

Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona (Coord.)

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya



Materials de les Quinzenes
Jornades de Dret català a Tossa

25 i 26 de setembre de 2008

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya
(Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

EL NOU DRET SUCCESSORI DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

**MATERIALS DE LES QUINZENES JORNADES
DE DRET CATALÀ A TOSSA**

25 i 26 de setembre de 2008

**ÀREA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE GIRONA
(Coord.)**

 **Documenta
Universitaria**
www.documentauniversitaria.com

Girona 2009

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya: Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa / Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (coord.). -- Girona : Documenta Universitaria, 2009. -- 616p. ; 23,5cm
ISBN 978-84-92707-09-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil II. Jornades de dret català (15es : 2008 : Tossa de Mar)
1. Herències i successions (Dret català) -- Congressos

CIP 347.65(467.1)(063) NOU

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-92707-09-6

Imprès a Catalunya

Girona, agost de 2009

Les Quinzenes Jornades han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Diputació de Girona

ÍNDIX

PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DEL DRET DE SUCCESSIONS

- Tradicció heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya 15
Josep Ferrer i Riba
- ¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código civil? (Un ejercicio de prospectiva) 33
Jesús Delgado Echeverría
- Llei aplicable a la successió: fenòmens migratoris i llei personal del causant 49
Emilio González Bou

SEGONA PONÈNCIA SUCCESSIONS TESTAMENTÀRIA

- El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña 77
José Miguel Mezquita García-Granero
- La marmessoria 113
Josep-Delfí Guàrdia i Canela
- La ineficàcia dels actes i disposicions d'última voluntat 129
Joan Marsal Guillaumet

TERCERA PONÈNCIA LA SUCCESSIONS CONTRACTUAL

- La successió contractual en el nou llibre IV del Codi civil de Catalunya 151
Ramon Pratdesaba i Ricart
- La successió en l'empresa familiar 181
Fernando Cerdà Albero

QUARTA PONÈNCIA
LA SUCCESSION INTESADA I LES ATRIBUCIONS LEGALS

- La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña
(principios-innovaciones) 209
M^a del Carmen Gete-Alonso Calera
- Relacions familiars i atribucions successòries legals.
Llegítima i quarta vidual al llibre IV del Codi civil de Catalunya..... 263
Albert Lamarca i Marquès

CINQUENA PONÈNCIA
ADQUISICIÓ DE L'HERENCIA

- L'acceptació i la repudiació. El règim d'adquisició de l'herència..... 309
Anna Casanovas Mussons
- Comunidad hereditaria y partición 325
José Luis Valle Muñoz

COMUNICACIONES

COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONÈNCIA

- La Influencia del Derecho Sucesorio Catalán en la Revisión
Puertorriqueña 375
Gerardo J. Bosques Hernández

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONÈNCIA

- Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa
familiar desde la perspectiva del Derecho interregional..... 403
Beatriz Añoveros Terradas
- La sucesión contractual en la Compilación de Derecho Civil
de las Illes Balears. Factores determinantes de su renacimiento:
*la ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto
sobre sucesiones y donaciones; y los Protocolos Familiares* 421
María Pilar Ferrer Vanrell

Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad 465

M^a Paz García Rubio, Margarita Herrero Oviedo

Algunas reflexiones sobre la causa en los pactos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya..... 485

Núria Ginés Castellet

Pactos sucesorios y empresa ¿familiar? 499

Belén Trigo García

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

La sucesión forzosa en el Libro Cuarto: Incertidumbres en torno a su fundamento 515

Rebeca Carpi Martín

El ejercicio del derecho de legítima en la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña 529

Neus Cortada

COMUNICACIONS A LA CINQUENA PONÈNCIA

L'acció de petició d'herència en el Llibre IV CCCat..... 547

Lídia Arnau Raventós

La regulación del heredero distribuidor en la compilación de derecho civil balear de 1990..... 561

Francesca Llodrà Grimalt

La col·lació al Llibre quart del Codi civil de Catalunya (Breus notes i aproximació crítica als articles 464-17 a 464-20)..... 601

Isabel Viola Demestre

PRIMERA PONÈNCIA
LA CODIFICACIÓ DEL DRET DE SUCCESSIONS

TRADICIÓ HERETADA I INNOVACIÓ EN EL NOU LLIBRE QUART DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

JOSEP FERRER I RIBA
PROFESSOR TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ: LA REFORMA DEL DRET SUCCESSORI CATALÀ. 1. Els treballs preparatoris i l'aprovació de la Llei. 2. Objectius de la reforma. 3. Tècnica legislativa i sistemàtica de la Llei. II. ELS PRINCIPIS I LES INSTITUCIONS CONSERVATS. 1. Principis successoris. 2. Llibertat de testar i atribucions determinades per la Llei. 3. El fideïcomís de transmissió intergeneracional. 4. Iter successori i adquisició de l'herència. III. LADEQUACIÓ DE NORMES I INSTITUCIONS ALS CANVIS SOCIALS. 1. Renovació del règim jurídic dels pactes successoris. 2. Equiparació del matrimoni i de les unions estables de parella. 3. Protecció del matrimoni i de la relació de parella. 4. Tractament igualitari dels fills per naturalesa i adoptius. 5. Noves sensibilitats socials i secularització de la societat.

I. INTRODUCCIÓ: LA REFORMA DEL DRET SUCCESSORI CATALÀ

La Llei 10/2008, del 10 de juliol, va aprovar el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, seguint les previsions d'elaboració progressiva del codi fixades per la seva primera llei, la Llei 29/2002, de 30 de desembre. A diferència del que establia la llei de 2002, la integració del dret de successions en el Codi s'ha fet per mitjà de l'aprovació d'un text articulat complet —que integra tot el contingut del llibre quart— i no per mitjà d'una llei modificativa i d'una refosa posterior.

1. Els treballs preparatoris i l'aprovació de la Llei

Els treballs preparatoris del nou llibre es van iniciar l'any 2000, amb la constitució de la Secció de Successions de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (ODPC), que va formular una primera proposta de modificació del Codi de successions de 1991. En una segona fase, el 2005, es va prendre la decisió d'elaborar un text complet de llibre quart, i es va nomenar un grup de treball de dret de successions al si de la Comissió de Codificació de l'ODPC per redactar-lo. Lesborrany d'Avantprojecte redactat per aquest grup de treball, amb l'addició d'aportacions provinents de membres del Ple de la Comissió de Codificació i d'altres experts i sectors

professionals implicats, va esdevenir finalment Projecte de Llei (juny de 2006). La tramitació d'aquest primer projecte va decaure pel finiment de la legislatura, però el nou Govern va tornar a presentar el mateix text com a projecte, sense modificacions, uns mesos després (febrer de 2007). Després d'iniciar aquest segon projecte el seu tràmit parlamentari, es va palesar la conveniència de fer-ne una revisió global profunda a fi d'assolir el consens parlamentari. Amb aquesta finalitat, l'ODPC va constituir un nou grup de treball que va incloure juristes del mateix Observatori i d'altres designats a proposta dels grups parlamentaris (juliol de 2007). Aquest segon grup de treball va presentar una versió integral esmenada del Projecte de llibre quart, que tots els grups parlamentaris van assumir com a esmena conjunta de modificació al projecte. L'informe de la ponència constituïda al si de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana en va recomanar l'adopció, amb lleus esmenes addicionals. El text, abans de passar al dictamen de la Comissió, va ser objecte de correccions lingüístiques i de tècnica legislativa. El Ple de la cambra, finalment, el va aprovar per unanimitat en la seva sessió del 18 de juny de 2008.

2. Objectius de la reforma

Els objectius d'aquesta reforma legal es van anar modulant al llarg de l'elaboració dels treballs preliminars i de la tramitació parlamentària del projecte, tal com posen en relleu els diferents documents produïts. La reforma es va bastir a partir del reconeixement de «l'alta qualitat tècnica del Codi de successions i de la seva utilitat contrastada en la pràctica» (Preàmbul de la Llei). A partir d'aquesta constatació, amb la nova llei es pretenia: (i) actualitzar el dret successori, superant institucions anacròniques que havien perviscut en el Codi de successions de 1991; (ii) integrar harmònicament les normes noves i les heretades en un Codi civil general, aplicant la tècnica legislativa actual; (iii) mantenir la recognoscibilitat textual de les normes provinents del Codi de successions (i de la Compilació) que havien de quedar vigents.

En la fase final dels treballs d'esmena al projecte es va pretendre també, a més dels objectius anteriors —ja ben assolits en el projecte—, la millora tècnica i sistemàtica del text, la modernització de la seva redacció i la cerca del consens polític. Tot i la llarga durada dels treballs preliminars, s'ha de remarcar l'absència, al llarg de tot el procés de redacció dels esborranys, de treballs de dret comparat, estadístiques o altres treballs empírics sobre les pràctiques successòries a Catalunya, estudis de dades sociològiques rellevants o enquestes prèvies a les institucions i col·lectius més directament afectats per la reforma. Això és particularment censurable, tenint en compte que els treballs previs van ser dirigits per l'ODPC, òrgan constituït precisament amb

la voluntat de racionalitzar i proveir de suport científic i tècnic de nivell la preparació dels textos legislatius en matèries de dret civil català.

3. Tècnica legislativa i sistemàtica de la Llei

La incorporació del dret de successions a un llibre del Codi civil ha implicat haver de recontextualitzar les seves normes i subjectar-les a les directrius de la primera llei i de la tècnica legislativa actual. Això ha comportat l'aplicació del sistema de numeració establert en l'article 5 de la Llei 29/2002, l'anteposició de rúbrica a cada article i la divisió dels articles en apartats numerats, cadascun dels quals conté una o diverses regles jurídiques autocontingudes.

L'adaptació al Codi ha comportat també que el dret de successions s'hagi concordat, per mitjà de remissions, amb els llibres primer i cinquè. S'han fet remissions a les normes del llibre cinquè en matèria de liquidació de situacions possessòries (art. 412-8); de prestació de garanties reals (art. 426-21); d'administració i divisió de béns tinguts en comunitat (art. 411-9, 426-27, 463-3, 463-4, 464-8), i de drets d'adquisició preferent (art. 463-6). El llibre de successions també ha estat harmonitzat amb el llibre primer pel que fa als terminis de prescripció i de caducitat i a la manera de computar-los. Quant als terminis, el llibre de successions s'ha adequat al sistema decenal/triennal introduït en el llibre primer (art. 121-20 i 121-21), com es pot comprovar en la regulació de la prescripció de la pretensió de reclamació de la llegítima o el suplement, que passa a ser de deu anys (art. 451-27), i de la quarta vidual, que passa a tres (art. 452-6). Quant a la manera de computar els terminis, el llibre quart s'ha adherit al sistema de còmput subjectiu basat en el coneixement o la possibilitat raonable de coneixement de les circumstàncies que fonamenten la pretensió, en l'existència de causes de suspensió de la prescripció o caducitat i en la previsió d'una norma de preclusió que serveix per tancar el sistema (art. 121-23 i 122-5). Això es pot veure, per exemple, en l'article 451-27 abans esmentat, que estableix la possibilitat de suspendre la prescripció de l'acció de reclamació de llegítima i l'operativitat del termini trentenari de preclusió.

