obstante en Francia, contra esta teoría se ha alzado algún sector doctrinal, como más adelante estudiaremos, sin perjuicio de que la jurisprudencia haya sido bastante contradictoria al respecto, todo ello en los términos que recogemos cuando hablamos más adelante del tratamiento del tema en el derecho francés actual.

2.- Ello se ve reflejado en la redacción del artículo 386.

3.- VALVERDE y VALVERDE, "El Estado" op. cit. página 534. En este sentido señala TOMAS y VALIENTE, que <si es cierto que el fundamento de esta adquisición sucesoria del Estado puede servir también para justificar otras adquisiciones (las de bienes mostrencos), sin embargo, largulación positiva de unas y otras queda diferenciada, dando acogida a la adquisición por nosotros estudiada dentro de las instituciones de Derecho sucesorio. El Estado es, pues, un heredero llamado en último lugar en la sucesión "ab intestatgo">. Ver "La sucesión..." op. cit. página 249-250.

4.- Por su parte LASSO GAITE, creemos que erróneamente, considera que la influencia del derecho francés fué determinante por encima de la tradición jurídica española, afirmando que "es más acusada la dependencia del proyecto con el modelo francés en la parte técnica, líneas, grados, representación, etc... que en la parte substantiva que mira a la perfección de nuestro Derecho histórico siendo muy estimable el esfuerzo realizado". Ver "La codificación..." Volumen I, op. cit. páginas 205 y 207.

5.- En dicho precepto se dice que "A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia en los términos que más adelante se expresarán, a los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo o viuda y al Estado".

Se va perfilando ya la redacción que acabará acogiendo nuestro actual Código civil, considerando finalmente al Estado como heredero.

En ausencia de colaterales hasta el décimo grado heredará el Estado. El cónyuge concurre con todos los que tengan derecho a heredar ab intestato y también en calidad de heredero.¹

A mi modo de ver, GARCIA GOYENA considera que el título jurídico en virtud del cual el Estado adquiere las herencias intestadas es el de heredero, pero el fundamento de esta adquisición es un fundamento público.

El dogma de la voluntad presunta del causante, a la que frecuentemente acude la doctrina del país vecino, sirvió a la doctrina patria para fundamentar la sucesión legítima. Dicha presunción obedecía a los "vínculos de sangre", en definitiva, al parentesco justificando la vocación de cada uno de los llamados en la ley del afecto o del cariño.² En este sentido, el heredero formaba una unidad con el finado, continuando su personalidad "en todos los bienes del difunto, y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte".³ Surge, por consiguiente, una concepción personalista de la herencia, pero, a diferencia del Código

¹.- GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo I-II páginas 351 y siguientes. Apéndice n° 10; páginas 368 y siguientes Apéndice n° 11.

Por otro lado, es de notar que el límite máximo en el grado sucesorio respecto de la línea colateral sigue anclado en el décimo de acuerdo con la Ley de Mostrencos lo cual permite incidir en la cuestión de que, realmente no se viese la sucesión legítima -como se ha visto en la Novísima Recopilación- solución efectiva para la obtención de fondos y de ingresos para el Estado. García Goyena señalará que el cuarto grado lleva "descaradamente el sello de la fiscalidad". Op. cit. página 357, Apéndice n° 10.

².- GUTIERREZ FERNANDEZ, "Códigos o..." Tomo III op. cit. página 592; VISO, del "Lecciones..." Tomo II op. cit. páginas 504-505; GOMEZ de la SERNA y MONTALBAN "Estudios..." Tomo II op. cit. página 69; FALCON, "Exposición..." Tomo II op. cit. página 335; MARTI y DE EIXALA, "Tratado..." Tomo I op. cit. página 370; NAVARRO AMANDI, "Código..." op. cit. página 543; SCAEVOLA, "Comentarios..." Tomo XVI op. cit. página 867; ALONSO MARTINEZ, "El Código Civil..." sostiene la misma idea para las instituciones benéficas que participan en los abintestatos, op. cit. página 270.

En la misma dirección, vid. MANRESA, loc. cit. página 168.

³.- Ver el artículo 549 del Proyecto.

Civil francés y acogiendo nuestra tradición histórica, es necesaria la aceptación para que se entienda adquirida aquélla si bien con alcance retroactivo.

El Estado, en cuanto heredero, no justifica su "legis vocatio" con base en la ley del amor o del cario sino que su fundamentación es de carácter publicista, como representante de todos y de la sociedad entera. GARCIA GOYENA acoge el principio de la voluntad presunta del causante, en la líneas del "droit coutumier que anteriormente hemos visto, y nos dice que "cuando no cabe esta presunción por la lejanía de parentesco, se defieren al Estado, que es el representante de todos y el dueño de todas las cosas que no lo tienen".¹

Esta representación, que no es nueva, a nuestro juicio ya arranca del derecho romano, cuando no del griego, obedeciendo en última instancia al "pactum societatis" entre los individuos para pasar de la sociedad natural a la sociedad civil. Esta en cuanto cuerpo político constituye el Estado al que corresponde como una vertiente del principio de soberanía la representación de la sociedad y, en definitiva, de los súbditos que la componen.²

De este modo, podemos llegar a la conclusión de que la fundamentación de la sucesión legítima pierde su razón de ser cuando el llamado a ella sea el Estado. Dicho de otro modo, que la piedra angular de la sucesión intestada debe ser, en todo caso, diferente y más amplia que la justificación de la vocación legal del Estado. En primer lugar debe ser diferente, en cuanto una cuestión es preguntarse por la

¹.- GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo I-II op. cit. página 164 al artículo 742.

El mismo autor, y en la misma obra, pero en la página 195, al hacer un comentario exegético del artículo 783, considera que: "...que lo que no pertenece a nadie en particular pertenece al Estado, como representante de la sociedad entera, según el artículo 386, número cinco: esta máxima, "nulla res sine domino", que puede decirse de derecho universal, tiene además la ventaja de evitar conflictos y turbaciones que nacerían de adjudicar los bienes del difunto al primero que los ocupase".

Esta idea es también compartida por NAVARRO AMANDI, "Código..." op. cit. página 570.

².- "La sociedad no puede existir sin un centro de unidad, sin un principio director que simbolice su pensamiento y que determine su marcha y este centro es el Estado que representa el interés y el pensamiento universal". Ver ALVAREZ MARTINEZ, "Nociones.." op. cit. página 43.

necesaria existencia de la sucesión legítima en ausencia de disposición de última voluntad y otra cuestión es plantear el interrogante en torno a cada uno de los llamamientos.

En segundo lugar, debe ser más amplia, en cuanto que abraza no sólo el llamamiento de determinados sujetos unidos al fallecido, ya por un vínculo natural o de parentesco ya por un vínculo jurídico, sino también al Estado. Existe, por tanto, una manifiesta desconexión entre los dos frentes señalados, como ya señaló la doctrina inmediatamente posterior al actual Código Civil.¹

Así pues, el Estado en cuanto representante sucede en todos los bienes, derechos y obligaciones en calidad de heredero. De hecho en la doctrina de la continuidad de la persona del difunto se concibe al heredero como representante de su causante.² Por ello, siendo el Estado heredero parece, por tanto, que de acuerdo con el sistema sucesorio trazado por el Proyecto, adquiere la herencia una vez la ha aceptado si bien con alcance retroactivo y en lo concerniente a la responsabilidad por las deudas del causante deberá, según atestigua el artículo 844, preceder declaración solemne para acogerse al beneficio de inventario, según el artículo 843. Ahora bien, para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios, ha de preceder sentencia judicial.³

Para heredar debe "preceder inventario, juicio y

¹.- Considera SANCHEZ ROMAN, que "...no subsisten, para justificarlas, ninguno de esos motivos, y sólo otros de utilidad social como los de evitar litigios, de no dejar vacantes los bienes, de ciertas analogías más o menos extremadas por ficción legal, conveniencias a fines sociales de beneficencia o instrucción u otros, todos oblicuos, de forzado parecido o de adecuación muy artificial someramente positiva, establecida por las leyes...". Ver en Estudios..." Tomo VI Volumen III op. cit. página 1613.

La citada corriente de opinión se irá generalizando en toda la doctrina española. No obstante, sobre ello insistiremos más adelante.

².- En la anterior línea se expresa el artículo 784 al decir que: "Los derechos y obligaciones del Estado, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos".

³.- Esta necesidad de sentencia judicial según el propio comentarista, "se ha practicado siempre y es de absoluta necesidad" y mediante la cual se constata la inexistencia de descendientes, ascendientes o colaterales con derecho a heredar. Ver GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo I-II op. cit. página 196.

sentencia".¹ Inventario que ha de ser, necesariamente, de carácter judicial y a dicho fin dedica el Proyecto los artículos 865 a 870.² En este sentido el inventario judicial aprovecha a los efectos de la limitación de la responsabilidad como predica el artículo 869 pero dejando a salvo los artículos 843 y 844 referidos a la declaración solemne para acogerse a dicho beneficio. De ello es lícito inferir que esa previa manifestación también deba ser realizada por el Estado.

No obstante, García Goyena afirmará en su obra, categóricamente, que el Estado "nunca responderá con más de lo que reciba".³ Si se considera que el Estado no es de mejor condición que cualquier otro heredero⁴ y, por ello, goza de los mismos derechos y sobre él pesan las mismas obligaciones, cómo pretender que responda, exclusivamente, *intra vires*. Tal interrogante puede derivar en dos posibles soluciones: O bien que siempre debe preceder declaración acogiéndose al beneficio de inventario, o bien que es innecesaria dicha declaración.

En este orden de ideas, el inventario judicial aprovecha a los efectos del beneficio de inventario sin necesidad de declaración solemne. Es la sucesión legítima del Estado un supuesto, en el esquema normativo de dicho Proyecto, en el que se limita la responsabilidad por las deudas del de cuius sin necesidad de la susodicha manifestación de voluntad, intentando recuperar, de esta guisa, y en relación sólo al

¹.- GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo I-II op. cit. página 196.

².- GARCIA GOYENA señala que la normación del inventario judicial comprende dos supuestos: el caso de herederos ausentes y los abintestados .

Al inventario judicial se refería, también, el artículo 2376,3 del Proyecto de Código Civil de 1.836.

³.- GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo I-II op. cit. página 196.

⁴.- Ver el comentario del mismo autor al artículo 554 del Proyecto de C.c. de 1.851 en cuanto a la posesión civilísima del Fisco: "... no se descubre razón (llegado el caso de su llamamiento), para hacerse de peor condición que los otros". Ver op. cit. página 11.

