

Algunas observaciones sobre tradición y cambio en materia sucesoria

HELENA MARTÍNEZ HENS

Universidad de Córdoba

SUMARIO:

I. Planteamiento; II. Carácter tradicional de la sucesión; III. La denominada "crisis" del Derecho sucesorio. Sus causas; IV. Negocios inter vivos alternativos al testamento; V. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

Bajo el epígrafe *Tradición y cambio en materia sucesoria* trataré de poner de manifiesto las corrientes doctrinales y jurisprudenciales que evidencian las actuales modificaciones que se están produciendo en nuestro Derecho sucesorio. Para ello, abordaremos en primer lugar el *carácter tradicional de la sucesión* en el que se resalta, fundamentalmente, la influencia existente entre el fenómeno jurídico de la sucesión y la sociedad. Imprescindible será, pues, observar el Derecho de sucesiones ante la tradición española y el Código Civil para, de este modo, pasar a la segunda cuestión; en ésta, encuadrándonos en la época presente, nos referiremos a la *crisis* por la que atraviesa esta materia, sus causas y la posición doctrinal al respecto. Todo ello para alcanzar el último punto en el que, admitida aquella crisis de la que hablamos, surgen *nuevas formas alternativas*, civiles y mercan-

tiles, al testamento: desde la renta vitalicia hasta la constitución de sociedades anónimas. Nuestro mundo —dijo un prestigioso civilista— es un mundo de transición hacia nuevas formas de vida, hacia nuevos sistemas de creencias y convicciones y en esta etapa de transición y de cambio, el mundo está en crisis.

II. CARÁCTER TRADICIONAL DE LA SUCESIÓN

El Derecho, sin perjuicio de sus raíces naturales y permanentes, es un producto histórico y una creación social; su misión, nos recuerda CASTÁN TOBEÑAS (1), es regir y ordenar relaciones de la vida muy variadas y complejas, por lo que no siempre puede ser reducido a ideas puras como si se tratase de una ciencia exacta o puramente filosófica. Desde esta perspectiva de influencia recíproca, entre sociedad y Derecho, éste podría ser definido como un sistema, un conjunto de normas que regulan comportamientos humanos. Así, el Código Civil es índice del proceder de una determinada época, de modo que no sólo es suficiente conocer la norma sino también la realidad; aquélla ha de progresar pero ha de ha-

(1) CASTÁN TOBEÑAS, J., "La dogmática de la herencia y su crisis actual", en R.G.L.J., 1959, p. 305.

(*) DE LOS MOZOS, J.L., en *Estudios de Derecho Agrario*. Universidad de Valladolid, 1981, p. 244. En nuestra misma línea: Díez Picazo, De Castro, Albadalejo y la mayor parte de nuestra doctrina.

(*) Así lo expone DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1990, p. 323.

(*) Es éste el parecer de GONZÁLEZ PORRAS, J.M., en los Cursos de Doctorado de la Universidad de Córdoba (bienio 1991-93), y al que añadiría el comentario de que subyace aquí todas la controversia alrededor del fundamento del Derecho sucesorio: numerosa es la doctrina que dedica su atención acerca de este tema, tras consultar parte de aquélla mi opinión es que la razón de ser del derecho de suceder está en dos institutos armónicamente combinados: la propiedad y la familia, asentados tanto en el reconocimiento del deseo humano de perpetuarse como en la desigualdad de los individuos, y no aisladamente sino dentro del conjunto de la sociedad. Comparto la opinión de MOURE-MARINÓ cuando analiza al individuo y afirma que "lo que el hombre persigue, lo que el hombre ansía y por lo que el hombre lucha, es por la desigualdad", a la vez que la de BORDA cuando defiende la sucesión contra los que la atacan desde este punto de vista argumentando que todos los hombres han de tener las mismas posibilidades y que éstas no serán reales mientras que unos privilegiados reciban de sus mayores una gruesa fortuna y otros nada. Respecto de los demás institutos apunta PUY, a mi parecer acertadamente, que "el derecho a la sucesión, entendido como derecho a la tradición, es el derecho a ser beneficiario de la labor de todos los antepasados en general", se trata de lo que él llama *las presunciones de afecto o necesidad*. Por último señalar que no estoy de acuerdo con la calificación de lo que DE GASPERI denomina *facta irrealidad de la muerte o inmortalidad ilusoria* en el mundo del Derecho; antes al contrario: defendiendo la necesidad de perpetuar los patrimonios más allá de los límites de la vida humana, donde encuentra justificación, en parte,

cerlo moderadamente, de manera que el intérprete ha de estar atento ya que puede encontrarse con normas justas e ineficaces, eficaces pero injustas. No hay, en definitiva, que eliminar las instituciones sino adaptarlas.