El llibre quart ha modificat també la sistemàtica del Codi de successions i ha recuperat, amb nombroses excepcions, l'ordre expositiu del dret successori del Projecte de Compilació de 1955. El llibre s'inicia amb un títol breu de disposicions generals i a continuació presenta les tres modalitats de successió associades als tres títols de successió universal: la successió testada, la successió contractual —incloent-hi, només per una certa proximitat temàtica, les donacions per causa de mort— i la successió intestada. A diferència del Codi de successions, la successió testada passa al davant de la contractual, amb l'argument, explicitat en el preàmbul de

la llei, de la major freqüència estadística de la primera i la seva centralitat —dogmàtica, i també empírica— en el dret successori. A continuació se situen les «altres atribucions successòries determinades per la llei», és a dir, la llegítima i la quarta vidual, atribucions que hom s'ha representat sempre mentalment com a limitacions a la llibertat de disposar per causa de mort, encara que ocasionalment puguin ser operatives també en la successió intestada. El darrer títol té per objecte l'adquisició de l'herència. L'opció d'agrupar en un títol les normes sobre acceptació i repudiació, dret d'acréixer, comunitat hereditària, partició, col·lació i protecció del dret hereditari té virtuts expositives evidents i només l'inconvenient que trenca una sistemàtica a la qual estaven avesats els operadors jurídics. Un cop superat el període d'adaptació a la nova sistemàtica, el resultat final s'hauria de percebre com a notòriament avantatjós.

A banda de la reordenació general dels títols, el llibre quart també ha modificat la sistemàtica interna d'algunes institucions. Les normes sobre inhabilitat successòria, tradicionalment situades en el dret testamentari com a prohibicions de disposar (art. 147 CS), han passat ara al capítol de la capacitat successòria, com a normes d'inhabilitat per succeir (art. 412-5). Les disposicions modals, emmarcades en el Codi de successions dins de les modalitats en la designació dels successors (art. 161 a 166), passen ara a tractar-se com un tipus de disposició testamentària més, a continuació dels llegats (art. 428-1 a 6). Les deixes de béns per a sufragis o als pobres, en canvi, si recauen sobre l'herència passen a la marmessoria (art. 429-11), ja que en aquest cas no impliquen un gravamen a un afavorit sinó un encàrrec successori. Si la deixa, en canvi, només recau sobre una part dels béns, la seva configuració queda subjecta a interpretació, però normalment es tractarà d'un gravamen al qual serà aplicable la regulació del mode successori (art. 428-3). La intervenció legislativa més intensa, des del punt de vista sistemàtic, s'ha fet en seu de fideïcomisos. Tot i mantenir-ne l'articulació institucional, el llibre quart ha esporgat la matèria, eliminant un nombre substancial de normes interpretatives, i ha reordenat les disposicions subsistents d'acord amb criteris més racionals i entenedors que els aplicats en el dret anterior.

II. ELS PRINCIPIS I LES INSTITUCIONS CONSERVATS

Malgrat les abundants novetats, el llibre quart preserva els fonaments i l'arquitectura institucional del dret successori català, sobretot pel que fa a la llibertat de testar o de pactar la successió i a la posició que mereixen els interessos familiars en el procés successori. La llibertat de disposar per a després de la mort no sols es respecta, sinó que es reforça substancialment, sobretot arran de l'ampliació del poder de pactar la successió per via

contractual. Aquesta decisió s'ha de llegir també en clau familiar: s'ha pres, precisament, per dotar de relleu jurídic interessos familiars —no solament de la família nuclear, sinó també d'un cercle familiar més ampli— que no podien tenir efectivitat en el marc estret dels heretaments capitulars. Dins d'aquesta tònica lloable de continuïtat i reforçament dels pilars bàsics del dret successori, resulta qüestionable, com exposem a continuació, el manteniment acrític de certs principis ordenadors de la successió heretats del dret romà, que no serveixen cap finalitat rellevant en la dinàmica de la successió per causa de mort en la societat catalana actual.

1. Principis successoris

El llibre quart ha mantingut incòlumes els principis successoris que Joan Martí Miralles va definir, fa més de vuitanta anys, com a principis informadors de la successió en el dret de Catalunya en contraposició amb la successió castellana regulada en el Codi civil espanyol. El nou llibre, en efecte, ha conservat la necessitat d'institució d'hereu en el testament, amb les seves excepcions (art. 422-1.3 i 423-1); la universalitat de la successió de l'hereu (art. 411-1, 423-2, 462-1); la incompatibilitat entre els títols de successió universal (art. 411-3.2, 423-3); el principi de perdurabilitat o perpetuïtat del títol d'hereu vàlidament acceptat (art. 423-12), i la indivisibilitat de l'acceptació i la repudiació de l'herència (art. 461-2.1).

La conservació dels principis successoris convida a reflexionar de nou sobre la comprensió del dret com a producte històric i cultural i els límits que hauria de tenir aquesta concepció. El dret català ha optat per preservar uns principis que —en part— l'han singularitzat històricament, però ho ha fet, en algun cas, a costa de la racionalitat de les conseqüències que se'n deriven i fins i tot de la coherència interna del sistema que els principis haurien d'haver preservat. Això fa dubtar de l'oportunitat del manteniment d'algun d'ells amb l'abast i conseqüències que la llei estableix.

– **Institució d'hereu com a requisit essencial del testament.** A Catalunya, com és sabut, el testament ha de contenir necessàriament institució d'hereu i és nul si no en té (art. 423-1.1 i 422-1.3). Això no impedeix, però, que aquell produeixi efectes en virtut de la seva conversió *ope legis* en codicil (art. 422-6.1). L'efecte legal de conversió evidencia la futilitat de la sanció legal de nul·litat. Ara, en el llibre quart, la necessitat d'institució d'hereu com a requisit de validesa del testament queda en dubte, a més, per l'admissió del testament merament revocatori (art. 422-9.5) i del testament que es limita a excloure de la successió persones cridades a la intestada (art. 423-10.1). El testament merament revocatori no conté institució d'hereu i, tanmateix, és vàlid com a tal i produeix l'efecte de revocació volgut pel testador, sense que calgui fer-hi cap referència als successors intestats que

es pugui considerar una institució tàcita o implícita d'aquests. És la llei qui els crida, d'acord amb les normes de la successió intestada; no el testador. De la mateixa manera, el testament que es limita a excloure alguns cridats a la intestada és també vàlid i deixa pas a la crida dels hereus intestats no exclosos, d'acord amb les normes reguladores d'aquesta modalitat de successió. En aquest cas, el TSJC (STSJC 23.4.1998) va considerar que quedaven cridats els hereus intestats no exclosos pel causant, però com a hereus testamentaris individualitzats *per relationem*. Aquesta interpretació no deixa de ser una ficció, perquè el causant pot no haver-se representat positivament en la seva declaració la crida dels hereus a qui haurà de ser deferida l'herència seguint l'ordre de la intestada. En el cas resolt per la Sentència esmentada, precisament, el TSJC va considerar la Generalitat de Catalunya hereva testamentària d'un causant que havia exclòs de la seva successió els seus germans i altres familiars; molt probablement aquesta conseqüència —legalment encertada— no va ser prevista ni era volguda pel causant (que havia designat també uns marmessors), i no podia considerar-se un efecte negocial d'una declaració testamentària de contingut negatiu. L'argumentació de la jurisprudència i de la doctrina, en aquests casos, és artificiosa: pretén salvar l'eficàcia de certes declaracions testamentàries (la merament revocàtoria d'un testament anterior; la d'exclusió de certs familiars de la successió) adduint que s'ha fet una crida tàcita als hereus intestats.

Aquesta crítica al principi de l'article 423-1.1 no qüestiona la bondat de la institució hereditària ni el fet que el dret català pretengui assegurar la presència d'un successor a títol universal en la successió, que quedi cridat *in universum ius* i assumeixi les funcions d'execució de les disposicions legals i testamentàries i de liquidació del passiu hereditari. Aquest és un sistema successori perfectament arrelat a Catalunya, del qual en cap moment ningú no ha proposat apartar-se, tenint en compte, a més, que l'ordenament habilita una alternativa —la marmessoria universal— per als casos en què el causant vol destinar l'herència a alguna finalitat o té algun altre propòsit que impliqui la liquidació del cabal relict i no la successió personal en les titularitats (art. 423-1.3). L'únic que és qüestionable és que l'omissió de la institució hereditària sigui sancionada amb una nul·litat del testament que no es confirma després en casos concrets i que en general no n'impedeix l'eficàcia per una via obliqua. De la mateixa manera, tampoc no sembla adient sostenir que un testament, originàriament vàlid, pugui «esdevenir ineficax» per manca d'institució hereditària (art. 422-6). No s'han d'equiparar les conseqüències de l'omissió de l'hereu amb les de la frustració, per qualsevol causa, de la crida hereditària: si s'ha fet designació d'hereu testamentari, el testament conté institució d'hereu i consegüentment és vàlid com a tal i produeix els seus efectes, encara que

la premoriència de l'hereu cridat, la seva repudiació o alguna altra causa facin necessari deferir l'herència als hereus abintestat.

– **Incompatibilitat de títols universals.** El Codi ha mantingut el principi *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, ampliat a Catalunya també a l'heretament (art. 411-3.2). La incompatibilitat de títols universals de diferent origen, abandonada no sols en el dret castellà sinó en general en el dret comparat de tots els països culturalment propers, retorça innecessàriament la voluntat del causant, sense cap guany tangible que compensi aquesta distorsió. La Llei de successió intestada de la Generalitat republicana, de 7 de juliol de 1936, va eliminar el principi (art. 2 i 4), però aquesta innovació no va perdurar. És molt comprensible que no la reintroduís la Compilació de 1960, que era un text imperatívement conservador, però va ser ja molt més qüestionable —i així ho va entendre part de la doctrina— que no ho fessin la Llei de successió intestada de 1987 i el Codi de successions de 1991. El llibre quart tampoc no ha volgut canviar-ho. L'aplicació més coneguda d'aquest principi determina que les quotes dels hereus que han acceptat l'herència s'incrementin amb les quotes o porcions hereditàries vacants o no disposades pel testador, encara que el dret d'acréixer no sigui procedent per manca de crida conjunta o el causant hagi prohibit l'increment. Aquest efecte era conegut en el CS com a increment forçós (art. 41) i ara, en el llibre quart, s'insereix en el marc d'un dret d'acréixer més ampli, que no requereix crida conjunta i que opera malgrat la prohibició del testador (art. 462-1). En aquest darrer cas, no hi ha cap bona raó que justifiqui sacrificar la voluntat del testador a fi de no obrir la intestada.