Estado, nuestra tradición histórica según la cual era suficiente el inventario para entender limitada la responsabilidad. Dicho de otro modo, y recordando lo señalado en sede de Partidas, se trata de evitar un perjuicio a posible heredero cuya ausencia o desconocimiento de la muerte de su causante y, por tanto, su tardía aparición, podría conllevar un menoscabo del caudal relicto.¹

En definitiva deberemos determinar cuáles son esos "derechos y obligaciones del Estado como cualquier otro heredero", de manera que podemos solventar cualquier polémica: "porque puede llegar el caso de este artículo, según lo dispuesto en el 743, aun cuando uno muera con testamento y entonces tendrá el Estado que cumplir las disposiciones del testamento con arreglo al 625".² En estos casos, el Estado, como heredero, debe cumplir lo dispuesto por el causante, en cuanto a las mandas o legados, fideicomisos, cargas, pero también, aunque nada se diga, respecto de las deudas ad extra. Estas son las obligaciones a las que se refería GARCIA GOYENA. Y lo mismo cabe decir de los derechos, se trataba de pedir la formación del inventario ex artículo 842 en relación con el artículo 865 del citado Proyecto de Código Civil.

¹.- El artículo 854 aboca a esta solución al decir que: "Pasado el mes sin hacer esta manifestación se entenderá aceptada a beneficio de inventario". La manifestación viene referida a si acepta o no la herencia. Consecuencia de esa aceptación es la íntegra conservación de todas las acciones que tenía el heredero contra los bienes del difunto, según el artículo 856.

².- GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo I-II op. cit. página 196.

8.- LA LEY DE BASES: De 1880 a 1888. LAS INNOVACIONES DEL ANTEPROYECTO 1.882-1.888.

8.1.- Génesis del Proyecto.

Desde que se abandona la intención de publicar el proyecto de 1851, hasta que en 1875 se constituye de nuevo la Comisión de Códigos, y sobre todo, hasta 1880 en que el Real Decreto de 2 febrero determina su composición y objetivos, se pasa por un período que se ha dado en llamar codificación mediante leyes especiales,¹ de aplicación general a todo territorio nacional, que, curiosamente, no suscitaron en el momento de su realización y publicación, las agrias críticas que despertase el Código civil, por parte de los foralistas.²

Varios hechos van a incidir de forma determinante en el reinicio de los trabajos para la realización de un Código civil español.³ La constitución de la Comisión General de Codificación en 1875 que a partir de 1880 inició los trabajos

1.- Atribuye DIEZ-PICAZO a BRAVO MURILLO la frase "Hagamos el Código civil por partes" "Sistema..." I, página 60; tenemos constancia también de un testimonio ofrecido por DANVILA en el Congreso: "Yo creo que el sistema que debe seguirse en España es el de la Codificación parcial...", LASSO, página 312.

2.- En este interín se produce el proyecto privado de Código civil redactado por ORTIZ DE ZARATE. Igualmente se dictan no sólo disposiciones de carácter desamortizador (Ley Madoz), sino que ante el desencanto producido por la no publicación del Código, se dictan varias leyes civiles importantes: La ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro civil, la Ley del matrimonio civil, etc...

3.- Desde un punto de vista doctrinal cabe destacar por su gran influencia posterior, la obra de GUTIERREZ-FERNANDEZ, "Códigos o Estudios fundamentales", op. cit., primera en adoptar la estructura en 4 libros, su molde francés retocado, y que luego seguiría el Código civil. Esta alteración del plan clásico hecha por BENITO GUTIERREZ, es posible que respondiese a una "razón de simetría", como ha señalado en alguna ocasión DIEZ-PICAZO ("Sistema..." página 66), pero contiene otras justificaciones, que el propio autor de los "Estudios de Derecho Civil español" pretende aclarar en el Prólogo a su obra: "En cuanto al plan de la obra, no hemos olvidado lo que exigía de nosotros la originalidad ¿Será un defecto no haber alterado la forma, los accidentes de la exposición? Nos hemos dirigido esta pregunta al ver que no es hoy exclusiva la división de Justiniano, que la escuela... presenta otras más conformes con el desenvolvimiento y la expresión de las relaciones jurídicas" "Códigos o Estudios fundamentales...". Op. Cit. Tomo I, Madrid, 1862. página V.

del proyecto de Código civil¹ y muy especialmente el sistema ideado por ALONSO MARTINEZ consistente en establecer unas bases sobre las cuales debía desarrollarse el texto articulado del Código civil. Otro aspecto que vino a incidir en el desarrollo de los trabajos fue el que se intentó salvar la oposición foral a través de un espíritu transaccional que se pone de manifiesto muy especialmente en el artículo 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880² que prevé la inclusión en la Comisión de un vocal por cada uno de los territorios forales³ con la misión, además, de elaborar unas memorias conteniendo aquellas instituciones que fuese preciso conservar.

En cuanto al desarrollo del nuevo sistema planteado por ALONSO MARTINEZ a través del Real Decreto de 20 de octubre de 1881, fue en principio inmediato.⁴ Este sistema tenía un prioritario propósito cual era el de acelerar en lo posible la conclusión de un Código civil, antes de que fuesen surgiendo nuevos obstáculos que diesen al traste con la obra como ocurriera en 1851, y el elaborar una Ley de bases que se sometiera a la Cortes, de forma que no hubiese necesidad de discutir el texto del Código artículo por artículo, lo que daría lugar a interminables sesiones en las Cortes, se

¹.- Al margen del posible contenido de los proyectos de ley de bases. De hecho en 1882 ya se habían concluido los proyectos de libros I y II, que, además ya pasarían, casi sin modificaciones, al definitivo Código civil de 1889.

².- MARTINEZ-ALCUBILLA "Colección de leyes administrativas". 3, página 408.

³.- Los vocales designados por el Real Decreto de 16 de febrero de 1880, con la misión de redactar la Memoria prevista por el citado artículo 4 del R.D. de 2 de febrero, fueron DURAN Y BAS, FRANCO Y LOPEZ, MORALES GOMEZ, LECANDA, RIPOLL Y PALOU Y LOPEZ LAGO. La primera Memoria redactada, considerada como auténtico cuerpo articulado del Derecho civil catalán es la de DURAN Y BAS, en el año 1883, con el nombre de "Memoria acerca de los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra". RIPOLL en 1885 presenta la Memoria de las instituciones de Baleares y en 1886 FRANCO LOPEZ hace lo propio con las de Derecho civil aragonés. En cuanto a la redactada por LOPEZ LAGO, en 1885, respecto del derecho gallego, tan solo recoge dos instituciones propias, como son los foros y la sociedad gallega.

⁴.- Respecto de los efectos de este Decreto ver lo dicho por ROCA I TRIAS, en "La codificación civil y el derecho foral". R.D.P. 1.978.

presentaba como el medio más idóneo para lograr tal finalidad.¹

El otro objetivo que se pretendía alcanzar, era el de plasmar un espíritu de transacción con los derechos forales que ya se había puesto de manifiesto en el Real Decreto de BUGALLAL de 2 de febrero de 1880 en su artículo 4 así como en su Exposición inicial en la que se hablaba de que se "conservarán las instituciones forales dignas de respeto, en vez de arrancarlas de raíz"² algo que no se hizo, ni se intentó en 1851. De todas formas se tomaba como base en todo momento el proyecto de ese año previéndose el nombramiento de un "letrado de ciencia y práctica reconocidas por cada uno de los territorios" forales, sus Memorias debían incluirse como Excepción dentro del Código general para las respectivas provincias.³

La Comisión ya había iniciado sus trabajos cuando se recibieron, para su discusión, las bases redactadas por ALONSO MARTINEZ, el proyecto de Ley de Bases de 22 de octubre de 1882. A pesar de ello enseguida se retoman los trabajos para cuya discusión se toman en cuenta, eso sí, el proyecto de 1851. Este proyecto tiene interés en varios puntos, en primer lugar y con carácter general, como inicio de un camino que va a concluir en la definitiva Ley de Bases de 1888 y que, a pesar de que, en muchas ocasiones, durante estos años,

¹.- En el acta de la sesión de 9 de setiembre de 1881 se lee: "...es evidente que dos asambleas tan numerosas como son el Congreso y el Senado, no pueden discutir por artículos un Código civil, que es una obra de arte, y daría lugar a debates interminables". Ver LASSO, op. cit. página 386.

En la Exposición de motivos del Real Decreto de 20 de octubre de 1881 que "Justificaba el sistema de formular bases para lograr la reforma".

².- MARTINEZ ALCUBILLA, "Colección ...", op. cit. Página 408.

³.- En el Real Decreto de 20 de octubre de 1881 en el que se autorizaba al Ministro de Justicia, a la sazón ALONSO MARTINEZ, para presentar las bases del Código civil y, siguiendo la indicada línea, declaraba "que no podía acometerse la reforma para imponer a viva fuerza, en todo el Reino, con espíritu nivelador" y así en la base 17 se proclamaba el mantenimiento de aquellas instituciones del Derecho foral que "por estar arraigadas en las costumbres, sea imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia". Ver MARTINEZ ALCUBILLA, "Colección...". op. cit. página 409.

fueron, proyectos de ley de bases y trabajos para la realización del Código civil, procesos paralelos, coadyuva a la definitiva redacción del Código civil.¹

Desde el punto de vista que nos ocupa en este trabajo, el aspecto sucesorio, el Anteproyecto de 1882-1888 presenta una triple singularidad:

La primera de ellas es la restricción de grado en la línea colateral, del décimo grado se ha pasado al sexto. La segunda se manifiesta en la aparición y participación, por vez primera, de las instituciones benéficas y de instrucción en la sucesión legítima del Estado y la tercera afecta al régimen de responsabilidad por las deudas del causante.

8.2.- El grado sucesorio en la línea colateral.

Nuevamente, vemos que se produce una restricción en el grado sucesorio. Ya advertía GARCIA GOYENA, al comentar el artículo 772 del Proyecto de 1851 que, como se conoce lo fijaba en el décimo, que "a tan gran distancia del tronco común las relaciones de familia están casi borradas, y ha desaparecido enteramente el amor ó cariño de la sangre, que es la base de nuestro sistema en las herencias sin testamento".² Pero, a la par, consideraba que el cuarto grado patentizaba el sello de la fiscalidad.

Esta presunción de pérdida de acuerdo con la voluntad del causante pretende enmascarar la utilidad que tiene para determinados objetivos, el imponer un grado concreto. Esta cuestión no pasará inadvertida al legislador de 1928 que lo

¹.- Este proyecto y el subsiguiente de 1885 nos han de ayudar a comprender el contenido definitivo de la Ley de 1888 y con ello muchos preceptos de los contenidos en el texto del Código, pero además hemos de tener presente el hecho de que, a pesar de no estar aprobado ni este ni el de 1885, por las Cortes, desde luego se tuvieron en todo momento a la vista por la Comisión.