Entre los juristas late la idea de que las fuerzas creadoras del Derecho son fuerzas sociales, por lo cual es necesario estudiar las reacciones del medio social ante la regla del Derecho, ya que dictada la norma jurídica se modifica el dato social. A tal fin, el objetivo es promulgar leyes cada vez más acomodadas a los intereses sociales. De este modo, se trataría de averiguar cómo suceden las cosas en la realidad, y de estudiar al mismo tiempo las causas profundas de la relación entre sociedad y ordenamiento jurídico. Una valoración social constituye un presupuesto obligado de una valoración jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho. Podemos, pues, afirmar con DE LOS MOZOS, que el estudio del Derecho como fenómeno social o sociológico, se impone hoy sin discusión alguna (*).

Supuesto lo anterior no hemos de olvidar que la sucesión por causa de muerte responde en cualquier caso a una necesidad social, que se encuentra en la seguridad que exige la continuidad en las relaciones jurídicas (*). La sucesión cumple en la sociedad funciones distintas pero interdependientes desde diversos puntos de vista. Estos serían: desde la óptica del causante, al titular de los bienes en el momento de otorgar testamento el Ordenamiento le ofrece múltiples posibilidades: amplia libertad, posibilidad de hacer un reparto, diversos medios para otorgar, opción de no testar... Por otro lado, y desde el punto de vista de los familiares y parientes, la ley les permite el afianzamiento de su economía, hecho que repercute en la sociedad porque la sucesión va ligada a la propiedad, sin sucesión no habría transmisión de créditos; la sucesión da seguridad, ordena los bienes y reparte las riquezas. Y al mismo tiempo, la ley frena la facultad y voluntad de testar siendo el Estado el

gran preceptor a través del Impuesto de sucesiones y de la sucesión intestada a su favor (*).

Dice NÚÑEZ LAGOS que el fenómeno hereditario hay que referirlo al ciclo de significaciones precisas que ha tenido durante siglos en nuestros juristas clásicos; al respecto, hace un interesante análisis en 1951 de la sucesión ante la tradición española y el Código Civil. En su estudio expone algunas desviaciones de concepto y enfoque de nuestro Derecho sucesorio, para ello analiza diversos preceptos y asume que nuestros civilistas han sido más dados a seguir a los autores franceses e italianos que a los españoles anteriores al siglo XIX, infundiendo así a muchos preceptos de nuestro Código Civil un espíritu poco consonante con su tenor literal y con su tradición española. Hay que distinguir la tradición germánica y la romana: el grupo familiar romano es un grupo político, una unidad colectiva de soberanía mientras que el grupo familiar germano es un grupo natural, de sangre y tierra: *la sangre y la tierra engendran solidaridad: solidaridad entre los parientes, solidaridad con la tierra. De esta fraternidad germánica una de las consecuencias que se derivaba era que en vez de unidad en la sucesión había una pluralidad de transmisiones*, mientras que en el Derecho romano no existe pluralidad de sucesiones sino que la herencia es única. Respecto a nuestra tradición castellana comenta este autor que nuestro Código Civil no supone una invención *ex novo* del Derecho Civil, ni menos del Derecho sucesorio, sino la formulación o expresión, con ciertas talas y reajustes, de nuestra tradición jurídica *mortis causa* que consagraba en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá el mismo criterio subjetivo del Derecho romano. A la luz de la tradición jurídica española no aparece por parte alguna que el Código modificara en este punto el Derecho tradicional sino que, lejos de ello, el Código lo confirma (*).