Tradicionalment, també s'han associat al deure de respectar el principi *nemo pro parte* alguns punts de la regulació de l'hereu en cosa certa i de l'hereu en usdefruit, ara contingudes en els articles 423-3 i 423-5. Als hereus en cosa certa, si són hereus únics o concorren amb altres que també ho són en cosa certa, la llei els dona el caràcter d'hereus universals per parts iguals, si són més d'un. Aquesta conclusió es pot correspondre a vegades amb la voluntat tàcita o presumpta del causant, però la llei no la fa dependre de la voluntat del causant, perquè pretén que no s'obri la intestada en cap cas. Una solució més matisada, que deixés marge d'interpretació de la voluntat testamentària, semblaria també més adequada. Val a dir, a més, que això ni tan sols exigiria la supressió del principi d'incompatibilitat, atesa la conversió legal d'aquest testament desproveït d'hereus en codicil. En el cas de l'hereu en usdefruit, la solució legal varia en funció de si concorre amb un hereu universal, si concorre amb un hereu instituït per a després de la seva mort, si no concorre amb ningú o si concorre amb un instituït que no arriba a ser-ho. Fora del primer cas —en el qual l'instituït en usdefruit és

considerat legatari—, la llei atribueix a l'usufructuari la condició d'hereu fiduciari, gravat de restitució a favor de l'hereu cridat per a després de la seva mort o, si no n'hi havia, a favor dels qui serien hereus intestats del testador en el moment d'extingir-se l'usdefruit (apartats 2 i 3 de l'article 423-5). La qualificació legal de l'usufructuari com a fiduciari és plausible quan hi ha un hereu posterior, si aquest no és la persona a qui es deferiria la successió intestada: té molt poc sentit obrir la intestada per instituir un hereu en la nua propietat i en el passiu hereditari, gravant-lo de restitució a favor d'una altra persona tan bon punt s'extingeixi l'usdefruit. En canvi, si a l'hereu posterior li correspondria la delació de l'herència per les regles de l'abintestat o també quan no hi ha cap hereu posterior, la decisió legal de convertir l'usufructuari en fiduciari és dubtosa i podria perfectament ponderar-se, com a solució alternativa més pròxima a la voluntat del causant, l'oportunitat d'obrir la intestada relegant l'usufructuari a la condició de tal. En aquests dos últims casos, la resposta de la llei sembla més adreçada a no obrir la intestada sota cap concepte que no pas a atendre el sentit de la voluntat testamentària. Com he indicat abans, l'obertura de la intestada es podria fer fins i tot sense violentar els principis successoris que suposadament la preclouen, ja que la qualificació de l'usdefruit com a llegat determinaria l'aplicació de la regla que converteix el testament sense institució hereditària en codicil.

– **Perdurabilitat del títol d'hereu.** En virtut del principi *semel heres semper heres*, no es poden aposar a la institució d'hereu terminis suspensius ni terminis o condicions resolutoris (art. 423-12.1). És ben sabut, però, que aquest obstacle —en el cas de les clàusules resolutòries— pot ser superat per mitjà de l'atorgament d'un fideïcomís condicional, que subordini l'eficàcia de la substitució fideïcomissària al venciment del termini o al compliment de l'esdeveniment que hom volia posar com a condició resolutòria a l'hereu. Aquesta constatació converteix l'esmentat principi en un *flatus vocis* i, des de la perspectiva pràctica, en una barrera per a l'assoliment directe de certs propòsits que l'ordenament permet aconseguir per mitjà de tècniques més rebuscades. La barrera, tanmateix, pot esdevenir un parany per a professionals del dret poc avesats al dret català, perquè si el causant es limita a aposar un termini o una condició resolutoris a la institució hereditària sense recórrer al fideïcomís, el termini o la condició es tenen taxativament per no formulats i el propòsit pràctic, per tant, queda frustrat (art. 423-12.1). El Projecte de llei del llibre quart establia que, quan el causant s'hagués limitat a instituir hereu sota condició resolutòria, s'entengués «que el testador ha volgut ordenar una substitució fideïcomissària condicional a favor dels qui resultarien ésser els seus hereus intestats en el moment de complir-se la condició» (art. 423-14.3). Aquesta benintencionada norma no va passar al text finalment aprovat, amb bona

raó, perquè contradeia flagrantment el principi consagrat en l'apartat 1 del mateix article, segons el qual la condició resolutòria es tindria per no formulada. El llibre quart, però, en lloc d'eliminar també el principi i retre's a l'evidència que es tracta d'un mer destorb, l'ha reafirmat.

L'aplicació del principi *semel heres* ha condicionat tradicionalment el tractament legal de la institució d'hereu amb caràcter vitalici, que el llibre quart ha mantingut com en el dret anterior (art. 423-4). La llei dóna a l'hereu vitalici el caràcter d'hereu fiduciari si per a després de la seva mort hi ha instituït un altre hereu. Aquesta solució és conforme a la voluntat típica del causant que fa una disposició d'aquest tipus, completada racionalment amb tot l'instrumental normatiu del fideïcomís. Molt més opinable, en canvi, és la resposta legal al cas en què no hi ha instituït hereu posterior: en aquest supòsit, l'hereu vitalici esdevé hereu universal, pur i lliure. Aquesta conclusió ignora la restricció temporal posada pel causant, i ho fa probablement per no contradir els principis legals de perdurabilitat del títol d'hereu —perdurabilitat que queda estroncada pel caràcter vitalici de la institució— i d'incompatibilitat entre la successió universal testada i intestada. Tanmateix, no es veu per què en aquest cas —mantenint el respecte als principis successoris— la llei no ha entès ordenat un fideïcomís per a després de la mort de l'hereu vitalici a favor dels qui serien hereus abintestat del testador en aquell moment, tal com ha fet en el cas abans esmentat d'institució d'hereu en l'usdefruit (art. 423-5.3). L'analogia entre les posicions de l'hereu vitalici i l'usufructuari —ambdós tractats per la llei com a fiduciaris— bé justificava igualar les conseqüències d'ambdós supòsits quan el causant no ha instituït hereu posterior o l'instituït no ha arribat a ser-ho. Fa l'efecte que la llei ha estat en el cas de l'hereu vitalici més rígida en l'observança dels principis successoris que en el cas de l'hereu en l'usdefruit, tot i que en aquest darrer cas, com hem dit abans, la solució fideïcomissària també és qüestionable.

Si partim de la preeminència que mereix la llibertat de disposar per causa de mort i entenem que aquesta llibertat només mereix ser constrenyida per principis d'ordre públic econòmic o per interessos familiars que la llei consideri dignes de protecció superior, caldrà concloure que l'aplicació dels tres principis successoris esmentats —i particularment els dos darrers— genera conseqüències no sempre oportunes i seria desitjable la seva eliminació. Tanmateix, el seu impacte en el funcionament real del sistema successori és molt limitat, perquè la praxi notarial, amb l'ajut de l'instrumentari tècnic del codi, pot salvar fàcilment els esculls que els principis plantegen. El legislador ha ponderat de segur el caràcter marginal d'aquest impacte en adoptar la decisió de conservar, per raons identitàries, aquests principis seculars diferencials.

2. Llibertat de testar i atribucions determinades per la llei

La Llei de 2008 ha conservat també, amb algunes novetats rellevants, el principi vertaderament vertebrador del sistema successori català, que és el de llibertat de testar i llegítima curta. Amb el manteniment del sistema legitimari vigent, la llei clou provisionalment, en sentit negatiu, el debat sobre la supressió de la llegítima o la seva conversió en un dret alimentari. D'altra banda, la llei reforma substancialment la quarta vidual i suprimeix la reserva. En seu de llegítima, són remarcables, entre d'altres, dues modificacions:

– Limitació de la computació de donacions a les efectuades en els deu anys anteriors a la mort del causant (art. 451-5.b). El precepte limita la integració en el *donatum* a les donacions fetes en els deu anys precedents a la mort del causant, llevat que es tracti de donacions imputables a llegítima, cas en el qual es computen sense límit temporal. La norma, inspirada en el dret alemany, estalvia costos de càlcul i genera seguretat jurídica, perquè la prova de les donacions antigues i la seva valoració actualitzada poden ser dificultoses. Lògicament el precepte eixampla també la llibertat de disposar a títol lucratiu, sempre que s'exerceixi amb l'anticipació deguda. En aquest sentit, és previsible que la reducció del cercle de les donacions computables incentivi la planificació successòria, sempre que el causant tingui interès a minimitzar la càrrega legitimària dels seus hereus (per exemple, per mitjà de l'atorgament de donacions amb clàusula de reversió).

– Imputació de donacions fetes per proporcionar independència personal i econòmica als fills (art. 451-8.2 a). El precepte canvia la regla precedent, segons la qual només s'imputaven les donacions matrimonials, les de quantitats assenyalades en capítols matrimonials, les donacions per causa de mort i les atorgades com a imputables a la llegítima (art. 359 CS). El nou criteri d'imputació s'adequa a la pràctica social majoritària a les famílies de contribuir a facilitar la independència econòmica dels fills a mesura que sigui necessari i de fer-ho igualitàriament, llevat que hi hagi raons específiques que ho excloguin. A banda de respondre a aquesta constatació sociològica, les donacions per adquirir un primer habitatge o emprendre una activitat professional tenen analogia, salvat el decalatge històric, amb altres tipus de donacions tradicionalment imputables (dot, aixovar, donacions matrimonials). La nova disposició és, com la precedent, una regla per defecte, que pretén respondre a la voluntat típica de la majoria de progenitors, i només imposa a aquells que vulguin evitar-la la càrrega de fer una manifestació contrària, que es pot fer en l'acte de donació o en qualsevol moment posterior (art. 451-8.5). La norma produeix també l'efecte d'eixamplar indirectament la llibertat dispositiva del causant: si aquest va fer donacions als fills per facilitar-ne la independència personal

o econòmica, trobarà en molts casos en el moment de testar que ja té les lligítimes pagades. La redacció de la norma, tanmateix, plantejarà dificultats interpretatives i requerirà la fixació de criteris jurisprudencials. Si bé la nova regla sobre computació simplifica el càlcul de la lligítima, la d'imputació el complica i, juntament amb la nova causa de desheretament regulada en l'article 451-17.2.e, pot incrementar substancialment la litigiositat per raó de reclamacions legítimes.

3. El fideïcomís de transmissió intergeneracional

Una altra decisió conservadora del legislador català ha estat la preservació del fideïcomís familiar tradicional. El fideïcomís català ha estat històricament un instrument de transmissió intergeneracional de patrimonis familiars, lligat a una societat i a un sistema econòmic (pairalisme i economia centrada en l'explotació agrària) avui desapareguts. La Llei 10/2008, continuant l'obra empresa el 1991, n'ha actualitzat el règim jurídic: (i) l'ha simplificat, esporgant normes anacròniques i suprimint disposicions merament interpretatives, que passen al cabal de la tradició jurídica catalana; (ii) n'ha aclarit alguns preceptes, com ara el que estableix el límit de les crides (art. 426-10) i n'ha millorat la sistemàtica interna; (iii) ha potenciat l'autonomia de gestió del fiduciari, atès que pot decidir lliurement la destinació dels diners i els actius mobiliaris si presta fiança suficient per a la restitució del *tantundem* (art. 426-22.2 i 426-44.3). Al costat d'aquestes modificacions, destaca la subsistència —polèmica— de la quarta trebel·liànica que té dret a retenir o reclamar el fiduciari, ara també anomenada *quota lliure* (art. 426-31). Un cop presa l'opció de mantenir el fideïcomís familiar tradicional, el manteniment de la trebel·liànica —com a regla per defecte, tal com ha estat sempre— sembla una decisió encertada. A banda d'incentivar l'acceptació del fiduciari, el dret a retenir una quarta lliure del fideïcomís mitiga les conseqüències negatives de la immobilització del patrimoni fideïcomès, atès que el fiduciari disposa de facultats per alienar o gravar béns de l'herència a compte de la detracció de la quarta (art. 426-38).