².- GARCIA GOYENA, "Concordancias..." Tomo I-II op. cit. página 188. ALONSO MARTINEZ advierte que "pues no ha de bastar ciertamente que se presente cualquiera a reclamar una herencia alegando que todos somos hijos de Adán". Ver "El Código civil..." op. cit. página 269.

restringirá al cuarto grado.

En las discusiones entorno al Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1.885 surgirá la polémica yendo unida a quién deba heredar al fallecido ab intestato a falta de parientes. Es decir, según se considere quién sea el heredero, si el Estado o las instituciones benéficas se pretenderá la imposición de un grado concreto. En el primer caso, se pensará en el décimo; en la segunda posibilidad las opiniones girarán en derredor del sexto y del cuarto grado.¹

Finalmente, prevalecerá el sexto grado, ahora bien, asociado al llamamiento de ciertas instituciones, en virtud de una presunta voluntad del finado.²

Este proyecto de Ley de bases de 7 de enero, cubre los objetivos planteados por aquel, de forma más extensa y detallada.³ Una vez más se señala la necesidad de tomar como base de los trabajos al proyecto de García Goyena y, en lo tocante a nuestro estudio, se establece en la Base 17 el orden de suceder, limitándolo al sexto grado, en cuyo defecto debería entrar a suceder el Estado, circunstancia que se expresa del siguiente modo: "Sustituirán al Estado en esta sucesión, cuando a ella fuere llamado..."mención que se reproducirá en las bases de 1888, y que originó en su momento cierta polémica, en tanto no se atenía de modo estricto a los términos acordados por la Comisión como veremos enseguida. Este proyecto llegó a ser aprobado en el Senado, pero su discusión en el Congreso se vio interrumpida, siendo reanudada

¹.- ALONSO MARTINEZ, "El Código Civil..." op. cit. página 266 y siguientes.

².- Considera ALONSO MARTINEZ al respecto que "el difunto tendría más apego y afición a los establecimientos benéficos de su pueblo que al Estado. Represente este ordinariamente para el ciudadano casi no más que una abstracción; y cuando le ve como una realidad suele ser bajo ka figura repulsiva del Fisco". Ver "El Código civil..." op. cit. página 269-270.

Por su parte, MANRESA y NAVARRO señala que "... En aquellos tiempos en que, así como la nación la representa el Estado, representaba al Estado el rey, los bienes de los que morían sin sucesión se entendió que pertenecían al Real ó a la Cámara Real, y más tarde no supo inventarse un destino más útil, y al Rey substituyó el Estado, pero siempre tomando esta palabra, como sinónima de Fisco, Hacienda, ó Tesoro público". "Comentarios..." Tomo VII op. cit. página 166.

³.- Y más conciliadora con los derechos forales, como era el propósito de SILVELA.

en 1886, discusiones que concluirían con la definitiva redacción de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888.¹

Fueron ocasión de arduas polémicas en el seno de la Sección civil de la Comisión General de Codificación dos cuestiones fundamentales en torno a nuestro objeto de estudio: Primero, hasta que grado debía extenderse la sucesión de los colaterales. Y en segundo lugar, la cuestión de si debía ser el Estado quien sucediese a falta de estos. En relación con ambas, se planteó si debía tomarse en consideración más el principio de la voluntad presunta del difunto, frente al familiar.

Para contestar ambas cuestiones, se acudió a apoyos tanto del derecho tradicional castellano, como en instituciones de derecho foral,² contenidas fundamentalmente en las Memorias encargadas a los Vocales forales y que, salvo la de Galicia llevada a cabo por LOPEZ LAGO, casi todas versaban en buena parte sobre instituciones de derecho sucesorio; además de ello se barajaron consideraciones y argumentaciones de índole metajurídica, ya de orden político, ya moral o incluso religiosa.

Uno de los testimonios más directos del contenido e interpretación de las discusiones, evidentemente al margen de las actas de las sesiones de la Comisión,³ es el que nos ofrece ALONSO MARTINEZ,⁴ a la par que expone su opinión e

¹.- Sobre el proceso que llevó hasta la publicación de esta ley vid BONET RAMON, "La Ley de Bases del Código civil", Anales de la R.A.J.L., 19, Madrid 1988. Páginas 321 y siguientes.

².- Señalaba ALONSO MARTINEZ que "En cuanto al resto, o sea, la materia de sucesiones y contratos, ya hemos indicado antes que, como este es el punto en que chocan y se excluyen la legislación general del reino y las instituciones forales de varias provincias españolas, antes de presentar el proyecto a las Cortes, y, lo que es más, antes de articularlo, era menester convocar a los dignos jurisconsultos de Navarra, Vizcaya, Aragón, Cataluña y Mallorca para discutir con ellos las fórmulas de concordia, si habría términos hábiles para la avenencia". Ver "El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales", op. cit., página 12.

³.- De cuyo contenido deja buena constancia la tantas veces citada obra de LASSO GAITE en dos volúmenes.

⁴.- En "El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales", cit.

interpretación sobre ellas, así como la regulación definitiva que, de las materias tratadas se debería dar en el Código civil. Se hace eco este jurisconsulto del fundamento que ha tenido la sucesión intestada a lo largo de la Historia, sosteniendo que, aunque durante siglos ha primado el principio familiar a ultranza, incluso frente a los posibles afectos del difunto, tal situación no puede sostenerse en la actualidad, en la que la regulación de la sucesión intestada, sobre la base de la familia natural, debe fundamentarse en la voluntad presunta del causante,¹ ambos pilares fundamentan

¹.- Dice ALONSO MARTINEZ al iniciar el Capítulo VIII de la citada obra que "Hay en esta rama del Derecho un error ya añejo que, transmitido de generación en generación, singularmente desde la reforma de Justiniano, se admite por la inmensa mayoría de los jurisconsultos casi sin examen y, sin embargo, no resiste el escarpelo de la crítica. Supónese que el fundamento de la ley al hacer los llamamientos, ha sido siempre, y con más motivo hoy, el cariño o la voluntad presumible del difunto; y francamente me parece que es lisonjear demasiado a los poderes de la tierra, principalmente a los que han regido los destinos de los pueblos antes de la Revolución Francesa, atribuirles esos exquisitos llamamientos, no ya a los derechos del hombre, sino hasta a sus inclinaciones y afectos", página 225. Y más adelante señala respecto de los derechos forales que "Después de esta breve reseña de las legislaciones forales, no habrá ninguno de mis lectores que dude de que el sistema de la sucesión legítima en Navarra, Aragón y Cataluña se funda, no en el sentimiento, los afectos o la voluntad presunta del difunto, sino solo en el principio familiar o patrimonial", página 246. Algo después, en relación a las discusiones sobre el límite de sucesión de los colaterales señala que "Los problemas a que de lugar la sucesión abintestato hay que resolverlos con uno de dos criterios: o con el del principio de familia, o con el del afecto presumible del difunto. En rigor ambos criterios se han fundido en uno desde que ... la Filosofía del Derecho se ha impuesto a las legislaciones positivas y estas han organizado la familia sobre el modelo de la naturaleza" página 268. Como veremos, siempre, eso sí, sobre una base de la llamada familia natural se intenta primar el principio de voluntad presunta del causante, ello es consecuencia directa del individualismo liberal, que superpone al individuo y a su voluntad como principal fuente de las relaciones jurídicas, siendo difícil concebir relación jurídica alguna sin la intervención de la voluntad individual. Decía BONEL y SANCHEZ en relación al artículo 912 del Código Civil que la sucesión intestada es "inseparable del sentimiento de familia" pero añade más adelante que "...antes se basó sobre el elemento político y que más tarde Justiniano modificó, atendiendo al elemento filosófico y moral que constituye en esta época el gran baluarte de las legislaciones modernas, así es que hoy la ley al tratar de la sucesión intestada, reflexiona sobre lo que el causante de una herencia hubiese hecho si no le hubiese sorprendido la muerte sin testar, y hace y determina lo que supone que racionalmente hubiera dispuesto y determinado el que falleció sin disponer expresamente de su última voluntad", en "Código civil español comentado y concordado con el derecho foral vigente", tomo III Barcelona, 1890, página 553.

Por su parte FALCON, al referirse a la sucesión de los artículos 956 a 958, reconoce implícitamente la necesidad de fundamentar en la voluntad presunta del finado toda la sucesión intestada y así se pregunta "Ha interpretado bien la ley los sentimientos del intestado?" indicando a continuación en parecido sentido a otra frase de ALONSO MARTINEZ, que "Siendo, por otra parte, la intención de la ley interpretar el sentimiento y deseos del intestado, entendemos que de ninguna manera se interpretan mejor que favoreciendo a los establecimientos del pueblo donde el intestado tenía más habitualmente su domicilio". Ver Código civil español, Madrid, 1889, páginas 341 y 342.

el límite de la sucesión de los colaterales, así como del cónyuge viudo, y del Estado, y por ella se dará acceso a la sucesión de este a determinados establecimientos.¹

Sobre la base de estas justificaciones de carácter familiar y de la voluntad presumible del difunto, y su consideración mayor o menor por unos y por otros,² se centraron las discusiones acerca de los temas indicados: el grado hasta el cual debían llegar los llamamientos, y la manera en que debía suceder el Estado, si es que debía suceder.

En cuanto a la primera de las cuestiones, nos interesa tan solo en la medida en que la situación del Estado va a ser más o menos privilegiada, según el grado al que la sucesión de los colaterales llegue. Así, ya se vió como en las Partidas esa posición del Estado o del Fisco, que solo sucedía en defecto del décimo grado de los colaterales del causante, hacía que el derecho de aquel fuese prácticamente ilusorio. No deja de ser llamativo que frente a ello, la Novísima Recopilación limitase al cuarto grado hasta que los colaterales sucedían y en defecto de ellos el Fisco, probablemente se debiera a un intento más de asegurarse determinados recursos económicos por parte del Estado, por poco cuantiosos que éstos fuesen, ya que las disposiciones ponen ese límite a la sucesión entre parientes, dentro de la Novísima y fuera de ella, en la citada Instrucción de 1831, en el período que llega hasta la publicación de la Ley de 9 de mayo de 1835, son de naturaleza y carácter hacendístico o económico.

¹.- Aunque el derecho del Estado, al menos hasta la reforma del Código civil de 1928, ya que el Estado no recibía parte alguna de la herencia, que íntegramente se distribuía entre los establecimientos que se indicaban, además de que se producía tal circunstancia tan solo en defecto de colaterales hasta el sexto grado, así señalaba la Exposición del Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928: "Notorio es que el derecho del Estado heredar abintestato es ahora casi ilusorio, dadas las cláusulas del mismo artículo 956..." y añade que dada la regulación del Real Decreto de 5 de noviembre de 1918 en su artículo 15 "es evidente que aun se hizo más nominal el derecho del Estado sustituido en realidad por el de las instituciones municipales e Beneficencia e Instrucción gratuita".