El Derecho sucesorio, dentro de nuestro Código civil, aunque no deja

de contener novedades se aparta poco, en su conjunto y en las líneas fundamentales, de la tradición jurídica castellana. No obstante, no quiere ésto decir que la técnica del Derecho sucesorio en nuestro Código Civil, como se ha afirmado, deje de presentar lamentables imperfecciones: la diversidad de orígenes (romano y germano) de nuestro Derecho hereditario y el haber utilizado a veces los redactores del Código fuentes contradictorias, ha provocado que la dogmática de algunas de sus instituciones no tenga la deseable claridad, hecho que a continuación tendremos oportunidad de comprobar (6).

III. LA DENOMINADA "CRISIS" DEL DERECHO SUCESORIO. SUS CAUSAS

En vista de las consideraciones anteriores, relativas a la inevitable influencia recíproca entre sociedad y Derecho y, dentro de éste, concretamente el Derecho sucesorio, es forzoso revisar hoy día la situación que da por supuesta el Código civil, confrontarla con lo que nos rodea y deducir de ello si deben o no modificarse las normas vigentes y en qué sentido para evitar, como señala CONDOMINES, el ya muy viejo reproche de D. Antonio Maura, el cual temía que los juristas pudieran convertirse en "sacerdotes de un culto extinguido". En todas las ramas o capítulos del Derecho civil es fácil encontrar preceptos que han dejado de ser aptos para la regulación de sus peculiares materias. Es precisamente en la materia sucesoria donde el desacuerdo con lo que nos rodea alcanza su mayor medida (7).

Sobre este desajuste entre los esquemas tradicionales y la realidad social se ha pronunciado nuestra doctrina civilista: en tal sentido GONZÁLEZ PORRAS (8) piensa que la impresión general actual es que el Derecho sucesorio está perdiendo importancia, hemos de preguntarnos el por qué de

esa huida del esquema tradicional y sus causas. La incognita es ¿qué porvenir le espera a la sucesión en el siglo XXI? puesto que actualmente están surgiendo diversas maneras originales de transmisión patrimonial en vida del causante, lo cual conlleva la vida de si el testamento sigue el medio singular de transmisión *mortis causa* (9). Es su opinión que no se debe hablar de *declinar* del Derecho sucesorio, lo cual resulta exagerado, sino de que aquél está en *crisis*, y ésta hemos de entenderla como un apartamiento de lo tradicional. Según este jurista, no es que el testamento como acto notarial *mortis causa* esté en crisis, sino que lo que hay es un contenido testamentario distinto.

La afirmación de que no se debe de hablar de *declinar* del Derecho sucesorio coincide con este último autor ÁLVAREZ-SALA WALTHER; más González Porras era partidario de decir que el Derecho sucesorio está en *crisis*, mientras que éste defiende que lo que ocurre en nuestro tiempo es una necesaria *simplificación* del Derecho de sucesiones. La sucesión, apunta CASTAN, debe ser sometida a revisión, tanto en el terreno de la doctrina como en el de la legislación y la jurisprudencia, para que no se de el caso de que sus resultados pueden ser contrarios a las supremas finalidades éticas y sociales del Derecho; dentro de lo que él denomina "Crisis conceptual en el Derecho de sucesiones", afirma que si acaso el Derecho no está en crisis, como tantas veces se dice, no cabe duda que están en trance de evolución y transformación los conceptos jurídicos, incluso los que se venían considerando como primarios y más permanentes. En definitiva, *esta crisis conceptual significa, más que decadencia, renovación y vida...* Pero hay que reconocer que las nuevas concepciones carecen todavía de fiabilidad y ello, hoy por hoy, pone en peligro la seguridad jurídica y priva a la dogmática del Derecho de la claridad y precisión que en otros tiempos tenía. Esta actual transformación se deja sentir sobre todo en los conceptos propios del

la sucesión. Vid. para un estudio más profundo del tema: PUY, F.: *Leciones de Derecho natural. Introducción a la ciencia del derecho natural*. Santiago de Compostela, 1970, p. 443 y ss. MOURE MARIÑO, L.: *La desigualdad humana*. Madrid, 1982, p. 82 y ss. BORDA, G.: *Tratado de Derecho civil. Sucesiones*. Buenos Aires, p. 9 y ss.