Tanmateix, el legislador no sembla haver ponderat prou la possibilitat de substituir el fideïcomís tradicional —o millor, d'addicionar-lo— amb la regulació d'un fideïcomís d'administració o *trust* successori. En el dret català, el fiduciari és un propietari gravat, amb dret a l'ús i la fruïció dels béns i amb expectativa d'esdevenir propietari pur i lliure si no es compleix la condició o no resten fideïcomissaris amb dret al fideïcomís (cf. art. 426-12). El codi esmenta certament la possibilitat que el causant designi com a fiduciari una persona jurídica, possibilitat que ometia el dret anterior, però el fideïcomís està subjecte en aquest cas a un termini màxim de durada, ja que no pot excedir els trenta anys (art. 426-10.4). Aquesta restricció temporal

contrasta poderosament —i inexplicablement— amb la durada màxima que el codi civil català posa a l'usdefruit constituït a favor d'una persona jurídica, que és de noranta-nou anys (art. 561-3.4). A banda de la limitació de durada, en aquest fideïcomís el causant ha d'assumir els riscos i els costos de configuració normativa d'un estatut alternatiu al del fiduciari tradicional: en un fideïcomís d'administració, cal preveure regles de remuneració, en lloc d'apropiació de fruits, regles de rendició de comptes i altres mecanismes de control i regles sobre la destinació dels excedents, entre d'altres. Com a alternativa al fideïcomís d'administració, en el nou dret successori català el causant pot recórrer eficaçment a la marmessoria. També haurà d'assumir els costos de configuració de l'encàrrec d'administració, però la durada d'aquest és substancialment més llarga que la que possibilita el fideïcomís de persona jurídica, perquè es pot determinar per referència als beneficiaris: la nova i important regla de l'article 429-13.4 limita el termini de compliment de l'encàrrec objecte d'una marmessoria als trenta anys, però es pot fixar també en relació amb la vida de determinades persones, cas en el qual «no pot excedir els límits dels fideïcomisos». Això permet formular encàrrecs professionals d'administració de béns en interès de dues generacions successives de membres d'una família, entenent com a primera la dels fills o nebots del fideïcomitent.

4. *Iter* successori i adquisició de l'herència

El llibre quart també manté, a banda d'algunes innovacions de caire tècnic, les regles que tracen l'*iter* que va de l'obertura de la successió a l'adquisició dels béns pels hereus o legataris i les que determinen com se succeeix en les obligacions (art. 463-1) i com es respon del seu compliment (art. 461-18 i seg.).

La llei conserva el sistema de delació i d'acceptació i repudiació de l'herència (art. 461-1 i seg.) i dels llegats (art. 427-14 i seg.). S'elimina la regla que ajornava la delació al substitut vulgar al moment en què es frustrés la crida preferent (art. 4 II CS) i, per si podien quedar dubtes sobre les implicacions d'aquesta decisió, s'estableix expressament que el substitut vulgar transmet el seu dret als seus successors encara que mori abans que es frustri la crida al substituït (art. 425-4). Això no vol dir, naturalment, que el substitut pugui acceptar (o repudiar) l'herència abans d'aquesta frustració: la delació que la llei entén produïda en el moment de la mort del causant és una delació eventual, subordinada a la frustració de la delació preferent. Es referma també la prevalença del dret de transmissió sobre la substitució vulgar (art. 425-4, 461-13) i es manté el dret d'acréixer en defecte d'aquesta. L'àmbit en què és operatiu el dret d'acréixer (art. 462-1) s'expandeix: el nou acreixement prescindeix del pressupòsit de la crida

conjunta, elimina els residus del sistema romà de les *coniunctiones* i absorbeix l'increment forçós o acreixement de segon grau de l'article 41 CS, eliminant la incongruència que significava donar eficàcia aparent a un dret d'acréixer més aviat restrictiu i a la vegada forçar la producció d'efectes idèntics per una via indirecta.

La llei desenvolupa la regulació de la comunitat hereditària (art. 463-1 i seg.), recolzant sobre les normes del llibre cinquè relatives a la comunitat de béns, i reitera els trets bàsics de la partició del Codi de successions, si bé s'han revisat alguns efectes de la partició o de la seva pràctica defectuosa, que fins ara eren regulats amb un mimetisme excessiu del codi espanyol, la regulació del qual no era precisament modèlica en aquest punt. Així, d'una banda, es reconeix expressament el dret dels cohereus a demanar el sanejament no sols per evicció sinó també per vicis ocults i es determina el contingut d'aquest dret i el termini per al seu exercici (art. 464-11). De l'altra, es defineixen amb més precisió els supòsits en què és procedent la rectificació i l'addició de la partició. La rectificació és procedent per evitar la rescissió de la partició si aquesta es va fer causant lesió en més de la meitat del valor del conjunt dels béns adjudicats a un cohereu, i també en cas que s'hagués fet amb l'omissió involuntària d'algun hereu (art. 464-14). L'addició té lloc quan s'ha omès algun bé i també quan va intervenir en la partició un hereu aparent; en aquest cas, en lloc de declarar la nul·litat de la partició (com feia l'article 60 CS, seguint l'article 1081 CC espanyol), el codi disposa, amb un criteri millor, que s'haurà d'addicionar la part atribuïda a aquest hereu a la dels altres cohereus en proporció a llurs quotes, llevat que la majoria dels cohereus, segons el valor de llur quota, acordin deixar la partició sense efecte i decideixin tornar-la a fer (art. 464-15). La col·lació, finalment, es veu afectada per les modificacions introduïdes en la imputació legitimària de certes donacions, ja que la llei continua considerant col·lacionables totes les atribucions fetes en concepte de llegítima o imputables a ella (art. 464-17).

III. L'ADEQUACIÓ DE NORMES I INSTITUCIONS ALS CANVIS SOCIALS

El llibre quart pren en consideració la dimensió familiar, econòmica i social del fenomen successori i reflecteix els canvis de la societat catalana en la formació i organització de les famílies, en les economies familiars, en l'economia productiva i en els valors socials predominants. En alguns casos, la necessitat de modernització era imperiosa. Cal no oblidar que el Codi de successions de 1991 va ser un text substancialment conservador del dret anterior, dret que en gran manera es podia retrotraure a la Compilació de 1960 i d'aquesta al dret històric de l'Antic Règim, salvant l'adequació als principis constitucionals —feta per mitjà de la Compilació de 1984— i la

renovació d'algunes matèries (llegítimes; successió intestada) empresa per mitjà de lleis especials.

1. Renovació del règim jurídic dels pactes successoris

Un cop desaparegut l'entorn econòmic i social en el qual havien prosperat els heretaments capitulars, la pràctica de la successió contractual a Catalunya havia quedat reduïda, en les darreres dècades, a una funció singular, com era la de vehicular certes conseqüències jurídiques entre els cònjuges o entre aquests i llurs descendents en situacions de crisi matrimonial. El llibre quart els ha substituït per una regulació nova dels pactes successoris, que aprofita elements institucionals de l'instrumentari tradicional, però que té un marcat caràcter experimental. Les característiques principals d'aquesta nova regulació són:

– Superació de la causa matrimonial i instauració d'un sistema causal híbrid. El matrimoni ja no compleix com abans la seva funció constituent de la família i fonamentadora de la seva estabilitat. Els pactes successoris deixen de celebrar-se necessàriament *ob causam matrimonii* i poden pactar-se fora dels capítols matrimonials (art. 431-7.1). La seva causa es diversifica: els pactes successoris poden tenir causa de mort (heretament preventiu: article 431-21, que permet produir els efectes d'un testament mancomunat), causa de liberalitat —pura o limitada per l'aposició de càrregues— (art. 431-6) i causa contractual onerosa, amb assumpció d'obligacions i, eventualment, finalitats elevades a causa negocial (art. 431-6). Aquesta heterogeneïtat causal té la seva traducció en les causes de resolució o revocació dels pactes, que procedeixen del dret successori —revocació per indignitat—, del dret de donacions —revocació per incompliment de càrregues— i del dret de contractes —resolució per mutu acord, revocació per incompliment o ineficàcia per caiguda de la base del negoci— (art. 431-12 a 431-14). És dubtós, amb tot, fins on pot arribar l'ús dels pactes successoris com a vehicle de contractes amb causa onerosa que tinguin per objecte l'herència d'una o ambdues parts, perquè la llei no estableix expressament la possibilitat dels contractants de posar en joc tota la gamma de remeis contractuals, i singularment el compliment forçós o la indemnització de danys i perjudicis. El llibre quart, amb un criteri prudent, ha refusat articular el pacte successori com un vincle sinalagmàtic, però caldrà veure si l'autonomia privada, conduïda imaginativament per la praxi notarial, intenta eventualment configurar-lo d'aquesta manera i caldrà veure també quina resposta hi donen els tribunals.

– Delimitació estricta del cercle d'atorgants dels pactes i llibertat de determinació dels beneficiaris (art. 431-1.2 i 431-2). El cercle dels subjectes atorgants pretén ser prou estret per minimitzar el risc de les captacions

de voluntat, però, a la vegada, prou ample per fer útils els pactes com a vehicle de transmissió intergeneracional de les empreses familiars. Per això, la Llei ha optat per restringir la qualitat d'atorgants dels pactes a persones del cercle familiar extens del causant i, eventualment, del seu cònjuge o parella. La causa del pacte, sigui quina sigui, és jurídicament rellevant entre els membres d'una o dues famílies, encara que la persona afavorida sigui un tercer. La raó de l'afavoriment del tercer és un motiu que roman aliè a l'entramat causal del pacte (*cf.* art. 431-3: «Les persones no atorgants [...] no adquireixen cap dret a la successió fins al moment de la mort del causant»), constatació que fa que el pacte no sigui idoni per al compliment d'alguna de les funcions que suposadament hauria de poder satisfer: si es pretén, per exemple, que l'afavorit amb un títol successori assumeixi càrregues de cura i atenció envers el causant, caldrà que sigui part atorgant del pacte i, per tant, familiar del causant, no un tercer.

– Admissió de les disposicions a títol particular (art. 431-29 i 30). En decaure la causa matrimonial i la funció tradicional de definir la jerarquia i assegurar la perpetuació de la casa, deixa de tenir sentit la restricció dels pactes successoris als pactes universals. El causant pot ordenar la seva successió fent a la vegada heretament i atribucions particulars (amb un contingut que excedeixi el dels drets legitimaris) a persones diferents.