².- Ver lo dicha para la pugna entre unificadores o unitaristas y foralistas.

Ocurre, sin embargo, que desde el punto de vista del Derecho civil tal limitación de grado no era algo generalmente admitido, ni era, por tanto admisible que se superpusiesen meros argumentos recaudatorios del Estado a los principios más o menos tradicionales o clásicos del Derecho civil, de ahí que se restaurase el sistema de las Partidas en la Ley de 1835 y que sea el mantenimiento de este principio, frente a las posibles pretensiones del Fisco, una constante hasta el momento del que ahora nos ocupamos.

Las discusiones sobre la materia no podían ser sencillas, baste tener en cuenta que, por ejemplo, en Cataluña el orden de llamamientos de los colaterales había sido siempre indefinido hasta que la Ley de 1835 lo limitó al décimo grado, ya que como se sabe esta ley era de aplicación general a todo el territorio nacional.¹

En cualquier caso y en general, se admitió que algún límite había de existir² lo difícil era donde situarlo y el problema se discutió de forma íntimamente ligada al de la sucesión por parte del Estado, de manera que incluso se llegó a condicionar por algunos el grado que debía alcanzar la sucesión de los colaterales a la manera en que se regulase este último orden de suceder. Así tanto ALONSO MARTINEZ, como LASSO GAITE recogen la opinión de FRANCO en las discusiones y que consistía en que admitía el límite del sexto grado en caso de que ese último orden de suceder fuese en favor de los establecimientos benéficos, pero de ser la herencia para el Estado, prefería que se mantuviese el décimo grado establecido por la Ley de mostrencos de 1835, planteamiento de la cuestión que fue aceptado por buena parte de los

¹.- Esta indefinición no lo es tal en las "Costums de Tortosa. Ver la costum segunda, rúbrica 10, libro 6º.

Ver ALONSO MARTINEZ, op. cit. página 245; DURAN Y BAS, "Memoria de las instituciones..." op. cit. Página 125; ANTEQUERA, "La codificación...". op. cit. Página 377.

².- ALONSO MARTINEZ, ob. cit. página 265.

vocales.¹

Por el contrario otros vocales como es el caso de FABIE, no sólo eran partidarios de limitar al máximo la sucesión de los colaterales, mejorando así la posición del último orden de suceder, sino que lo eran también de que fuese el propio Estado el que sucediese como único beneficiario, en la medida en que sosteniendo un concepto más restringido de la familia, entendía que fuera de ella era la sociedad en la que el individuo se había desenvuelto, la que tendría mayor derecho a recibir sus bienes, y el único y legítimo representante de ella es el Estado, y por tanto no los establecimientos e instituciones a que FRANCO y otros vocales se referían. Tal posición no fue del agrado del resto de los miembros de la Comisión,² no tanto en lo que se refería a la limitación del

¹.- Véase ALONSO MARTINEZ, ob. cit. página 266 y LASSO GAITE, ob. cit. I, página 499 y 500; FRANCO Y LOPEZ, L. "Memoria sobre las instituciones que deben subsistentes en el Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer". Zaragoza. 1886. páginas 53 y siguientes.

².- En efecto, manifestaba DURAN Y BAS en sesión del Senado de 23 de febrero de 1889 su disconformidad con que fuese el Estado el llamado en las sucesiones intestadas en defecto del sexto grado de parentesco: ¿Cómo he de estar conforme con un nuevo acaparamiento de bienes por el Estado? ¿Cómo he de estar conforme con que el Estado siga teniendo bienes mostrencos de esa naturaleza siquiera se le imponga la obligación de darles nuevo destino, cuando sabemos la manera como el Estado cumple la misión que sobre ellos le impone las leyes? Queríamos que el Estado no fuese el sucesor, sino la sociedad ¿y qué sociedad? La desvalida ¿En qué necesidades? En todas, en las físicas como en las intelectuales. Por eso establecíamos una gradación... Por eso queríamos que fuesen propiamente herederos después de los colaterales del sexto grado, esos seres desgraciados a quienes no siempre la sociedad puede mejorar la triste suerte en que viven. De ahí resulta que mientras vosotros digáis que el Estado es el sucesor después del sexto grado, y que le sustituyan esas instituciones, jurídicamente los hechos han de pasar de esta suerte: sucesión por parte del Estado, traslación del producto de lo heredado en favor de esas instituciones. No es esto lo que se había acordado". "Debates parlamentarios. Código civil", II, Senado; nº 53, página 1322. No nos cabe sino destacar la clarividencia de DURAN Y BAS en su afirmación. Ya anteriormente SILVELA, en sesión de 14 de febrero de 1889, se había pronunciado de forma parecida, refiriéndose a la base 18: "Sustituirán en la sucesión intestada (es decir, colocarse en lugar del Estado) sustituirán al Estado los establecimientos de beneficencia. Saben perfectamente los Señores senadores que siempre, cuando ha faltado la sucesión de parientes unas veces en el cuarto grado, otras en el décimo grado, a venido la sucesión del Estado. "Los autores de la base y las Cortes entienden que al Estado debieran sustituirle esas corporaciones. Oid como se ha desenvuelto esta base. Sección 5ª, Título 5º, Libro 3º. Lo primero el Título "De la sucesión del Estado" ¿Donde está la sucesión del Estado si es que ha de ser sustituido? La presencia del sustituto excluye la presencia de la persona a quien se sustituye. ¿Por donde la sucesión del Estado?" y continúa refiriéndose al contenido de los artículos 956 y 958: "¿Apoderarse el Estado de esos bienes que debían ser de esas asociaciones! Francamente, esto no me parece conforme con la base y en este punto es donde encuentro yo disconformidad; porque pensad,

cuarto grado, aunque pareció excesiva sobre todo por la posición extremadamente ventajosa en que podía quedar el Estado sino por el concepto de Estado que implicaba por su parte la tesis de FABIE.¹

Sin perjuicio de lo anterior, parece más exacto el testimonio de ROMERO GIRON que "...alude a las actas de la Comisión de Códigos sobre la sucesión intestada, y la propuesta de FABIE en favor del Estado, transigiendo en el sexto grado, como proponía el vocal aragonés FRANCO. Respecto a que hereden los establecimientos de beneficencia, y no el Estado, a falta de colaterales del sexto grado, dice GIRON que no hubo en el proyecto incumplimiento de los acuerdos de la Comisión, sino que esta variación fue impuesta por la Ley de Bases".²

8.3.- La Sustitución del Estado por las instituciones benéficas y de instrucción.

Dicha sustitución toma cuerpo en la Base número 18, aprobada por la Comisión Codificadora.³

Señores, qué poco significa eso de que el Estado, después de haberse apoderado de esos bienes que debían ir a las corporaciones, destinará sus productos a los establecimientos de beneficencia ¿Sabéis por qué? Porque no hay Ministro de Hacienda a quien no le guste ejercitar la primera operación, la de apoderarse; pero es fácil que no le agrade mucho la segunda, que es la de desapoderarse" Senado II, 45; página 1177.

¹.- Que como señaló ALONSO MARTINEZ, "...chocaba abiertamente con la de otros señores vocales más individualistas, y contándose entere estos el señor Gamazo salió a la palestra resuelto a romper una lanza con su adversario". Op. cit. página 267.

².- Que es precisamente lo que se ha pretendido demostrar en estas últimas pocas líneas. Véase LASSO, op. cit. I, página 605. Y "El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889", Senado, II, Madrid, 1989; página 1345.

³.- "A la sucesión intestada serán llamados:

1º. Los descendientes.

2º. Los ascendientes.

3º. Los hijos naturales.

4º. Los hermanos e hijos de estos sin pasar del sexto grado.

5º. El cónyuge viudo.

Esta sustitución del Estado por las instituciones que la misma base detalla ha dado lugar en la doctrina española a diferentes corrientes de opinión, sobre todo a partir de la redacción ecléctica que adquirió en el Código Civil. La primera de ellas la ofrece SANCHEZ ROMAN que, de acuerdo con la literalidad del artículo 956 del vigente Código civil,¹ consideró, en su momento, que el Estado, en este llamamiento, era "como una especie de heredero fiduciario" y los establecimientos de beneficencia y enseñanza "como herederos fideicomisarios, representados por aquél en su llamamiento, único posible en la ley...".² En este sentido, se resolvía la antinomia existente entre los artículos 956 y 957 del Código civil.

Autores posteriores han considerado que "el Estado es heredero intestado, pero en cuanto a dos terceras partes de la herencia tiene el carácter de fiduciario simple; respecto del tercio restante el Estado es un heredero sub modo."³ Por

Sustituirán al Estado en esta sucesión cuando a ella fuere llamado, los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita del domicilio del testador; en su defecto los de la provincia; a falta de unos y de otros los generales".

¹.- El artículo 956 del Código Civil, en su redacción originaria, decía así: "A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, destinándose los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita, por el orden siguiente:

1º.- Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto.

2º.- Los de una y otra clase de la provincia del difunto.

3º.- los de beneficencia e instrucción de carácter general".

Por su parte el artículo 957 preceptuaba que: "Los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia e instrucción en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos".

².- SANCHEZ ROMAN, en "Estudios..." Tomo VI V. III op. cit. página 1675.

Suscribiendo la opinión de este autor en la nueva redacción del artículo 956, vid. CLEMENTE de DIEGO, "Instituciones..." Volumen III op. cit. página 319.

³.- BADOSA COLL y PUIG FERRIOL en anotaciones a la obra "Derecho de sucesiones" de KIPP, Tomo V-I, op. cit. página 68.

Del mismo parecer es el traductor y anotador de las "Instituciones ..." de ROBERTO de RUGGIERO, Tomo V-II op cit. página 445. DE BUEN, "Derecho Civil..." op. cit. página 879 lo considera un heredero modal.

su parte, DE LOS MOZOS considera aceptable esta teoría siempre que sea referida a la regulación ofrecida por el Código Civil con anterioridad a la reforma de 1.928. Tras ella, según el autor, tal planteamiento ha perdido unidad lógica, pues el Estado participa directamente en los ab intestatos siendo beneficiario de un tercio de la herencia.¹ Dicho de otro modo, la ausencia de directo beneficio para el Estado lo convertiría en heredero fiduciario y, consecuentemente, sería lícito pensar, en un plano más general, que siempre que se llame a un sujeto en calidad de heredero pero sin que reciba nada de la herencia se convierta ipso facto en heredero fiduciario.

Ahora bien, no puede afirmarse, por poner un ejemplo, que sea heredero fiduciario aquél que es llamado a una herencia distribuida en legados, al cual compete la defensa de los intereses extrapatrimoniales de su causante o bien el caso de la herencia pasiva.² En estas hipótesis, el heredero no percibe atribución patrimonial alguna y, sin embargo, es obvio que no es heredero fiduciario.