(6) Vid. NÚÑEZ LAGOS, R., "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil", en R.G.L.J., 1951, p. 385 y ss.

(7) Esta es la opinión de CASTÁN TOBENAS, en opus. cit. p. 266 y 271. Sobre aquel criterio subjetivo, afirma este jurista que la teoría más genial es la que entiende que la herencia nació en Roma no con el carácter netamente patrimonial que ha venido ha tener después, sino con un carácter más bien personal que se explica por razones históricas, en relación, especialmente, con la transmisión de la soberanía doméstica (familiar o gentilicia) y la continuación del culto familiar, es decir, de los *sacra* del difunto.

(8) Vid. CONDOMINES, F., "Crisis del Derecho Sucesorio", en ADC. 1970, p. 701 y ss.

(9) Cursos de Doctorado citados, 2.ª anulación.

(10) ÁLVAREZ-SALA WALTHER afirma que "la herencia —la herencia en sentido tradicional— fue el vehículo exclusivo de perpetuación familiar de la riqueza, pero actualmente —y de cara al siglo XXI—, en una economía avanzada de servicios, la importancia objetiva de la herencia va disminuyendo y pasa a ser la herencia algo mucho más modesto. Lo que pierde en importancia objetiva, lo recupera en repercusión subjetiva". En "El Derecho civil del siglo XXI", R.D.N., 143, 1989, p. 32.

(10) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, opus. cit. p. 244 y 245. En esta comparación de opiniones, hay que tener presente que Castán alude a una crisis dogmática de la sucesión, mientras que González Porras se refiere a una alteración del contenido del testamento.

(11) Existe la polémica de si estos supuestos forman parte de la herencia; la doctrina mayoritaria se inclina por una respuesta negativa ya que, si bien son parte del fenómeno sucesorio, no se consideran recibidos como herencia.

(12) Para otro jurista como ÁLVAREZ-SALA WALTHER nos encontramos ante lo que él califica de *descomposición de la herencia* y dice: "piénsese en la sucesión en los derechos de propiedad intelectual, o en la continuación del derecho arrendaticio rústico o urbano, o en el régimen de atribución de la explotación familiar agraria: en todos estos casos existen normas sucesorias particulares, distanciadas entre sí". En opus. cit. p. 32. Acerca del Derecho sucesorio agrario merecen destacarse los siguientes trabajos: DE LOS MOZOS: "Hacia un Derecho sucesorio agrario", en A.D.C., 1974, p. 523 y ss. VALLET DE GOYTISOLO: "La conservación del *fundus intructus* como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles forales o especiales españoles", en A.A.M.N., 1968, p. 593 y ss. ROCA SASTRE: "La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano en el Derecho sucesorio", en A.A.M.N., 1944, p. 335 y ss. VATIER FUENZALIDA: "Los perfiles esenciales de un nuevo Derecho de sucesiones. Estudio de un proyecto de ley sobre explotación agrícola familiar", en R.C.D.I., n.º 10377 y 10385, p. 871 y ss.

LUNA SERRANO: "Regime giuridico dei fondi rustici assegnati in proprietà ai coltivatori diretti in Spagna", en R.D.A., 1962, p. 391 y ss. ESPÍN CÁNOVAS: "La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código civil", en R.D.P., 1979, p. 309 y ss. PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "La conservación de las unidades agrarias", en A.D.C., 1959, p. 939 y ss.

Derecho de sucesiones y especialmente en uno de los puntos más discutidos dentro de lo problemático del Derecho Civil y que constituye el núcleo central del Derecho sucesorio: la concepción estructural de la herencia. En torno a ella son muy numerosas, importantes y graves las cuestiones que se originan, tanto en el orden teórico como en el práctico (10).

Hemos afirmado que existe un desajuste entre los esquemas sucesorios tradicionales y la realidad social que pone en tela de juicio el valor que actualmente tiene el testamento; cuales sean las causas que provocan esta situación pienso que, asumida la dificultad que entraña, pueden reconducirse en cuatro bloques:

— Disgregación del concepto unitario de herencia.

— Modificaciones en el campo personal y familiar.

— Transformaciones en las relaciones patrimoniales.

— Presión fiscal.

a) Disgregación del concepto unitario de herencia.