2. Equiparació del matrimoni i de les unions estables de parella

El matrimoni deixa de ser un estatus privilegiat als efectes successoris. Les relacions conjugals i de convivència extramatrimonial queden completament equiparades en tots els casos: en la successió contractual (art. 431-2, 431-17), en la successió intestada (art. 441-2, 442-3 i seg.) i en les atribucions legals (art. 452-1 i seg.). La decisió és encertada respecte de la successió contractual, que té un fonament voluntari, i de la quarta encara dita vidual, que compleix una funció residual subsidiària dels beneficis familiars, que en el dret català tendeixen a anivellar-se —i és previsible que en un futur pròxim s'igualin completament— en les parelles casades i no casades. L'atribució de drets successoris abintestat és també raonable en les relacions de convivència de llarga durada, funcionalment indistingibles del matrimoni, però és qüestionable en relacions breus que poden tanmateix donar lloc a una unió estable de parella (dos anys de convivència), atès el tipus d'efectes que pot produir aquesta modalitat de successió (usdefruit universal vitalici).

3. Protecció del matrimoni i de la relació de parella

El nou marc legal continua la tendència històrica a enfortir la posició de la parella, conjugal o no, en la successió per causa de mort:

– Es manté la possibilitat de pactar la successió a favor de la parella i la successió recíproca, amb caràcter vinculant o preventiu (art. 431-20 i 431-21).

– S'estableix que el cònjuge o la parella d'una persona incapacitada en pugui ser designada substitut exemplar (art. 425-12), possibilitat que l'article 177 CS ignorava, almenys mentre hi haguessin descendents de l'incapaç o descendents del testador.

– Es millora la posició del sobrevivent en la successió intestada, amb diverses mesures: (i) es declara l'extensió de l'usdefruit a les llegítimes, i es permet al cònjuge o parella actuar en representació dels fills menors, sense nomenar defensor judicial (art. 442-4.1 i 2); (ii) s'estableix el caràcter vitalici de l'usdefruit, sense extinció per nou matrimoni o unió estable (art. 442-4.3); (iii) se li atribueix una opció de commutació de l'usdefruit universal per una quarta part alíquota de l'herència i l'usdefruit de l'habitatge conjugal (art. 442-4). En moltes economies domèstiques, en les quals l'habitatge és, amb diferència, el bé més valuós, és fàcil d'imaginar la preferència de vidus i vídues per aquesta alternativa, que els proporciona el gaudi del bé més valuós del cabal i una certa disponibilitat d'efectiu (a falta d'altres béns, el valor de la quarta part de la nua propietat del mateix habitatge). Ha de fer-se notar també que l'opció de commutació és unidireccional: el llibre quart conserva la solució usufructuària com a regla per defecte, sense donar als descendents la facultat d'extingir l'usdefruit contra la voluntat del cònjuge o parella sobrevivent, malgrat les dificultats que el dret d'usdefruit (i la seva llarga durada) pot generar per a l'administració de patrimonis dinàmics amb destinacions professionals o empresarials.

– Es reformula íntegrament la quarta vidual. La llei en suprimeix el pressupòsit de la còngrua sustentació i el deure d'imputar-hi els béns propis i les rendes futures (art. 380 i 382 CS), deure que *de facto* avortava, en molts casos, la seva meritació. Ara, la quarta es calcula a partir de criteris anàlegs als que fonamenten l'atribució d'una pensió compensatòria (cf. art. 452-1), de manera que al supervivent no afavorit per testament no li correspongui menys del que tindria per raó de separació o divorci. Tanmateix, a diferència dels casos de crisi matrimonial, la quarta no és un dret de prestació periòdica, sinó única. A fi d'evitar el seu buidatge per mitjà d'actes dispositius entre vius, s'estableix un sistema de computació anàleg al legitimari i es faculta el supervivent per demanar la reducció o supressió de donacions, si escau. La llei no ha establert que siguin imputables a la seva quantia les atribucions *mortis causa* que li hagi pogut fer el causant. Aquesta omissió és conscient perquè aquest valor també es descompta de la seva base de computació (art. 452-3), però és dubtós que sigui encertada, perquè —sent totes les altres circumstàncies iguals— fa de pitjor condició

el causant que ha fet alguna atribució successòria al seu cònjuge respecte d'aquell que no ho ha fet. Aquesta distorsió pot ser corregida pel jutge en el moment d'aplicar la norma i d'apreciar l'estat de necessitat del vidu i la seva situació durant el matrimoni o la convivència. Una altra dificultat no resolta que planteja la regulació de la quarta és que l'aplicació estricta de l'article 452-2 deixa sense compensació el supervivent quan en el moment de la mort hi havia en curs una demanda de separació o divorci (art. 452-2): en aquest cas, el vidu no rep cap pensió compensatòria per via familiar ni beneficis viduals per via successòria. Aquesta situació és injusta i hauria de ser corregida en el marc del dret de família.

– Abolició de la reserva (art. 411-8). La institució de la reserva binupcial constituïa un règim de regles limitadores per defecte de la llibertat de disposició del cònjuge supervivent, que podien ser excloses pel causant (art. 387 CS). La nova llei capgira aquest plantejament i fixa per defecte una regla de llibertat, que posa l'autonomia del cònjuge per davant de l'interès dels fills del causant. El causant pot configurar privadament un règim de limitacions dispositives que produeixi efectes equivalents al de la reserva, però té la càrrega de manifestar la seva preferència.

4. Tractament igualitari dels fills per naturalesa i adoptius

La Llei del llibre quart estableix la plena equiparació d'efectes de la filiació per naturalesa i la filiació adoptiva pel que fa a l'establiment dels vincles de parentiu (DF 3a. núm. 4), efecte que té la seva repercussió en seu de successió intestada (art. 443-1). Tanmateix, el Codi manté especialitats successòries en el cas de les adopcions dels fills del cònjuge o de la parella i en les adopcions intrafamiliars, tant en la successió intestada (art. 443-2 a 443-5) com en la llegítima (art. 451-3.4). Aquestes especialitats es fonamenten en el manteniment dels vincles de parentiu amb la família d'origen i amb els germans propis en aquestes modalitats d'adopció, com postulen els corrents actuals més avançats en matèria de regulació de l'adopció. En aquests casos, l'existència de l'adopció modula els drets successoris i els subordina al manteniment del tracte familiar, però no els extingeix.

5. Noves sensibilitats socials i secularització de la societat

Alguns temes de l'agenda política actual —la protecció enfront de la violència familiar; la protecció dels discapacitats— han trobat també ressò puntual en disposicions del llibre quart:

– La nova tipificació de les causes d'indignitat successòria inclou els delictes contra la integritat moral, entre els quals hi ha els de violència familiar o en relacions d'afectivitat o convivència, i també, en la successió dels fills,

els supòsits de suspensió o privació de la potestat per causes imputables als progenitors (art. 412-3). Amb tot, la transcendència efectiva de la nova redacció de l'article 412-3 b, en matèria de violència familiar, serà molt inferior a la transcendència mediàtica: cal tenir en compte que, en cas de trencament de la convivència posterior a l'atorgament del testament, la llei declara la ineficàcia sobrevinguda de les disposicions testamentàries fetes a favor del cònjuge o convivent; igualment, si la convivència estava trencada en el moment de la mort, decauen els drets successoris abintestat i el dret a la quarta vidual a favor del sobrevivent. La norma, per tant, limita la seva efectivitat als casos en què, malgrat la violència, perduri la convivència. A banda d'això, la reforma legal adequa els tipus de la indignitat a la legislació penal vigent, però manté conceptes dubtosos (com ara el de *lesió greu*, que no té reflex en els tipus penals).

– En matèria de protecció dels incapaços, la llei permet que el causant pugui incentivar l'exercici de funcions tutelars o l'assumpció de deures de cura i prestació d'aliments a favor dels seus fills o néts incapacitats per mitjà de la substitució exemplar (art. 425-12). Alterant l'ordre de substitució de l'article 177 CS, la substitució exemplar es pot ordenar a favor d'un tutor o d'altres persones que hagin complert funcions d'assistència a l'incapaç fins a la mort d'aquest.

– S'anticipa la possibilitat de suplir les discapacitats sensorials dels cecs, sords o sordmuts per atorgar testament notarial obert o tancat i per ser testimonis en l'atorgament de testaments (DAd 2a. de la Llei).

– La Llei 10/2008 inclou també, arran d'esmenes introduïdes *in extremis* per la comissió tramitadora del Projecte, la possibilitat de disposar *mortis causa* en document electrònic amb signatura electrònica reconeguda, tant en testament tancat (art. 421-14) com en memòria testamentària (art. 421-21.1). La previsió és extravagant i perillosa pel risc de suplantació del testador, sense que comporti avantatges substancials per a aquest.

Sense explicitar-ne les causes, però amb el rerefons ideològic de la secularització de la societat actual, el codi suprimeix el testament davant de rector (art. 117 a 119 CS). Raons ideològiques al marge, la supressió es pot justificar també per la utilitat marginal d'aquest tipus de testament, la major accessibilitat de les notaries i, en darrer terme, la major innocuïtat de la successió intestada actualment respecte de temps pretèrits. Amb bon criteri, s'ha descartat la introducció, en paral·lel amb aquesta supressió, del testament davant alcalde que preconitzava el projecte de 2007 seguint l'exemple del codi civil alemany.

¿QUÉ REFORMAS CABE ESPERAR EN EL DERECHO DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL? (UN EJERCICIO DE PROSPECTIVA)

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

SUMARIO: I. PROPÓSITO. II. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA. III. LEGISLACIÓN INSTRUMENTAL: PRIMER EJEMPLO: PARA LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. SEGUNDO EJEMPLO: PARA PRIVAR DE LA HERENCIA A LOS MALTRATADORES. V. PARA UN MAPA DE CORRIENTES SUBTERRÁNEAS. VI. LEGÍTIMAS Y LIBERTAD DE TESTAR. VII. DERECHOS SUCESORIOS DE LOS VIUDOS. VIII. DERECHOS SUCESORIOS EN LAS PAREJAS NO CASADAS. IX. LAS PERSONAS ANCIANAS. X. OTRAS ÁREAS Y FINAL.