El argumento más importante en contra de esta corriente de opinión está en el hecho de que el establecimiento de una sustitución fideicomisaria tiene lugar únicamente en la sucesión testada por voluntad del causante.³ Esto es así tanto con anterioridad como con posterioridad a la reforma de 1.928 del texto civil. Tal vez, por ello termina afirmando DE LOS MOZOS que "la referencia a la cualidad de fiduciario,

También parecen considerarlo como heredero modal LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en "Elementos..." Tomo V. op. cit. página 590.

1.- "La sucesión..." op. cit. páginas 426 y 427.

2.- Ver artículo 891 del Código civil.

3.- A la vista están los artículos 781, 784 y 786 del Código civil, referentes a las cláusulas fideicomisarias.

Por otra parte, en Derecho Catalán los fideicomisos pueden ser dispuestos "en heretament, en testament, en codicil i en donación entre vius o per causa de mort". Artículo 180 del Codi de successions. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Ver el artículo 162 de la Compilación de Derecho Civil de Catalunya, Decreto-legislativo 1/1984, de 19 de julio, derogado por la ley citada.

aplicable al Estado, y a la de fideicomisarios, aplicable a las instituciones de beneficencia, es más bien fruto de una analogía ideal que de una analogía verdadera, como no cabe dudar que pensarían los ilustres autores citados",¹ para acabar considerando que tales establecimientos son considerados herederos para determinados efectos.²

Finalmente, en cuanto a la consideración del Estado como posible heredero sub modo debe señalarse que el modo o carga, considerado por la doctrina clásica como un elemento accidental del negocio jurídico, depende, también, de la voluntad del causante estableciéndolo en el negocio jurídico testamentario. Obedece, por tanto, al principio de autonomía privada, limitándose la ley a regular, parca y confusamente, los efectos de su cumplimiento o incumplimiento si bien con carácter dispositivo. No puede pensarse, por consiguiente, que la ley haya contemplado al Estado como un heredero modal, institución ésta que, como he dicho, sólo es posible por voluntad del decuius.³

¹.- DE LOS MOZOS, "La sucesión..." op. cit. página 427.

².- DE LOS MOZOS, "La sucesión..." op. cit. página 427 y 429. Así considera que tendrán que cumplir con los legados y pagar las deudas, no estableciéndose distinción alguna entre el Estado y los establecimientos benéfico-docentes para mejor garantía de los derechos de los acreedores o de los terceros. Este parecer ha sido modificado por el autor posteriormente: no los considera herederos sino "sucesores sui generis". Ver el análisis al artículo 956 del Código Civil en "Comentario del Código Civil" Tomo I Ministerio de Justicia op. cit. página 2260-2261.

³.- En otro orden de ideas, se podría plantear el interrogante acerca de si es posible imponer un modo al heredero legítimo. TORRALBA SORIANO, afirma que "para admitir la posibilidad de imposición de un modo al heredero legítimo o abintestato no es necesario recurrir a la doctrina de la autonomía, clara en crítica a la tesis de GIORGIANNI que considera que la disposición modal es independiente y autónoma de la disposición testamentaria principal. Aún manteniendo la accesoriedad ello es posible, haciendo la aclaración de que el modo, en el Derecho de sucesiones, siempre deriva de la voluntad del causante expresada en testamento (también puede imponerse en un pacto sucesorio), lo cual significa que aunque en el testamento sólo se contenga la imposición del gravamen al llamado a suceder por la Ley, pero sin ser declarado heredero en el mismo testamento, no puede decirse que un tal heredero se abintestato, sino testamentario, ya que hay que reconocer que la voluntad del causante ha sido la de mantener la reglamentación establecida por la ley para los casos en que no hay testamento e imponerle el gravamen en tanto en cuanto está conforme en que sus bienes vayan a parar a tal heredero. En resumen, en estos casos existe una institución tácita de heredero testamentario, la cual consiste en reconocer al heredero establecido por la Ley o abintestato e imponerle en la parte que exceda de su legítima, si la tiene, un modo". Ver "El modo..." op. cit. página 176. Las palabras del profesor TORRALBA no pueden pasar desapercibidas. Ciertamente, el modo, en Derecho de Sucesiones, sólo puede

La ley establece el supuesto normativo de la adquisición

derivar de la voluntad del causante expresada en testamento (en Derecho Catalán, es posible la imposición de un modo en heredamiento y en codicilo, vid. artículo 68 del Codi de Successions que respeta el derogado artículo 64 de la CDC de Catalunya y artículo 122,2 del mismo texto legal parcial reproducción del artículo 105 de la CDC de Catalunya).

El propio autor así lo dice al estudiar el Derecho Romano, (ver especialmente, páginas 44 y 50-51). Ahora bien, planteándose el caso de imposición de un gravamen a un heredero legítimo hace una afirmación de difícil inteligencia: si se grava con un modo a aquél que en su día suceda en virtud de vocación legal -haciendo abstracción de que se trate o no del Estado- sin haber sido declarado, por tanto, heredero en la misma disposición de última voluntad -parece pensar en el supuesto, de acuerdo con las citas de BRUNORI y COTTINO, que una disposición testamentaria puede consistir y agotarse en una disposición modal- se trata de una institución tácita de heredero testamentario.

El hecho de que sólo se contenga una disposición modal y, por tanto, no haya institución expresa de heredero, no impide la apertura de la sucesión legítima (artículo 912.2 del Código Civil) y el heredero ab intestato, que lo es en cuanto llamado por la ley y no por el testador, debe cumplir con la carga impuesta por éste pues el testamento no es nulo (vid. artículo 764.2 y en lo que concierne el artículo 986 del Código Civil). No es nada más que la compatibilidad entre sucesión testada e intestada. La diferencia, por tanto, radica en el origen de la vocación. Diferente hubiera sido la hipótesis en que el testador hubiera instituido heredero a aquel que -en su momento- hubiera sido heredero ab intestato. Entonces, en cuanto llamado por el causante, se trataría, efectivamente, de un heredero testamentario.

Por otro lado, ¿desde cuándo la voluntad del causante en torno a la institución de heredero es tácita, cuando en su mente estaba instituir al potencial heredero legítimo y no lo hizo así?. La disposición testamentaria es siempre expresa, desde cuándo la intención o los motivos del causante, que como tales quedaron en su fuero interno, acerca de instituir a un determinado sujeto como heredero, en este caso, posible heredero legítimo si se abriera la sucesión intestada, resulta ser una institución tácita de heredero testamentario. No se podrá contraargumentar que el artículo 675 Código Civil sea, respecto a lo que debatimos, aplicable.

Dicho precepto, en su inciso inicial, dice así: "toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador". La primacía de la voluntad del de cuius debe entenderse en relación a la disposición testamentaria que se interpreta, es decir, en nuestro caso, permitirá determinar si realmente, quiso o no quiso el causante imponer un gravamen. No si deseaba o no que su heredero legítimo fuera heredero testamentario.

A nuestro entender, TORRALBA, presume que esa hubiera sido la voluntad del causante, recuérdese el dogma de la voluntad presunta del causante como fundamento de la sucesión legítima. Pero esa volición que no se manifiesta es irrelevante a los efectos de la apertura de la sucesión legítima, la cual aparece como una reglamentación supletoria en defecto de voluntad expresa del causante.

Finalmente, prosigue el citado jurista: "el causante podía haber nombrado en el testamento a otros herederos y haberles impuesto el gravamen; pero ha preferido que sus bienes vayan a los herederos establecidos por la Ley para los supuestos de falta de testamento, y se ha limitado a imponerles el modo; lo cual no significa que éste autónomo, pues está íntimamente ligado a la liberalidad recibida por el heredero legítimo, la cual ha sido tácitamente consentida por el causante". Ver op. cit. página 176.

Si "ha preferido que sus bienes fueran a los herederos establecidos por la Ley para los supuestos de falta de testamento", ¿cómo hablar de institución tácita de heredero, e incluso de modo, si "falta testamento"?. Sin duda, la lectura del artículo 912 ha sido parcial. La afirmación del Profesor TORRALBA, debe ser entendida en el sentido de que sedé el supuesto normativo que permite la apertura de la sucesión ab intestato.

De otra parte, deberemos determinar qué ha sido tácitamente consentido por el causante: La liberalidad, la disposición modal o la institución de heredero.

de esta cuota por los establecimientos benéficos y presupuesto legal de la misma es que el Estado adquiriera la herencia iure hereditate.

Por su parte, MANRESA nos expone los diversos sentidos que la expresión "sustituirán" de la base decimoctava,¹ podía tener, y en concreto nos dice que la representación implica, en Derecho privado, una relación jurídico-representativa entre dos sujetos, representado y representante, y, por tanto, una "relación jurídica originante de la representación"² que también puede ser un contrato de mandato, sociedad, etc... y que, al mismo tiempo, puede ser causa del poder de representación. Por otro lado, el representado debe atenerse a las instrucciones del representante que, en esta materia, contiene el Código Civil. Por eso, más bien la afirmación de MANRESA NAVARRO está en la línea de las opiniones vertidas por ALONSO MARTINEZ en su obra y a las que después me referiré.³ Es en este extremo en el que se manifiesta la estrecha conexión entre Derecho privado y Derecho público, debiéndose acudir al segundo, Derecho administrativo, para determinar cuales son y para analizar la situación jurídica de los establecimientos oficiales de carácter altruista pues, en definitiva, se

¹.- "Según uno de ellos, el Estado desaparecería en nuestro derecho como heredero ó sucesor, y en su lugar serían llamados los expresados establecimientos público ó privados, defendidos por los legítimos representantes. Según el otro sentido, el derecho a suceder recaería en el Estado; pero en su nombre y representación recibirán aquellos establecimientos los bienes. Entendiase esto último, y con arreglo a tal idea, se redactó el artículo 956, en virtud del cual, heredará el Estado, pero destinándose los bienes a los establecimientos de beneficencia o instrucción". Ver "Comentarios..." Tomo V.II op. cit. página 167.

No obstante lo anterior se observa algún párrafo confuso en el que parece atribuir la cualidad de "herederas" a las entidades públicas o de carácter oficial y, en concreto, con el carácter de "fideicomisarias". Ver op. cit. página 169.

².- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, "La representación..." op. cit. página 65.

³.- Ver la obra "El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales".

integran en la organización estatal.¹ Ello impondrá, necesariamente, distinguir entre instituciones de índole privada y de índole pública.