Según el art. 659 del Código Civil "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte". Esta concepción clásica de la herencia como un conjunto patrimonial unitario se rompe actualmente, puesto que surgen diferentes masas de bienes que adoptan direcciones sucesorias independientes. De tal manera que podríamos decir que hoy día se está abandonando la tradición sucesoria romana, en la que la herencia se consideraba única, para dar paso a aquella germánica en la que existían pluralidad de sucesiones.

Esta "fragmentación del derecho sucesorio" da lugar a la que se denomi-

na *sucesión excepcional*, y es que existen determinados bienes que al fallecimiento de su titular se transmiten por reglas diferentes de las que preside la sucesión ordinaria por causa de muerte (11). Tal es el caso, entre otros, de los títulos nobiliarios y de determinados patrimonios rústicos o urbanos(12).

b) Modificaciones en el campo personal y familiar.

Desde un punto de vista personal las expectativas de vida son en estos momentos mucho mayores que tiempos atrás y es que la duración media de la vida humana alcanza los setenta y cinco años y tiende a prolongarse todavía más. Nos encontramos entonces ante una situación caracterizada por esta longevidad de los padres por un lado y por otro con las nuevas generaciones que aguardan impacientes, lo cual conlleva un adelanto de las jubilaciones de sus progenitores. En estas circunstancias, comenta CONDOMINES, el presunto destinatario de una herencia no puede darle gran importancia, puesto que si el causante alcanza esas edades, la transmisión se verificará después de jubilado el sucesor que quedará convertido en un verdadero fiduciario, disponiendo de un tiempo corto para "pasar" la herencia, después de sufrido el gran recorte del impuesto, a otras manos que la estarán aguardando con poca esperanza de poderla aprovechar. Cada vez se debilita más el fenómeno sucesorio por esta falta de estímulo a la que aludimos (13). Por lo que el trabajo personal ha pasado a un primer plano, al perder la herencia casi toda su importancia.

Junto a lo anterior hay que tener presente también otros cambios experimentados en este terreno puesto que se pasa de la familia gentilicia a la nuclear, de la rural a la urbana, se aceptan las uniones de hecho, hay una protección creciente del cónyuge sobreviviente, una creciente conyugalidad y una equiparación de los hijos. En esta familia indivisa, estable, arraigada y

troncal el fomento del ahorro es difícil al estar nuestro sistema económico basado en el consumo, por lo que ha quedado atrás la idea de juntar unos bienes, que lleguen a integrar un patrimonio fuerte, cuya transmisión por vía hereditaria implica un hecho económico decisivo para la vida, subsistencia y comodidad de los llamados a la sucesión. Todavía se encuentran personas preocupadas con la idea de transmitir a sus hijos cierta masa de bienes en cantidad y de calidad prefijada. Pero su anhelo guarda tan poca congruencia con la realidad circundante que ellos mismos se creen en trance de justificarse arguyendo que quieren conservar sin erosión aquello que recibieron también por vía sucesoria.

c) Transformaciones en las relaciones patrimoniales.

Si se están produciendo modificaciones personales y familiares como acabamos de especificar, existen a la vez ciertos cambios en las relaciones patrimoniales como consecuencia, entre otros hechos, del paso de la tradicional transmisión "vertical" de la propiedad que se va sustituyendo por mecanismos de transmisión "más horizontales", es decir, del paso de la sucesión a la muerte del causante a negocios alternativos en vida del futuro causante. Conexo a ello figura una transformación del patrimonio inmobiliario en mobiliario y un resurgimiento de la empresa. El Derecho tiene que apoderarse, sin precipitación pero sin demora, de esos hechos, para cribarlos y someterlos a un tratamiento eficaz a fin de evitar, o cuando menos paliar, cuanto implique negociación o menoscabo de Justicia.