I. PROPÓSITO

Estas páginas presentan algunas predicciones sobre la evolución legislativa del Derecho de sucesiones del Código civil español. Aclaro que no me propongo anticipar imaginativamente un futuro deseable (menos aún, indicar los medios para lograrlo), sino tan solo conjeturar el futuro probable en un lapso de tiempo de unos cinco años (ampliables si no ocurren inopinados cambios sustanciales). Las previsiones se basan en hechos y tendencias observables y se expresan mediante un uso descriptivo del lenguaje, si bien implican valoraciones sobre el contenido de las leyes así como intuiciones teóricas sobre el ejercicio de la actividad de legislar. Por supuesto, todo ello sería imposible sin contar con los estudios dogmáticos sobre el Derecho vigente y con las propuestas de reforma ofrecidas por algunos juristas españoles, pero éste no es un escrito de dogmática jurídica (ni *iure condito* ni *iure condendo*) sino que elige situarse en un terreno poco firme, entre la sociología del derecho y la teoría de la legislación. Pero constatar cómo se hacen las cosas (cómo se ejerce la actividad de legislar) quizás suscite deseos de hacerlo mejor e ideas para conseguirlo.¹

¹ Aunque este trabajo nace en una ocasión bien determinada, enlaza con las reflexiones consignadas en «Ciencia del Derecho, política del Derecho y teoría de la legislación» y «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», primera y segunda parte, respectivamente, de mi ponencia «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», presentada en las XI Jornadas de la Asociación de

II. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA

Para orientarnos sobre una posible reforma del Derecho de sucesiones del Código civil, la primera y necesaria constatación es que no hay ningún propósito conocido por parte del Gobierno ni de las fuerzas políticas presentes en el Parlamento de acometer una reforma sistemática de esta parte —ni de ninguna otra— del Código civil. Tampoco los civilistas españoles, como colectivo, lo reclaman; aunque cada vez sean más las voces individuales que proponen algunas reformas.

Es notorio el contraste con lo que está ocurriendo en los Derechos civiles autonómicos. La actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos en materia de Derecho de sucesiones, con resultados que en tantos puntos mejoran y superan al Código civil, podría ser un acicate para el legislador estatal. Pero, por el momento, en la civilística española es más fácil ver gestos de disgusto ante la legislación autonómica que incitaciones a la emulación.

Conviene añadir de inmediato que no hay necesidad ni clara conveniencia de acometer una reforma del Derecho de sucesiones del Código civil limitada a ella misma. Sí tendría sentido y sería necesaria la reforma si estuviera englobada en el hipotético proyecto de redactar un nuevo Código civil español que derogara y sustituyera al de 1889, pero apenas como tarea aislada del mismo. No es el Derecho de sucesiones la parte que requiere más urgente reforma (sin duda, obligaciones y contratos es más urgente). Por cierto, para la hipotética formulación de un nuevo Código civil español la legislación civil autonómica más parece, hoy por hoy, impedimento que acicate.

No hay ninguna exigencia constitucional de reformar el derecho de sucesiones. El reconocimiento constitucional de la propiedad privada y de la herencia más tiende a garantizar la conservación del orden establecido que a innovarlo, y la referencia a la función social de una y de otra legitimarían quizás intervenciones muy drásticas del legislador, pero no le imponen ninguna. Las modificaciones constitucionalmente necesarias —no discriminación por razón de filiación, ante todo— se produjeron por efecto inmediato de la Constitución y se reflejaron en la reforma del Código civil de 1981. No hay, evidentemente, un «modelo constitucional» de Derecho de sucesiones que haya de imponerse al Código civil: lo muestra definitivamente, por si hiciera falta, la pluralidad de modelos existentes

Profesores de Derecho civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006, publicada en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 13- 171. Enlaza también con «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 195-218.

en los Derechos civiles autonómicos. Quien quiera argumentar a favor o en contra, digamos, de las sustituciones fideicomisarias, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios, el orden de suceder abintestato o la existencia y consistencia de las legítimas no podrá acudir útilmente a la Constitución, al menos en la medida en que estas instituciones están reguladas divergentemente en los Derechos civiles españoles.

No hay tampoco, ahora ni en el horizonte próximo, una exigencia europea. Puede contarse con iniciativas muy específicas que acaso acaben teniendo reflejo en el Código civil. La preocupación por la jurisdicción competente y el Derecho aplicable (Derecho internacional privado) propiciará la comparación entre regulaciones sustantivas. La experiencia de los países europeos de nuestro entorno, incluidas reformas recientes de mayor o menor envergadura, habrán de ser tenidas muy en cuenta en todo proyecto de reforma del Código civil español, pero por sí mismas no parece que hayan de ser causa de iniciativas legislativas españolas.

En definitiva, nada hace pensar en una reforma global del Derecho de sucesiones del Código civil. Si la hubiera, operaría sobre normas aplicables sólo a una parte de las sucesiones deferidas por españoles: el libro tercero del Código civil es, desde su origen, más Derecho castellano que español. Puede ocurrir que un sentimiento de lo específico e identitario lleve a muchos civilistas identificados con el Código a preferir su conservación intocada antes que reformas que pudieran desnaturalizarlo: algunas actitudes ante la eventual reforma del sistema legitimario serían un fuerte indicio de este sentimiento.

Tampoco es previsible que el legislador aborde reformas específicas siguiendo sugerencias de la doctrina. Al menos de momento, las reformas que haya de sufrir el Código civil en esta materia no procederán de la iniciativa universitaria ni de las profesiones jurídicas, aunque la intervención en la fase prelegislativa de la abogacía, la magistratura, la fiscalía, los notarios y los registradores es más probable que la de los profesores universitarios. Quizás, más que otros, los notarios.

Podemos, sin embargo, prever que en los próximos años se introducirán reformas en algunos artículos del Código civil sobre Derecho de sucesiones. Recientes leyes y el anuncio de algunas iniciativas convencen de que el legislador español utiliza el articulado del Código como herramienta de legislación instrumental, dirigida a atender demandas sociales para ocuparse de problemas que la opinión pública presenta como acuciantes. Legislación instrumental que inevitablemente —en muchos casos, también queridamente— tiene una función simbólica: el Código civil es entonces escaparate de lujo para la expresión de deseos y valores socialmente compartidos.

III. LEGISLACIÓN INSTRUMENTAL: PRIMER EJEMPLO: PARA LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El año 2003 fue el Año Europeo de la Discapacidad. El Gobierno español no quiso quedarse al margen de este evento. Desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se entró en comunicación con asociaciones y organizaciones del sector (en particular, la Confederación Española de Representantes de Minusválidos, CERMI). De estos contactos salieron numerosas iniciativas, algunas de las cuales llegaron al Boletín Oficial. De ellas nos interesa una, que tuvo como consecuencia la reforma de unos cuantos artículos del Código civil para profundizar en la protección patrimonial de las personas con discapacidad y que contó desde el inicio con la colaboración decisiva de la Fundación *Equitas*, promovida por el notariado español. Para los objetivos de la Ley 41/2003 el tratamiento del Derecho de sucesiones es secundario (su objetivo central es el patrimonio protegido), pero la forma de abordarlo es expresiva de una corriente de opinión, quizás minoritaria entre los civilistas pero dominante entre los notarios, descontenta con el sistema legitimario actual y propensa a su supresión o su modificación sustancial. El proceso prelegislativo y el contenido de la reforma se presta a algunas observaciones útiles para la finalidad de este escrito.

Se trata de una intervención legislativa que pretende modificar la realidad social en un aspecto muy circunscrito: que las personas con discapacidad puedan recibir una parte mayor y aun la totalidad de la herencia paterna a costa de los derechos de sus hermanos. Concretamente, atribuyéndoles un derecho de habitación en el hogar familiar (art. 822) y permitiendo gravar la legítima de sus hermanos con sustitución fideicomisaria cuando el fiduciario es persona incapacitada judicialmente (art. 808; la ampliación de la facultad de delegar la distribución de la herencia entre los hijos mediante la reforma del art. 831 no parece que tenga una relación directa con el objetivo central de la ley). El éxito de la ley habría de medirse por la frecuencia de utilización de los mecanismos en ella previstos y la adecuación a las circunstancias en cada caso de utilización. Una ley de estas características habría de tener un seguimiento institucional para la evaluación de su eficacia social. Si no hay tal evaluación o la realidad muestra que los particulares no utilizan la norma con alguna frecuencia (o lo hacen con finalidades o resultados distintos de los deseados por el legislador) la norma sería un fracaso como instrumento de modificación de la realidad. ¿Entonces? Entonces, y en todo caso, la norma tiene una fuerte carga simbólica, al introducir en el viejo Código civil (superando el marco de la igualdad formal ante la ley) la expresión del deseo socialmente compartido de una atención especial a las personas

con discapacidad. La expresión solemne de este deseo por el legislador refuerza las convicciones de la sociedad al respecto, con independencia de que las normas se cumplan, se usen o se apliquen mucho, poco o nada. Siendo optimistas, puede decirse que la mera expresión de estos criterios en el Boletín Oficial (y su consiguiente propagación por los medios de comunicación y por los profesionales del Derecho) ha contribuido algo a modificar las actitudes de los ciudadanos. Siendo algo más críticos, cabe preguntar si un resultado equivalente no podría conseguirse sin necesidad de modificar el Código.

Toda modificación del Código civil tiene un costo social. Por supuesto, una reforma adecuada aumenta en definitiva el valor del Código para la convivencia, pero en cualquier caso hay que tener en cuenta no sólo los costos de información —que se trasladan con cada nueva ley a la sociedad en general y a los juristas en particular— sino también las consecuencias de la norma especial o excepcional en el conjunto del sistema. Estas consecuencias no son necesariamente perjudiciales, pero sí en amplia medida impredecibles y azarosas. Normalmente, el sistema aguantará —como en los ejércitos de Napoleón, la intendencia ya seguirá a la infantería en su avance—, pero no sin un costo en inseguridad jurídica.

Las normas que estamos considerando —en particular, el gravamen sobre la legítima de los hijos cuando es a favor de uno de ellos judicialmente incapacitado— tiene un rasgo que me parece advertir también en otras intervenciones legislativas recientes o previsibles: la autonomía privada no sólo tiene límites generales externos más o menos amplios, sino que los actos de los particulares son acogidos por el legislador de distinta manera según cuál sea la finalidad de los mismos. Por supuesto el fenómeno no es nuevo, pero en el Estado social de Derecho es de esperar que se haga más evidente. En el ámbito del Derecho de sucesiones, ya ocurrió así con las leyes que abrieron algún cauce a los pactos sucesorios o al pago de la legítima en dinero no hereditario cuando su finalidad sea mantener la integridad de una empresa familiar y es posible que ocurra en el futuro mediante una ley que permita explícitamente el usufructo universal a favor del viudo en presencia de hijos y en detrimento de su legítima. La alternativa legislativa obvia es autorizar los pactos sucesorios en general, o suprimir o reducir las legítimas, con los límites que parezcan oportunos, pero respetando la libertad de los particulares para elegir los fines que quieran perseguir. Mi previsión es que el legislador seguirá añadiendo permisiones de actos con finalidades específicamente privilegiadas por él mismo antes que reconociendo ámbitos abstractos de libertad.

IV. SEGUNDO EJEMPLO: PARA PRIVAR DE LA HERENCIA A LOS MALTRATADORES

El segundo ejemplo de legislación instrumental —ahora simplemente anunciada— lo proporciona una iniciativa del Gobierno dada a conocer el pasado agosto.² Se trata de modificar en lo que haga falta preceptos del Código civil para que los maltratadores no hereden a sus víctimas. Imposible evitar suponer la relación de esta iniciativa con el nuevo libro cuarto del Código civil catalán, pues es la cuestión que toda la prensa llevó en junio a sus titulares. Según se ha anunciado, el Gobierno propone un diálogo con las fuerzas políticas parlamentarias para confeccionar entre todos, se supone, una proposición que concrete las reformas pertinentes en sede de indignidad sucesoria y acaso en otros preceptos del Código. Es posible que se encauce como iniciativa del Grupo parlamentario socialista y que desemboque en una proposición no de ley («que es la forma parlamentaria más abierta para el consenso», apostilla una reseña periodística). No he percibido la intención de encomendar a la Comisión General de Codificación alguna tarea previa o simultánea, pero sí parece que el Ministerio de Justicia, junto con el de Igualdad, estará al tanto.