A nuestro modo de ver, la idea presente, en la Comisión, en cuanto a la desaparición del Estado en la sucesión legítima, se encuentra latente en la originaria regulación del Código Civil y ello permitirá explicar el porqué de la antinomia que delataba SANCHEZ ROMAN entre el artículo 956 y el artículo 957.²

Como advertía anteriormente, la discusión acerca del límite de grado en la línea colateral va enlazada a quién sea el heredero, si el Estado o las instituciones benéficas. Cuando se considere al primero se intentará mantener el grado en el décimo. Su disminución sólo será posible en caso de que se consideren herederas a las instituciones citadas.³ Contemporizar estas divergencias e intentar dilapidar la imagen negativa que se tiene del Estado ya que su sola mención provoca la aparición inmediata del Fisco, fueron propósitos de la Comisión.⁴

Se trata, por ende, de eliminar la aparición del Estado

1.- En cambio, sí puede ocurrir que el Ministro de Hacienda al que compete la Administración del Patrimonio del Estado, por mejor decir, de los bienes patrimoniales, proponga al Gobierno que, en determinados casos, dichas facultades sean transferidas a otros Organismos de la Administración del Estado (artículo 3.2 LPE). En materia de ab intestatos es la Delegación de Hacienda de la provincia en el que el finado hubiere tenido su último domicilio, la encargada de la administración y liquidación del caudal hereditario, funciones que serán ejercidas a través de la Sección del Patrimonio del Estado (artículo 13 RD 2091/71 de 13 de agosto regulador del régimen administrativo de los ab intestatos) y ésta puede conferir, en virtud de lo que dispone el artículo 3.2 LPE, sus funciones a la Diputación Provincial o al Ayuntamiento del último domicilio del causante.

2.- Más adelante, en el Título segundo de esta obra nos referiremos a la antinomia existente y su posterior resolución con la reforma del Código de 1928.

3.- Se encuentra una opinión aislada que entiende que, en ausencia de manifestación de última voluntad, todos los bienes deben revertir en el Estado. Ver ALONSO MARTINEZ, "El Código civil...", páginas 266-267.

4.- Manifiesta ALONSO MARTINEZ, de manera concreta esta opinión, al decir que: "Ha obrado por tanto discretamente la comisión sustituyendo al fisco con los establecimientos benéficos, locales, provinciales y generales...", para continuar diciendo que "...nadie disputa al Estado su derecho para intervenir en la designación de los sucesores y herederos...". Ver "El Código Civil..." op. cit. páginas 270 y 271.

en las sucesiones legítimas y en su lugar situar una serie de instituciones que, cuando sean de carácter oficial, se insertan en la organización estatal. Se evita de esta suerte la oposición de algunos miembros de la Comisión ante la visión del Fisco¹ además de aplacar los ánimos populares en su contra² y, por otro lado, se arbitra un medio para financiar una serie de entidades que, de otro modo, habría sido a cargo de los presupuestos generales del Estado.³

En conclusión, tras el cónyuge viudo heredará, no el Estado, sino las instituciones benéficas y de enseñanza gratuita.⁴ De ahí, por tanto, que se estableciera, posteriormente, que los derechos y obligaciones de estas entidades sean los mismos que los de cualquier heredero.⁵ En esta dirección, puede afirmarse que el verbo "sustituirán" de

¹.- Considera ALONSO MARTINEZ, haciendo patente un sentir generalizado desde Carlos III y sobre todo a raíz de la desamortización con la subsiguiente sufragación de la deuda pública, que la visión que se tiene del Estado es ominosa. También lo manifestaba MANRESA, al decir que "...siempre tomando esta palabra, como sinónima de Fisco, Hacienda ó Tesoro público". MANRESA y NAVARRO, "Comentarios..." Tomo VII op. cit. página 166.

Con la aparición, en el texto del Código Civil, de las entidades con finalidad altruista, si bien modificada su redacción con respecto a la base decimoctava, afirma el autor que "el Estado, hecho hoy sensible ante el público por la doctrina del Código, se ha convertido en esos establecimientos por todos queridos y respetados que llevan el bien por todas partes...". Ver op. cit. página 167.

².- "Y al acordarlo así, viene por modo indirecto a subsanar uno de los males que ha producido la exageración de la idea desamortizadora". Ver ALONSO MARTINEZ, "El Código Civil...", op. cit., página 270.

³.- De esta forma sintetiza ALONSO MARTINEZ los fines de la Comisión: "...el sistema votado por la Comisión codificadora no envuelve ciertamente la negación del derecho del Estado, ni del desconocimiento de la legitimidad de su intervención cuando el propietario ha muerto sin declarar su voluntad respecto al destino que habría de darse a su fortuna. Por de pronto, que es el órgano del estado, por razones de utilidad y conveniencia y por acto libérrimo de su voluntad, no porque reconozca en ellos ningún derecho preexistente. Y después, esos mismos institutos designados por la ley, ¿que otra cosa son que una de las formas o manifestaciones del estado en cuya representación y por cuya voluntad se recibe la herencia intestada a falta de parientes?". Ver "El Código Civil..." op. cit. página 272.

⁴.- Parecidamente sucedió en el ordenamiento jurídico italiano: las herencias intestadas a tenor de la Ley de 27 de julio de 1.898 sobre la Caja nacional de Previsión para la vejez y la invalidez de los obreros eran adquiridas por esta institución benéfico-social. Sin embargo, el Decreto de 16 de noviembre de 1.916 las atribuyó, de nuevo, al Estado. Ver RUGGIERO, "Instituciones..." Tomo II, página 442; MESSINEO, "Manual...", Tomo VII, página 67.

⁵.- Artículo 966 del Anteproyecto del Código civil.

la citada base es utilizado en acepción jurídica, o si se prefiere, en el sentido corriente y usual del término.

Si, realmente, la intención de la Comisión hubiera visto la luz, la armonía hubiera sido perfecta. Pero, no ocurre de este modo. No se sigue fielmente el mandato de la base número 18 apareciendo el Estado como adquirente iure hereditate mientras que las instituciones benéficas son destinatarias de 1 dos terceras partes de los bienes, yendo, hasta 1931, el tercio restante a amortizar la deuda pública.¹

Introducida esta variante en la redacción definitiva del Código civil se comete la impropiedad de referir los derechos y las obligaciones, exclusivamente, a los establecimientos en cuestión. El primigenio artículo 957 del Código Civil tenía su justificación se hubiera conservado la finalidad de la base decimoctava. Desaparecida ésta debe buscarse otra razón de ser, del porqué dichas instituciones no son herederas, éste lo es el Estado, y, por tanto, tampoco lo pueden ser en calidad de fideicomisarias. Sólo son beneficiarias de las dos terceras partes del caudal relicto.² Este posicionamiento se

¹.- Como se sabe, el Estado aparecía en el Proyecto de 1851: artículos 742 y 783. La base primera de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.888 señalaba que debía partirse de dicho Proyecto: "... en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho Histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra Codificación civil, sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes". Por tanto, es pensable que si bien la intención de la Comisión no fue plenamente reflejada en el Código Civil sí que, en cambio, conceptuar al Estado como heredero era respetar la Base primera de la Ley de Bases que tomaba por norte el Proyecto de 1851.

Por otro lado, sigue presente, y consecuentemente, no llegado a erradicar, como se pretendía, el espíritu del proceso desamortizador pero atenuado por el hecho de que ya no se veda que entidades, antaño prácticamente abolidas, puedan adquirir bienes y ser titulares de derechos y obligaciones como consecuencia del reconocimiento de personalidad jurídica con propia e independiente capacidad jurídica y de obrar.

².- SCAEVOLA alumbra, en cierta medida, esta idea cuando sostiene que "al redactarse el artículo 957 del Código Civil, en su nuevo texto, se pensó seguramente en sólo, y ello parece demostrarlo el artículo 29 del Real Decreto de 23 de junio de 1.928, en que las instituciones beneficiadas por la disposición del artículo 956 del propio Código podían, al amparo de los términos de este precepto y de los del artículo 958 del referido Cuerpo legal, eludir el pago del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, por lo que se quiso imponer a las mismas tal obligación de modo casi expreso, por lo cual resultó, como queda expuesto, poco afortunada la redacción del tantas veces referido artículo 957 del Código Civil" ("Comentarios..." Tomo XVI op. cit. página 545). Considera el autor que en el sistema de la sucesión legítima del C.c. el único heredero es el Estado y no las

ve confirmado por la reforma del Código Civil de 13 de enero de 1928 que al modificar el artículo 957 incluyó y nombró expresamente al Estado en cuanto a los derechos y a las obligaciones que tiene como cualquier otro heredero. Ahora bien, este destino y el mecanismo jurídico mediante el cual el Estado destine esa cuota son cuestiones enmarcadas ya dentro del ámbito del Derecho administrativo por lo cual será necesario detenerse en el procedimiento de carácter administrativo arbitrado a tal efecto.

Lo cierto es que, en definitiva, el proyecto de Código civil, de acuerdo con el texto de la base 18, designa como heredero al Estado, sin que aparezca suficientemente clara la situación de los establecimientos a los que aquel asigna los bienes, dudándose si son auténticos herederos o sucesores, meros beneficiarios de una carga de distribuir impuesta legalmente al Estado, o, como se sostuvo durante mucho tiempo, fideicomisarios de la herencia del Estado que aparece como un fiduciario.¹ La consideración de la naturaleza de la sucesión por el Estado y de la asignación a los establecimientos, se tratará en el oportuno apartado, tanto antes, como a partir de la reforma introducida en el Código civil en esta materia, por Real Decreto-Ley de 1928, al igual que los problemas relacionados con el título por el que adquieren, la aceptación y repudiación de la herencia por el Estado, el beneficio de inventario y su obligatoriedad para éste, etc...

instituciones en cuestión, simples beneficiarias indirectamente de la participación que corresponda al Estado en los "abintestados". En esta dirección, ver DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, y GULLON BALLESTEROS, "Sistema..." V. IV op. cit. página 485.

En cuanto al pago del impuesto, ver MANRESA y NAVARRO, "Comentarios..." Tomo VII op. cit. página 172.

¹.- "Solución de armonía a esta manifiesta antinomia (entre los artículos 956 y 957) no puede ser otra, para mantener la coexistencia de ambos contradictorios textos, mediante fórmula jurídica, que la de considerar al Estado, en este caso de llamamiento a la sucesión intestada, como una especie de heredero fiduciario, y a los establecimientos de beneficencia y enseñanza como herederos fideicomisarios, representados por aquel en su llamamiento, único posible en la Ley por la unidad y certeza de la existencia del mismo, mientras que no sucede lo propio con aquellos"; SANCHEZ ROMAN "Estudios de Derecho civil", Tomo VI, Vol. 3º, 2ª edic., Madrid, 1910, página 1675.

8.4.- El régimen jurídico de la sucesión legítima del Estado.