Esta situación general de crisis se manifiesta, de una manera aguda y tangible, en la rama sucesoria. Al respecto CONDOMINES⁽¹⁵⁾ describe los supuestos demográficos, antropológicos, sociales o de organización familiar en que el Derecho sucesorio se ha basado, refiriéndose al dominio de la tierra, del

fundo, de la llamada por antonomasia la finca, como bien capital básico en la economía del país⁽¹⁵⁾; y a una organización de poder que, cualquiera que fuere la forma, era en esencia, y sobre todo en su funcionamiento, aristocrática. Pero han surgido principios modernos, como el de igualdad de sexos, de oportunidades, que obliga a no discriminar la actividad que pueda corresponder a cada uno de los miembros de la familia. Ello incide de una manera especialísima en las ideas de sucesión, así el hecho de que el hijo del dueño o patrono pasara a dirigir la fábrica a la muerte de su padre es un precedente histórico, pero no una costumbre engendradora de normas, de reglas de conducta obligatoria⁽¹⁶⁾.

d) Presión fiscal.

El Estado a través del Impuesto de Sucesiones y donaciones, regulado por Ley de 18 de diciembre de 1987 y por Reglamento de 8 de noviembre de 1991, grava las sucesiones *mortis causa*. Hoy día se considera excesivo este impuesto hasta tal punto que los sujetos intentan eludirlo, generalmente, acudiendo a negocios alternativos que les puedan proporcionar un menor recorte fiscal; de tal forma recurren a transmisiones *inter vivos* ya que la presión fiscal puede ser mucho más suave en este supuesto que cuando contempla el impuesto sucesorio⁽¹⁷⁾.

Lo que ocurre en este último caso es que es susceptible de fraude fiscal, debido a que es posible que se quiera dar apariencia de transmisión onerosa a lo que en realidad es transmisión gratuita. Para evitar ésto existen una serie de presunciones legales como en el hecho de que disminuya el patrimonio de una persona y simultáneamente o con posterioridad se incremente el de su cónyuge, descendientes, herederos o legatarios y así conste en los Registros fiscales o en datos que obren en poder de la Administración; o, también se presume en las adquisiciones a título oneroso realizadas por ascendientes que re-

⁽¹⁵⁾ Significativo de este fracaso es el ejemplo que refleja CONDOMINES de "la buena boda", la cual dice, pertenece a un terreno equívoco y fantástico. Opus. cit., p. 703.

⁽¹⁶⁾ Opus. cit., p. 702 y ss.

⁽¹⁷⁾ De la empresa agrícola sólo decir que para poder llevar la adaptación de la vida agrícola a las necesidades y circunstancias de la época, es imprescindible la reforma del derecho sucesorio. De igual manera, la propiedad urbana también ha perdido parte de su significación. Interesante son en este punto los trabajos de GERMANO, A.: *L'impresa agricola nel diritto spagnolo*, Giuffrè Editore, Milano, 1993. ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A.: "El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria", en R.C.D.I., 1947. LUNA SERRANO, A.: "La empresa agraria y el empresario agrícola", en Estudios de honor al profesor Castán, Tomo V, Pamplona, 1968. ROOK BASILE, E.: *Impresa agricola e concorrenza*, Giuffrè Editore, Milano, 1988.

⁽¹⁶⁾ Por lo que no se concibe actualmente que el hijo de un gran economista, que hereda un paquete de acciones, pase sin más a dirigir la empresa; porque nunca se ha visto que el hijo de un general puede suceder directamente a su padre sin que le obligue a seguir sus estudios y ser uno de los tenientes de lo terminan en la Academia. Lo contrario sería injusto y contraproducente. Nos parece muy claro esta contraposición de casos específicos.

⁽¹⁷⁾ Este desigual tratamiento fiscal se concreta de la siguiente manera: de un lado, el I.T.P. contempla unos tipos impositivos fijos para la transmisión de bienes muebles de un 4% y para los inmuebles de un 6%, el I.V.A. unos tipos del 3%, 6% y 15% según los casos; y de otro lado, en el impuesto sucesorio su tipo impositivo varía según la cuantía de lo transmitido, la proximidad familiar con el causante y el patrimonio preexistente del adquirente.

(18) Vid. el art. 4 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y donaciones.

(19) Vid. CONDOMINES, opus. cit. p. 710.