No sería la primera vez que el legislador introduce algún cambio en las causas de indignidad sucesoria o las de desheredación (desde 1978, 1981, 1990, 1996, 2003).³ No es de extrañar, pues en la retahíla de reproches que pueden hacerse a un llamado a cierta herencia, para negársela, se reflejan los cambiantes criterios de la moral social sobre las relaciones personales y familiares. Fue así ya en el Derecho justinianeo, del que los Código decimonónicos copiaron las listas con algunas variantes y se muestra también, por ejemplo, en las innovaciones de los legisladores catalán y aragonés en años recientes. Ahora bien, expresar la indignación moral que producen determinadas conductas es una cosa, y otra acertar con la formulación técnica precisa que mida bien las consecuencias de cada caso en el fenómeno sucesorio. La indignidad (*potest capere sed non potest retinere*, «pena privada») tiene una configuración sutil, lo mismo que la desheredación (pueden recordarse las fundadas críticas a la reforma de 1978), que requiere intervenciones técnicas muy afinadas. No sólo quedan comprometidas fácilmente las ya de por sí inestables relaciones entre

² Con el precedente de una sugerencia del Observatorio de la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid: Actualidad civil, 2008, 7.

³ Me parece expresiva de la actitud de los legisladores contemporáneos la afirmación de un diputado en trance de reformar el art. 756 Cc.: «Si tuviéramos que poner todos los que son indignos para suceder, quizá no hubiera suficientes párrafos en el Código Civil» (el Diputado por el PSOE Sr. Sánchez Garrido, en el debate final sobre la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, BOCG, Congreso, 6 noviembre 2003, núm. 393, pág. 15413).

indignidad y desheredación, sino también, en general, todos los equilibrios de la libertad de testar, la sucesión intestada y las legítimas. Con lo hasta ahora publicado en la prensa, plagado de errores,⁴ no es pertinente todavía ningún juicio técnico, sino tan sólo mostrar el acuerdo de principio en cuanto a las finalidades de la reforma y desear que se concrete de la mejor manera. Pero el cauce que quiere darse a la misma y el hecho de que aparezca en la agenda política explícitamente junto con una valoración de la Ley de violencia de género y algunas propuestas penales contra la pederastia sí suscita la aprensión de que no reciba en el momento oportuno la profunda atención técnica especializada que merece.

Todavía un par de observaciones sobre el fondo de esta reforma anunciada. Hay que recordar que los casos más graves de violencia de género, los de asesinato o intento del mismo, están ya incluidos en el Código desde siempre como causa de indignidad. Quedan los otros, de malos tratos sin muerte, sin duda mucho más numerosos y que ahora el legislador puede querer añadir.⁵ Sea, pero no se olvide que todo derecho sucesorio legal entre cónyuges desaparece con la separación, aun de hecho (tanto el llamamiento abintestato como la legítima). De manera que, si no lo entiendo mal, estamos atendiendo a supuestos (¿son muchos o pocos?) en que después de una condena por malos tratos la convivencia no se rompe y acaso continúa por muchos años. ¿No cabe prescripción, ni perdón? ¿La convivencia continuada no debería entenderse como perdón? Son éstas algunas de las muchas cuestiones sobre las que el legislador habrá de reflexionar.

En las reflexiones y debates parlamentarios, o previamente, fácilmente saldrán a relucir otros aspectos de la sucesión a favor del cónyuge viudo que a alguno de los opinantes les parezcan susceptibles de reforma. Por ejemplo, si se habla de causas de desheredación, quizás se caiga en la cuenta de que sólo tiene sentido desheredar mientras el sujeto tenga derecho a legítima y que éste desaparece con la separación; pero también, ya que estamos presuponiendo la existencia de un testamento, que es razonable privar a éste de eficacia al menos en todos los casos de divorcio (quizás también de

⁴ «La nueva normativa supondrá la modificación de la llamada 'indignidad sucesoria', la parte de la legislación que especifica los motivos por los que una persona puede ser desheredada» (del reportaje firmado por Anabel Díez, publicado en el País, 11 de agosto de 2008).

⁵ Es notable que una previsión en este sentido existía en la Compilación catalana y que fue, al parecer, suprimida por el Código de sucesiones para aparecer ahora de otro modo en el libro IV. Article 254 Compilació del Dret civil de Catalunya (D.L. 1/ 1984). En les successions testades o intestades dels cònjuges entre ells, i també respecte a la quarta vidual i al dret d'usdefruit que estableix l'article 250, seran causes d'indignitat, ultra les indicades en l'article anterior, **el fet d'haver el cònjuge supervivent maltractat d'obra o injuriat greument el seu consort difunt**. Als efectes de la quarta vidual, serà també causa d'indignitat el fet d'haver sostret dolosament béns de l'herència relictiva pel premort.

separación) posterior. Ciertamente, esto ya no tiene que ver sólo con los maltratadores, pero también les alcanzaría y, en todo caso, no serían de extrañar en la tramitación de la ley adiciones apenas o nada relacionadas con el objetivo originario de la reforma legal (dos casos recientes: el art. 66 en la ley 13/2005; el art. 831 en la ley 41/2003). Otro ejemplo —que, como los demás, no es una propuesta por mi parte, sino una indicación del tipo de reformas que cabe esperar—: los maltratadores no unidos en matrimonio con la víctima, pero sí parejas de hecho, merecen igualmente el castigo, que hoy no puede aplicárseles porque carecen de derechos sucesorios. ¿Puede ser ocasión para plantear algunos derechos sucesorios a favor del supérstite en las parejas no casadas? No es, simplemente, una ocurrencia mía. En información publicada en el País, se indica que el grupo parlamentario socialista quiere modificar el art. 756, para empezar, ampliando el círculo de personas potencialmente afectadas por un supuesto de indignidad, como (las comillas son del reportaje) «ex cónyuges o personas con quienes el agresor [corrijo: el causante] estuviere o hubiese estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad».⁶ Pero para que les afecte la indignidad, primero habrán de ser llamados (algunos de ellos) genéricamente a la herencia.

V. PARA UN MAPA DE CORRIENTES SUBTERRÁNEAS

No es posible prever cuándo se producirán determinadas reformas, pero sí indicar, aun de forma incompleta e imprecisa, por dónde discurren importantes corrientes subterráneas que, en determinadas coyunturas, darán lugar a afloramientos en forma de leyes. La constatación de lo que ocurre en ordenamientos de nuestro entorno, junto con la observación de ciertos cambios en las relaciones sociales, especialmente las relativas a distintos tipos de familias, son instrumentos principales para tratar de establecer este mapa. Dónde y cuando surjan los afloramientos no depende tanto de la necesidad o la trascendencia de las reformas como de la ocurrencia de sucesos que atraigan la atención o la preocupación de la sociedad —en lo que los medios de comunicación tienen una papel capital—, la actuación de grupos de presión o de opinión más o menos interesados, los informes de «observatorios» oficiales u oficiosos y aun el variable entendimiento entre los dos grandes partidos sobre los problemas de «la justicia». Para que se produzcan actos de legislación, no bastan razones, son precisas también las ocasiones. Las ocasiones son condición necesaria y pueden ser también condición suficiente (es decir, cabe que se legisle sin justificación racional).

⁶ Del reportaje firmado por Anabel Díez, publicado en el País, 11 de agosto de 2008.

Trazo ahora el esbozo de algunas de las áreas principales de este mapa de las corrientes subterráneas.

VI. LEGÍTIMAS Y LIBERTAD DE TESTAR

No espero que llegue en los próximos años al Parlamento ninguna iniciativa que tenga como objeto la supresión de las legítimas (ni siquiera la de los ascendientes) o una modificación a fondo de las mismas. He indicado antes algunos indicios que me llevan a esta previsión: sobre todo, la debilidad de los indicios de que algo se mueve. Sin embargo, es muy posible que reformas puntuales de objetivos diversos sigan erosionando los planteamientos originarios, en el sentido de facilitar el pago de la legítima, en dinero, en ciertos casos cada vez más generales y de limitar la cuantía cuando a costa de la legítima el causante atienda a determinadas finalidades privilegiadas por la ley. Podrían darse también cambios respecto de la imputación y computación de donaciones o en otros aspectos asimismo teóricamente secundarios. Algunas reformas quizás mayores podrían derivar de una distinta consideración del cónyuge en el fenómeno sucesorio.

En mi Ponencia para la APDC (2006) me interesaba dejar todas las opciones técnicas abiertas —para no coartar el debate que con ella propiciaba en el seno de la Asociación— y subrayar las cuestiones de principio, de fundamentos: por ello sugería «prever reglas según las cuales los allegados a quienes la muerte del causante ha privado de recursos para la vida hayan de recibir necesariamente alguna cantidad a cargo de la herencia». Con posterioridad a mi Ponencia, merece mencionarse la propuesta de Antoni Vaquer Aloy («Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima»)⁷ que se concreta del siguiente modo: a) legítima sólo a favor de los hijos (y su descendencia) y del cónyuge (exclusión, por tanto, de la legítima de los ascendientes); b) el cónyuge, legitimario en todo caso (es el punto para mí más dudoso); c) en cuanto a los hijos y descendientes, no todos, sino según un criterio de necesidades vitales: hijos menores de edad e incapacitados o, mejor, hijos hasta los veinticinco años y, junto a los incapacitados, las personas con discapacidad administrativamente constatada; d) pago de las legítimas en metálico; e) imputación en la legítima de los gastos de educación y formación.

El debate sobre las legítimas apenas está abierto. Como digo, a medio plazo no preveo sino intervenciones puntuales con la finalidad de atender a algunos objetivos específicos. Ahora bien, en la primera ocasión de una

⁷ Antoni VAQUER ALOY, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2007 (www.indret.com).

reforma global del Derecho de sucesiones las legítimas serían uno de los puntos más importantes de la misma y saldrían sin duda muy modificadas a la baja. Lo que ocurre es que tal reforma global no es previsible para los próximos cinco años.

VII. DERECHOS SUCESORIOS DE LOS VIUDOS

Difícil será encontrar en el mundo reforma legal u opinión doctrinal sobre las sucesiones que no incluya mejoras de una u otra índole en la posición del cónyuge viudo. Corresponde a un rasgo clave en la evolución de la familia en las sociedades occidentales. Es de prever que así siga ocurriendo en general y también en España. Esta tendencia podría manifestarse en la anteposición del viudo en el elenco de sucesores abintestato, por delante de los ascendientes, e incluso abriéndole un hueco en el primer llamamiento, junto con los descendientes.