Dicho régimen jurídico se mantiene fiel, en principio, al Proyecto de 1.851 respetando, de este modo, la base primera de la Ley de Bases de 1.888.¹

En este sentido, no hay que olvidar que el Estado adquiere la herencia previa aceptación si bien con alcance retroactivo. No obstante, para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios, habrá de preceder resolución judicial adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos.²

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 contiene una serie de medidas previas a fin de mantener, conservar y administrar el caudal relicto. El artículo 966 de dicho texto legal prescribe, como tercera medida a adoptar por el juez, la necesidad de "inventariar y depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará también de su administración". Dicho inventario puede aprovechar a los efectos de la limitación de la responsabilidad por las deudas del causante siempre que el heredero haga la declaración pertinente. En el Anteproyecto se encuentra un artículo de nuevo cuño, el artículo 1033, que, rotundamente y sin hacer distinciones, así lo expresa.³

¹.- Por otro lado, la base decimotava añadía que en cuanto a "... la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia".

².- Artículo 967 del Anteproyecto de 1882-1888. Ver PEÑA BERNALDO de QUIROS, "El anteproyecto ..." V. I. op. cit. página 641. Concuera este precepto con el artículo 785 del Proyecto de 1851.

El artículo 958 del vigente cuerpo legal civil, inmodificado por la reforma de 1928, dice así: "Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos".

³.- Dice este artículo que: "Cuando se hubiere prevenido el juicio de testamentaria o el de abintestato, se procederá en la forma establecida para estos juicios en la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero el heredero que quiera utilizar el derecho de deliberar o el beneficio de inventario, deberá hacer en ellos esta manifestación y gestionar lo conveniente para que el inventario se principie y concluya en los plazos antes expresados".

El Estado, como cualquier otro heredero, y a diferencia de lo expresado en el Proyecto de 1851, deberá llevar a cabo dicha manifestación y de esta forma verá limitada su responsabilidad por las deudas de quien fallece intestado.¹

Los tratadistas posteriores al Código Civil, como ya hemos señalado, cuestionarán el dogma de la voluntad presunta del causante considerarán, entonces, que la justificación de la sucesión legítima se halla en su carácter de supletoriedad en ausencia de los dictados de la autonomía privada.² Muestra

¹.- GOMEZ de la SERNA y MONTALBAN señalaban, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que "si este juicio (de testamentaria) es promovido por el heredero le convendrá manifestar si acepta la herencia á beneficio de inventario, pues en otro caso hará suyas todas las responsabilidades del difunto". Afirmación ésta que aplica al juicio de "abintestato". Ver "Tratado académico-forense ..." Tomo II op. cit. página 69. Parecidamente opinan MANRESA, REUS i MIQUEL al comentar el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que "aunque el inventario de que se trata producirá a su tiempo estos efectos, limitación de la responsabilidad, en favor de la persona a quien corresponda la herencia, ó del Estado en su caso, no ha sido este el objeto que la Ley se ha propuesto al prescribirlo, sino el de que consten circunstanciadamente todos los bienes del abintestato para evitar abusos y fraudes, y poder entregarlos en su día a quien pertenezcan con arreglo a las leyes". He aquí la idea que expusimos al tratar del "inventario judicial" en el Proyecto de Código civil de 1851. Ver "Ley de Enjuiciamiento civil..." Tomo III op. cit. página 33. Ahora bien, producirá estos efectos, es decir, aprovechará para la susodicha limitación de la responsabilidad siempre que, como paso previo, se dé la declaración solemne para acogerse a ella. No obstante, si se entiende que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 abordaba las cuestiones procesales en relación con el Proyecto de Código civil de 1851, parece que, de acuerdo con las afirmaciones de Florencio García Goyena, dicha declaración para el Estado resultaba innecesaria, lo cual no parece ser posible en la LEC de 1881 pues ya el Anteproyecto de 1882-1888 se cuida de que cualquier heredero, sin distinción, deba llevar a efecto la declaración conforme a la que se considere restringida su responsabilidad. Recuérdese que el artículo 1033 así lo preceptuaba. Ver respecto a este punto, PEÑA BERNALDO de QUIROS, "La herencia..." op. cit., página 101, nota a pie de página, núm. 17.

².- SCAEVOLA, "Comentarios..." Tomo XVI op. cit. página 167; BONET RAMON, "Compendio..." Tomo V. op. cit. página 751; CASTAN TOBEÑAS, "Derecho..." op. cit. páginas 13 y 24 a 27; PUIG PEÑA, manifiesta que "la seriación establecida por el legislador no es caprichosa, sino fijada en el orden natural de los afectos que corresponden por regla general al tipo medio de la persona humana, independientemente de las circunstancias particulares que en cada caso pueden existir, y si el hombre no está de acuerdo con él, en sus manos queda modificarlo a su criterio en su testamento..." Sólo en este aspecto, entiende el autor citado, tiene alguna virtualidad hacer referencia a la voluntad presunta del causante, en cuanto al finar intestado acepta la normativa establecida por la ley y las consideraciones sociales y familiares que ésta tomó en cuenta al establecerla. Ver "Compendio..." Tomo III. op. cit. páginas 819-820; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, "Elementos..." Tomo V (1988) op. cit. páginas 575-576; DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, y GULLON BALLESTEROS, "Sistema..." Tomo IV. op. cit. página 479; DIEZ-PICAZO, "Lecciones..." Tomo IV. páginas 409 y 410; MENGONI, "Comentarios..." a cura di Scialoja e Branca op. cit. página 4; PUIG BRUTAU, "Fundamentos..." op. cit. página 367; CLEMENTE de DIEGO, "Instituciones..." Tomo III. op. cit. página 296.

esta nueva concepción los dos caracteres que le hemos atribuido al fundamento de aquélla: diferente y más amplia que el fundamento de la legis vocatio de aquéllos que tienen derecho a heredar y, particularmente, del Estado.

Finalmente, la normación de esta temática se mantiene en la redacción definitiva del Código civil que, sin embargo, sufrió una importante modificación en virtud del Real Decreto de 13 de enero de 1928, y al cual nos referimos más adelante.

8.5.- El derecho civil propio de los territorios no sujetos al derecho común.

En palabras de ANTEQUERA, en las sesiones celebradas en la Comisión General de Codificación, del 14 de octubre al 27 de noviembre de 1.882, se deliberó, y se tomaron determinados acuerdos en relación a la vigencia, aplicación y respeto de los llamados derechos forales,¹ sobre la base de un cuestionario redactado por DURAN Y BAS y por FRANCO. Básicamente el Anteproyecto de 1.882, fué una transacción entre los legisladores centralistas y los foralistas, aunque en el tema referente a la sucesión intestada, los acuerdos se adoptaron, en palabras de ALONSO MARTINEZ, "...al gusto de los representantes de las provincias aforadas".²

No obstante lo anterior, en el ámbito de la sucesión intestada se alcanzó un acuerdo entre los distintos representantes, respetándose ampliamente ciertas instituciones forales, como el caso de la reversión troncal,

¹.- Ver ANTEQUERA, "La codificación..." op. cit. tomo 70, página 464.

².- Según ALONSO MARTINEZ, en relación al orden de suceder intestado, nos dice que "...al gusto de los representantes de las provincias aforadas... La verdad es que la iniciativa fué principalmente de ellos, y que con su beneplácito fueron colocados la viuda y sus hijos naturales en lugar preferente al que tienen en la actual legislación de Castilla y de las provincias aforadas; de ellos fué la idea, o por lo menos lo aceptaron desde luego, de que en vez de llegar en la sucesión abintestato los llamamientos hasta el décimo grado, se detuvieran en el sexto. Del Sr. Franco fué la idea de que en vez de heredar el Estado cuando no hubiera parientes colaterales, vinieran a heredar los establecimientos de beneficencia". Ver "El Código..." op. cit. página 253.

así como la admisión del orden sucesorio intestado, que no es otro que el ya establecido en el Derecho romano-común y también en las Partidas.¹

Estas bases aceptadas en el Proyecto de 1.882, se admitirán posteriormente también en el proyecto de Ley de Bases de 1.885, siendo copia exacto de los citados acuerdos.²

En atención a lo dicho anteriormente podemos concluir que la redacción del Código civil, en el ámbito de los llamamientos en la sucesión intestada, es prácticamente exacta a lo reflejado en las Bases y en el Anteproyecto del mismo, que a su vez fueron redactadas con un acuerdo amplio entre los miembros de la Comisión formada en 1.881 que aceptó en este ámbito que nos ocupa las imposiciones de estos juristas forales, siendo uno de los más activos ponentes de las mismas el jurista catalán DURAN Y BAS.³

Consecuencia de esta labor, y al no publicarse el Código a mediados del siglo anterior, debido entre otras cosas a los vaivenes de la agitada vida política española del XIX, en diversos territorios forales se elaboraron Memorias o Proyectos de Apéndice, a ellos nos referiremos a

¹.- En palabras de José María de ANTEQUERA, el acuerdo adoptado entre los distintos integrantes de la Comisión en el ámbito del derecho sucesorio, adoptó forma en una extensa base, que decía: "Sustituirán al Estado en la sucesión intestada: 1º Los establecimientos de beneficencia municipal. 2º En su defecto los de beneficencia provincial. 3º En defecto de unos y otros, los de beneficencia general. La sucesión intestada llegará al sexto grado de parentesco y no más en la línea colateral. Desaparecerá la diferencia que la legislación establece, respecto a los hijos naturales, entre el padre y la madre, dándoles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro. se colocará a los hijos naturales, en la sucesión intestada, detrás de los ascendientes y antes que los hermanos. No se establecerá en el Código general la viudedad como se la conoce en Aragón; pero se establecerá en él una viudedad.

.../...el orden de colocación de los que tienen derecho a la sucesión intestada, será el siguiente: 1º Descendientes. 2º Ascendientes: 3º Hijos naturales. 4º Hermanos y los hijos de estos. 5º El cónyuge viudo..."

Ver su obra "La Codificación..." op. cit. página 465.

².- En la Base decimocuarta, se establece que la materia de los derechos sucesorios se ajustará a los acuerdos adoptados con los letrados forales de 1.882.

³.- También lo fueron respecto de sus propios derechos Luis FRANCO LOPEZ, Pedro RIPOLL Y DE PALAU o Antonio MORALES GOMEZ.

continuación,¹ si bien someramente y centrándonos especialmente en el ámbito del Derecho civil catalán.²

El Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán de 1.883.