(20) Sobre la posibilidad de pactos sucesorios y sobre el art. 1.271 se ha pronunciado un importante sector de la doctrina. Así, PALAZZO afirma que se trata de encontrar un instrumento negocial que pueda conciliar la exigencia de la transferencia de un bien en vida, con el fin de asegurar la integridad y continuidad de su destino, con la de salvaguardar la libertad de la disposición mortis causa al final de la vida. Las dos se fundamentan y deben de reconducirse a la función más moderna de la autonomía privada sin que la segunda pueda deducirse, en la valoración del Ordenamiento, que es prevalente sobre la primera. Según RIVAS MARTÍNEZ, nuestro Código, fiel a sus antecedentes históricos, sigue como regla general la posición abolicionista contraria a la sucesión contractual. No obstante, existen excepciones en nuestro Código civil (art. 1.056) y en el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores. Esta última pretende facilitar al máximo e incluso imponer la transmisión de la explotación íntegra a un único sucesor, pagando a los restantes sus legítimas o porciones hereditarias testamentarias o "abintestato" en dinero. Vid. al respecto PALAZZO: "Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale", en R.C.D.P., 1983. FOSAR BENLLOCH: "Más sobre el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil y la explotación agrícola. El principio general del derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar", en R.C.D.I., 1971, p. 225 y ss. JORDANO BAREA, J.B.: "Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones", en A.D.C., 1964.

(21) La sentencia de 29 de mayo de 1965 establece las diferencias existentes entre la renta vitalicia y el contrato vitalicio, su primer Considerando reza así: "...el denominado vitalicio que no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los

presentan a descendientes menores de edad, a no ser que se pruebe la previa existencia de bienes o medios suficientes del menor para realizarlas y su aplicación a tal fin (18). Esta presión fiscal, reflejada someramente aquí, es una de las causas principales que alejan al testamento de ser el medio singular de transmisión patrimonial.

Una vez expuestas las causas de la que hemos denominado *crisis del Derecho sucesorio*, creo conveniente recoger posibles soluciones que ante esta situación actual ha elaborado un sector de nuestra doctrina (19):

- Es conveniente regular el derecho sucesorio partiendo de la base de la fácil mutación de los valores y de la inexistencia de una familia troncal, estable y arraigada.

- Asimismo es indispensable contar con las apetencias de una sociedad de consumo que tiende repetidamente a rechazar o hacer ilusorio el ahorro propiamente dicho según el concepto que del mismo se tuvo en épocas todavía cercanas.

- Como secuela de todo ello, resulta inadecuada la prohibición de pactos sobre herencia futura contenida en el artículo 1.271 de nuestro Código civil (20). Por el contrario, la sucesión pactada, ya vigente en derechos regionales, debe alcanzar un amplio desenvolvimiento. Los impuestos que gravan las sucesiones pueden atenuarse en todo lo que se refiere a la familia conyugal, mientras que en las sucesiones a favor de otros parientes o de extraños su progresión se estima pertinente y justa.

- El orden a suceder intestado debe empezar por el cónyuge y limitarse a la línea recta y al segundo grado en la colateral.

- En la sucesión testada es recomendable la fijación de cuotas de legítimas que unifiquen la legislación española, ampliando la libertad de testar y manteniendo la acertada institución de la mejora.

IV. NEGOCIOS INTERVIVOS ALTER- NATIVOS AL TESTA- MENTO

Mientras continúa hoy día esta situación de *crisis*, los particulares en espera de un ajuste en nuestro sistema jurídico de sucesiones, acuden a otras vías civiles y mercantiles que puedan proporcionarles mayores ventajas que el testamento. En efecto, en lugar de este medio de transmisión hereditaria, se puede constatar que en la práctica se recurre frecuentemente a determinados negocios jurídicos *intervivos*: así la renta vitalicia, el denominado contrato vitalicio (21), las donaciones simuladas e indirectas (22), las manuales y ocultas y posiblemente las capitulaciones matrimoniales con cambio de régimen y adjudicación de los inmuebles a uno de los cónyuges sin consecuencias fiscales. Estos negocios tienen eficacia "ante mortem", es decir, antes de la muerte del sujeto, mientras que otros como la donación con reserva de usufructo o con prohibición de disponer para el donatario y los seguros de vida tienen eficacia "post mortem", o lo que es lo mismo, deferida al momento de la muerte del sujeto.

En el campo mercantil, por otra parte, surge la problemática de la transmisión *mortis causa* de la empresa entorno a su continuidad como unidad de producción y a su conservación al no ser objeto de participación hereditaria. *Tres son las cuestiones que afloran: ¿por qué la empresa resiste mal el fenómeno sucesorio?, ¿por qué la muerte del empresario conlleva a menudo la muerte de la empresa? y, por último, ¿qué tipo de sociedad es la más conveniente de cara al futuro? La opinión de VALLET MAS es que "...el futuro de la empresa es algo que por su complejidad debe ser preparado desde largo tiempo atrás. Es algo que huye de las improvisaciones que conducirán de modo casi inexorable a su desaparición".*

Paralelamente, "es aconsejable -dice VALLET DE GOYTISOLO- utilizar

las amplias posibilidades que ofrecen los actos *intervivos*, para sustraer la empresa de los azares de la sucesión hereditaria, y preparar el empresario en vida el paso de la empresa de su generación a la siguiente". Por nuestra parte hemos de añadir que, como regla general, evitaría muchos inconvenientes que el causante hilara en vida su voluntad, y que lo hiciese teniendo en cuenta las terribles consecuencias que una poco sensata preparación supondría tanto para sus hijos como para su empresa. Hoy día parece ser que la sociedad anónima, con sus ventajas e inconvenientes, es una de las vías preferentes para los particulares en algunos casos, como solución a aquella ansiada unidad y conservación de la que hablábamos ⁽²³⁾.

V. CONCLUSIÓN

Independientemente de cómo lo califique nuestra doctrina civilista, el hecho es que el testamento ya no es lo que era, los particulares pierden aquella confianza que le había depositado durante largos años. Y es que hemos de ser conscientes de que todo cambia, todo evoluciona y con ello ha de hacerlo también este medio singular de transmisión *mortis causa*, puesto que, en caso contrario, quedará arrinconado en la práctica y sustituido por otras alternativas más seguras y eficaces. De tal manera ésto es así que se ha llegado a afirmar ⁽²⁴⁾ que "si no podemos controlar el futuro, si es enormemente incierto, dejaremos de preocuparnos por él y nos dedicaremos a las cosas que podemos controlar, a las inmediatas".

arts. 1.802 al 1.808 del C.c. sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad...". Se pueden encontrar interesantes estudios de Notarios españoles sobre la renta vitalicia: así los de D. José Enrique Goma Salcedo, D. Alfonso de Moral y de Luna y D. Manuel Gimerá. Y junto a aquéllos el de ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla", en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al prof. Antonio Polo, Madrid, 1981, p. 1 y ss.

⁽²²⁾ Para determinar la naturaleza de la donación indirecta hemos de estudiar primero la figura de negocio indirecto; la mayor o menor abundancia de éstos —apunta ORTEGA PARDO— "depende en realidad del desacuerdo que un concreto Derecho positivo presente frente a las necesidades del país donde rige; a mayor inadaptación corresponde, sin duda, más frecuentemente el empleo del negocio indirecto", en su artículo "Donaciones indirectas", en A.D.C., 1949, T. II, p. 924.

⁽²³⁾ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Constitución testamentaria de Sociedad Anónima entre los descendientes del causante en el Derecho común español", en A.A.M.N., XXX, p. 563 y ss. VALLET MAS, L.M., "El empresario creado y el futuro de su empresa", en A.A.M.N., XXIV, p. 193 y ss. Resumimos aquí las ventajas e inconvenientes que ambos juristas ofrecen de la constitución de una sociedad anónima: en cuanto aquéllas está el hecho de que se sustrae la empresa de los azares de la sucesión hereditaria, la posibilidad de que la empresa quede en la familia mediante el derecho de adquisición preferente y el que la dirección la ejerza el descendiente que se considera más apto. Algunos de sus inconvenientes sería la posible aparición de plusvalías tributables como consecuencia de la aportación a la sociedad, que recaerían en vida del empresario, lo que puede resultarle disuasorio junto con problemas arrendaticios si la empresa se desarrolla en local arrendado y, finalmente, junto a la dificultad de asegurar al continuador designado el control de la participaciones sociales dominantes.

⁽²⁴⁾ Vid. HUEBNER, S. y KENNETH BLACK, Jr., en *El seguro de vida*, Madrid, 1976.