En cuanto a la organización jurídico-legislativa el Derecho foral este era inorgánico, asistemático y excepcional. Teniendo en cuenta el contexto de la época, se trataba de buscar y especificar en qué puntos concretos existía diferencia entre la legislación foral y la común ya que en lo idéntico bastaba ésta última a la cual los territorios con derecho propio debían atenerse.³ Esta situación se plasmará posteriormente en la redacción de las distintas Compilaciones de derecho civil, sin perjuicio del Apéndice de Derecho civil aragonés de principios de siglo final, lo que veremos más adelante en este trabajo al realizar el estudio de las mismas, y en especial de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña.⁴

Este proyecto, realizado por el jurista catalán más eminente de su época, no hace más que recoger el sentir de los juristas e instituciones catalanas de la época consecuencia del bagaje histórico-jurídico acumulado durante

¹.- BARO PAZOS. op. cit. página 225.

².- En relación a la dura pugna mantenida por los diputados provenientes de las provincias con un derecho civil propio, los llamados foralistas, contrarios a las ideas unificadoras centralistas, para un conocimiento exacto y completo de la misma, es determinante el trabajo de ROCA I TRIAS, E.: "la codificación y el derecho foral". R.D.P. 1.978, donde la autora desgrana paso a paso la discusión parlamentaria al respecto, recogiendo las tesis de DURAN I BAS, GIL BERGES, ALONSO MARTINEZ, ROMERO GIRON, etc...

³.- En relación a la cuestión semántica de "derecho foral", DURAN I BAS se opuso rotundamente a esta denominación expresamente en su Memoria, páginas 22 y siguientes, al decir que "...las legislaciones de Aragón, de Cataluña, de Navarra, de Vizcaya y de las Baleares son, como la de Castilla, legislaciones distintas, derecho común de cada una de las antiguas nacionalidades cuyo conjunto forma hoy la Monarquía española".

⁴.- Respecto a la oficialidad o privaticidad de los Proyectos cabe remitirse a la exposición realizada por Salvador Coderch, P. y Mirambell Abancó, A. En "Comentarios a los artículos 1 a 51 de la Compilación de Cataluña" T. XXVII V. I en EDESA página 47 nota nº 108.

siglos,¹ de tal forma que en los discursos que se darán posteriormente en el Parlamento español para la aprobación del Código civil, se reproducirán las mismas tesis y opiniones, todo ello fundamentándose en los principios de la escuela histórica de la que DURAN I BAS era un seguidor.²

En la Memoria que precede al Proyecto,³ observa su autor como el Derecho sucesorio ab intestato romano-catalán era en sus principios generales semejante al Derecho castellano⁴ y, por ello, salvo aspectos concretos, que el mismo autor va especificando, la sucesión intestada se regirá por las disposiciones derecho común.⁵

Los subsiguientes preceptos contienen algunas innovaciones a observar en el definitivo Apéndice si bien una de ellas ya se había aplicado por mor de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado, como las cuestiones referentes al hijo natural o a la viuda pobre.⁶

Estas eran, pues, entre otras, las excepciones que en materia de sucesión legítima el autor consideraba que regían

¹.- En la memoria son abundantes las citas de lo que se llama en Cataluña la doctrina histórica, FONTANELLA, ISERNIA, MORET, FALGUERA, etc...

².- "Colecció dels discursos pronunciats..., en defensa de la legislació civil catalana en lo Senat y en lo Congrés amb motiu de la presentació a las Cortes del Codic civil de 1.889". Barcelona. 1891. página 283.

³.- "Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña". Barcelona. 1883.

⁴.- "...el cual no ofrece diferencias verdaderamente notables con el de Castilla". Ver "Memoria...", página 269.

⁵.- El artículo 123 de este proyecto dice que: "Las sucesiones intestadas se rigen por las reglas derecho común salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

⁶.- El artículo 328, acoge lo estatuido por Ley de 1.835 en orden al hijo natural legalmente reconocido y así señala que "si el difunto no ha dejado parientes colaterales dentro del cuarto grado, los hijos naturales sucederán en la totalidad de su herencia".

El artículo 329, establece que "Los derechos de la viuda sea o no pobre en la sucesión hereditaria de su esposo, se rigen por las reglas del Derecho Común".

en Cataluña.¹ No obstante, esta remisión al Derecho Común se entendía sujeta a lo establecido por los principios del Derecho civil catalán y así lo hacía constar el autor expresamente.²

Además, considera, como ha quedado dicho, que la línea colateral se extiende ad infinitum potenciando, en esta dirección, el principio familiar como base de la presunta voluntad del testador.³

En cambio, no dedica ningún artículo a la sucesión legítima del Estado lógica consecuencia de que la línea colateral sea indefinida y de que se atienda al principio familiar y no al de afecto.⁴

Todo ello, y sin perjuicio de posteriores proyectos y

¹.- Dice el artículo primero del citado proyecto que: "En Cataluña regirán en materia de derecho civil las excepciones introducidas para su territorio en el Código general o en leyes especiales, y en su defecto, las disposiciones de dicho Código".

².- Dice su artículo segundo, que: "...en todos los casos en que para la aplicación de dichas excepciones aparezca incompatibilidad entre ellas y las disposiciones de derecho común que igualmente sea necesario aplicar para completarlas, deberá acudirse a las que han regido según la ley única, título tercero, libro I, volumen primero de las antiguas constituciones de Cataluña".

Semejante disposición se recogerá posteriormente en el Proyecto de Apéndice revisado de 1931 en el artículo tercero del mismo.

Ver "Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil" (proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente jurista Don MANUEL DURÁN Y BAS. Revisado y completado por la actual Comisión, constituida de acuerdo con el R.D. de 24 de abril de 1899.

A propósito de estos artículos del Proyecto elaborado por Durán y Bas, señala SALVADOR CODERCH que "el artículo segundo está evidentemente pensado para posibilitar la integración de las "excepciones" al Código general en el marco del sistema tradicional de las fuentes del derecho catalán y no en el de aquél". Por ello hace notar que "...a partir de ahí podía señalar con tranquilidad en el artículo cuarto que se aceptaban las futuras reglas de interpretación a adoptar por el C.C. "salvo en el caso previsto en el artículo 2º".

Ver SALVADOR CODERCH-MIRAMBELL ABANCO, en "Comentarios a los artículos 1 a 51 de la Compilación de Cataluña", Tomo XXVII V. I, páginas 42 y 43.

Consideramos que no es ocioso que se haga referencia a los intentos de prelación de fuentes como a las, efectivamente, elaboradas en los distintos Proyectos de Apéndice, ya que ello tendrá importancia al estudiar el viejo artículo 248 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960.

³.- En esta línea se expresa el artículo 333 del Proyecto, siguiendo las tesis imperantes del derecho romano-común, y la recepción de las opiniones de la glosa *communiter recepta*.

Ver lo dicho anteriormente en este trabajo respecto de las aportaciones de BARTOLO y Andrea de ISERNIA.

⁴ "Memoria..." páginas 273 y siguientes.

estudios configura el primer precedente moderno de recopilación, o compilación de la legislación civil catalana existente y aplicable, siendo referencia ineludible para los juristas, estudiosos y legisladores posteriores, no sólo la memoria realizada, y aquí analizada, sino la defensa de las tesis diferenciadoras del derecho catalán frente al castellano realizadas por DURAN I BAS, en el Parlamento central, las cuales encontraron eco en otros juristas foralistas de la época, MALUQUER I VILADOT,¹ GIL BERGES,² PLANAS Y CASALS,³ etc...

Réplica a la memoria de DURAN Y BAS, existen en los demás territorios forales textos legales del mismo corte y similar contenido y orientación, aunque no tan extensos ni ambiciosos.

Así, en NAVARRA, la memoria presentada a la comisión fué realizada por Antonio MORALES GOMEZ,⁴ recogiendo las instituciones y el contenido de la Ley Paccionada de 1841 y el Proyecto de 1851, recogiendo, a diferencia del derecho general, las excepciones existentes en el derecho sucesorio, en especial el orden y número del llamamiento sucesorio respecto de los bienes troncales.⁵

Respecto de ARAGON, la memoria correspondiente es obra de FRANCO LOPEZ, y sentará las bases para la publicación de su

¹.- "Llibre dels discursos...". op. cit. página 258.

².- Ver su obra "Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea, estudio sobre la vigencia de las instituciones forales en materia de sucesiones intestadas". Zaragoza. 1920; así como sus distintas actuaciones en el Congreso, en especial la publicada en el Diario de sesiones del Congreso de 19 de junio de 1.885, número 177.

³.- Sesión del Congreso de 10 de junio de 1.885. Diario de sesiones, número 169.

⁴.- "Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación". Pamplona. 1884.

⁵.- Ver el estudio realizado al respecto por COVIAN Y JUNCO, V. "El Derecho civil privado de Navarra y su codificación: estudio histórico-crítico". Suc. de Rivadeneyra. Madrid. 1914.

Apéndice a principios de siglo.¹ En ella, se recogen las antiguas instituciones del Reino de Aragón, reconocidas en sus Fueros y Observancias, recogándose en el ámbito que nos interesa el llamamiento sucesorio, en la sucesión intestada, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia, provincial de Zaragoza, establecido por una Ordenanza de 1623.

Respecto de los otros territorios forales, donde si existía un derecho civil propio de caracter escrito y con fuerte tradición histórica, el caso del País Vasco,² las Islas Baleares³ y Galicia,⁴ las especialidades recogidas y cuya subsistencia se propugnaba eran mínimas, no existiendo para Galicia especialidad alguna en el ámbito del derecho sucesorio, y siendo respecto del País Vasco el mantenimiento de las especialidades derivadas de la troncalidad, y para Baleares el mantenimiento de la legítima justiniana.⁵

1.- "Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés". Zaragoza. 1886. R.G.L y J. 1887. Tomo 71.

2.- "Memoria sobre las instituciones civiles que deben quedar vigentes en las provincias vascongadas", fué redactada por LACANDA Y MENDIETA.

3.- "Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de Baleares, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880", esta obra fué realizada por Pedro RIPOLL Y PALAU, destacándose en los treinta y cinco artículos de los que consta, la necesidad del mantenimiento de las especialidades forales en el ámbito sucesorio.

4.- En esta obra, denominada "Memoria sobre foros y sociedad gallega, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880", realizada por Rafael LOPEZ LAGO, no se contiene especialidad alguna de derecho sucesorio.

5.- No podemos obviar aquí hacer una referencia a los territorios con derecho civil consuetudinario, el caso de Asturias, Murcia, Extremadura o Valencia. En estos territorios los precedentes históricos existentes se limitan a una tradición oral, fuente del derecho, pero tan poco relevante que no se consideró necesaria la recopilación de la misma para su posterior conservación y convivencia con el derecho común. Esta misma idea persistirá hasta nuestros días, ya que si bien la protección de las peculiaridades culturales de aquellos, incluidas las jurídicas, quedará reflejada en sus respectivos Estatutos autonómicos, la existencia de un Derecho civil consuetudinario no será por si sola, título suficiente para atribuirles competencia legislativa en materia civil.