El rumbo que haya de seguir la legítima del cónyuge, en cambio, me parece más incierto, pues está sometido a vientos y corrientes contradictorios.

a) Su configuración como usufructo corresponde al deseo de conferir al viudo derechos vitalicios compatibles con la propiedad que ha de pasar a los hijos así como cierta idea de prolongación de la familia más allá de la muerte de uno de los cónyuges de modo que el supérstite conserve en ella su anterior posición personal. El divorcio, las nupcias sucesivas y la creciente presencia de descendientes del causante que no lo son del viudo hacen menos coherente el planteamiento recibido. La alternativa es clara: una cuota en propiedad junto con los hijos (quizás igual que la de cada uno de éstos). Podría tener una consideración especial el hogar familiar.

Pero proporcionar al cónyuge una parte en propiedad supondría, en muchos casos, proporcionarle un valor de uso para la satisfacción de sus necesidades inferior al que le daría el actual usufructo (aunque el valor de cambio de éste fuera inferior). En cualquier caso, implica una ruptura con la idea de continuidad de la familia tras el fallecimiento de uno de los progenitores y con la idealización de la «viudedad foral» en el discurso centenario de los juristas españoles.

b) La idea de que el cónyuge ha de tener derecho a una parte de los bienes del difunto porque contribuyó al crecimiento o mantenimiento del patrimonio de éste es sensata, pero menos imperativa para fundar su derecho a una porción legítima cuando el régimen matrimonial legal es de comunidad: la participación en cuanto ambos consiguieron de consuno la recibe ya por este concepto. Y entender que el fundamento de la legítima es

más bien subvenir a las necesidades del viudo en la última parte de su vida nos llevaría a distinguir casos y casos: la legítima para quien la necesite.

c) En cualquier caso, la experiencia constata la preocupación de muchas personas casadas por dejar a su cónyuge cuanto sea posible —en perjuicio de la participación de los hijos en la herencia e incluso utilizando desviadamente la «facultad de mejorar» como atribución de beneficios para el viudo—, mientras que no se percibe especial preocupación por proteger a los viudos frente a intentos de sus cónyuge de privarles de su legítima. Téngase en cuenta que si la intención de desheredar es seria implicará, parece que necesariamente, un fuerte deterioro de las relaciones conyugales, de manera que privar al cónyuge de todo derecho se consigue con toda facilidad mediante el divorcio, que está al alcance de cualquiera, e incluso con la separación de hecho por propia iniciativa. Es notable que, de acuerdo con el Código civil, el ex cónyuge —por más tiempo que haya durado el matrimonio y cualquiera que sea la causa de su disolución en vida— carezca totalmente de derechos sucesorios.

De todos modos, me parece un dato de hecho muy relevante que el 82'7 % de las personas viudas sean precisamente mujeres. No está en la agenda política introducir normas que limiten sus derechos.

VIII. DERECHOS SUCESORIOS EN LAS PAREJAS NO CASADAS

La situación es perpleja. Por una parte, la corriente que lleva a equiparar con el matrimonio a las parejas no casadas tiene difuso apoyo social y ha dado lugar a determinaciones expresas en algunos Derechos autonómicos en el sentido de reconocer tanto sucesión intestada como derechos legitimarios e incluso a equipararlas totalmente con el matrimonio a efectos del Derecho civil propio. Parecería que el legislador español habría de recorrer el mismo camino. Pero no es de esperar que regule estas consecuencias sucesorias sino en el marco de una regulación global sobre parejas no casadas, aunque sólo sea por la necesidad de determinar los requisitos para que éstas queden constituidas.

Ahora bien, parece que la reforma del Código en 2005 (matrimonio homosexual) ha desactivado las presiones para una legislación estatal de parejas no casadas, pues el mayor impulso social para regularlas era la consideración de las parejas homosexuales (mientras tenían vedado el camino al matrimonio mismo).⁸

⁸ Coincido con María Paz GARCÍA RUBIO («Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad, *Anuario de la Facultad de*

Por supuesto, convivientes sin matrimonio seguirá habiendo, de sexos distintos o del mismo, y disputas y pleitos cuando la convivencia se rompa viviendo ambos o por la muerte de uno de ellos. Esta situación justifica una ley estatal que evite la pluralidad de soluciones jurisprudenciales (aunque habría de convivir con las leyes autonómicas) y proporcione protección a la parte más débil, sobre todo en el momento de acabarse la relación. ¿Derechos sucesorios para los convivientes? ¿Optaremos por constituir un estatus matrimonial sin celebración del matrimonio? ¿Sin la voluntad de los convivientes y aun contra ella? Todo es posible, pero hoy me parece mucho menos probable que antes de 2005. Una razón principal para esta apreciación mía es que no hay ningún colectivo poderoso que lo reivindique.

Para el caso de elaborarse una ley sobre parejas no casadas que no caiga en el simplismo de identificarlas, sin más, con el matrimonio, creo que se distinguirá entre sucesión intestada y legítima. En el llamamiento abintestato puede argumentarse que, al fin y el cabo, sería el deseo del difunto. Débil argumento —el difunto no manifestó ninguna voluntad relevante, pues ni se casó ni testó— aunque no totalmente desdeñable. Pero la legítima sería una limitación de la libertad del difunto que me parece difícil de sostener (salvo, como digo, en una simplificadora identificación con el matrimonio).

Me parece más interesante y de mayor demanda social facilitar la efectividad de la voluntad declarada del difunto a favor del conviviente supérstite mediante una reducción o supresión del impuesto de sucesiones («como si fueran cónyuges»). Claro que la medida sería a costa de las arcas públicas y los responsables de Hacienda pondrían reparos, mientras que al legislador le resulta más fácil ser generoso con el dinero de los particulares. Por cierto, una medida así no precisa reformar el Código civil y quizás pueda hacerse sin modificar ley formal alguna. Ya se entiende que su efecto simbólico sería mucho más limitado, lo que conspira asimismo para que no se haga.

Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 10 (2006), pp. 113-137) en la necesidad de una ley estatal de uniones de hecho «que ha de tener un contenido imprescindible ... en materias como el Derecho internacional privado y el Derecho interregional, el Derecho procesal, el Derecho laboral y de la Seguridad Social y el Derecho fiscal» (p. 122). Es en el ámbito del Derecho Público (Seguridad Social e impuestos) donde debe establecerse la equiparación entre cohabitación y matrimonio. La autora, respecto de un contenido posible de Derecho civil, se inclina por una ley que tenga por función, no «elevar las situaciones de convivencia al rango matrimonial», sino más bien «proporcionar a la parte más débil de la relación un mínimo de protección, sobre todo en el momento de la disolución de la relación de convivencia» (pp. 126 y 137).

IX. LAS PERSONAS ANCIANAS

Un dato de la realidad social extremadamente importante para toda reflexión sobre Derecho de sucesiones es la progresiva extensión de la esperanza de vida.

La avanzada edad en que fallecen muchas personas aumenta los casos en que, en el último periodo de la vida, las facultades mentales y la fortaleza de la voluntad sufren deterioro. Pero no se trata únicamente de un problema de capacidad para testar, sino también de unas relaciones con los descendientes (o con los sobrinos) en que éstos, por razones de edad, son mucho más fuertes y están en condiciones de imponerse, en particular cuando la persona mayor depende para su vida ordinaria de cuidados ajenos. Las personas de edad pueden estar en una residencia, pública o privada, gastando acaso todas sus rentas y comprometiendo su capital en detrimento de las expectativas sucesorias de sus allegados; pueden querer agradecer *post mortem* los cuidados recibidos por una enfermera o un cuidador, o encapricharse con ellos o ser engañadas; pueden casarse, con las consecuencias sucesorias legales, o casarse precisamente para producir estas consecuencias; pueden no casarse —acaso para no perder pensiones o beneficios patrimoniales adquiridos— pero vivir emparejados con personas del otro o del mismo sexo. Lo que quiero dar a entender con estas pinceladas costumbristas es que, en esta fase de su vida, las personas, además de posibles problemas de capacidad, tienen una relación con sus bienes y con las personas, familiares o no, allegadas de siempre o nuevos conocidos, distinta a la cualquier otra época de la vida. Una situación en que la satisfacción de las propias necesidades y deseos es apremiante (pues el *terminus incertus quando* se representa muy próximo) y los motivos para las promesas y las disposiciones pueden llevar a un contenido testamentario o unas donaciones que sus familiares consideren como intolerables.

Por supuesto, los problemas derivados de la forma en que los ancianos gobiernen su persona y bienes exceden con mucho el ámbito del derecho de sucesiones, pero sin duda repercuten en el mismo. Basta pensar en la introducción legal de las «hipotecas inversas»: ni modifica una coma las normas de derecho de sucesiones ni afecta formalmente al fenómeno sucesorio, pero está claro que altera el contenido del haber hereditario y que conducirá frecuentemente a negociaciones con los presuntos herederos e influirá en las relaciones de éstos con el pariente anciano que hipoteca su casa de esta manera. En general, parece que se produce también una mayor «planificación de la herencia» antes de llegar a las edades más avanzadas, con transmisión de bienes en vida a las siguientes generaciones y reserva de algunos por el anciano sobre los que ya no cree que deba rendir cuentas a nadie (¿será el equivalente de la *pars pro anima*, invertida ahora en la

posible felicidad de la última etapa de la vida, una vez que se desconfía de alcanzarla en la otra o de la pertinencia de adquirirla mediante sacrificio de bienes terrenales?).

Que las realidades apuntadas en los párrafos anteriores den lugar más pronto que tarde a iniciativas de reforma del Derecho de sucesiones me parece que puede preverse con gran probabilidad de acertar. Hay una preocupación social extendida por la tercera y la cuarta edades y políticas sociales referidas a ellas. Hay también profesionales especializados en su atención, asociaciones y fundaciones dedicadas a su ayuda en muy diversas maneras. Vemos iniciativas en otros países y, en el nuestro, leyes tales como la de dependencia ponen de relieve una voluntad de actuación de los poderes públicos que tiende a cambiar pautas de comportamiento en la familia que influirán sin duda en las herencias. ¿Que esta ley no es Derecho civil? Sin duda, pero todo se andará. En el propio Código civil, la introducción en 2003 de la llamada autotutela o del contrato de alimentos apunta en el mismo sentido.⁹

⁹ Un reciente trabajo de Derecho comparado (J C SONNEKUS, «Freedom of testation and the ageing testator», en REID, DE WAAL y ZIMMERMANN, *Exploring the law of succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh University Press, 2007, pp. 78-98) nos ilustra sobre algunas iniciativas y preocupaciones manifestadas en diversos países en relación con la capacidad para testar de las personas de edad avanzada. Introducido en el debate el tópico del «testador vulnerable» (R. KERRIDGE, «Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator», *Cambridge Law Journal*, 2000, 59, pp. 310 ss.), se viene a proponer una inversión de la «presunción de capacidad»: si el testador tiene más de 70 años, su testamento podrá ser impugnado de modo que quien defienda su validez habrá de probar que el testador conservaba su capacidad natural de entender y querer y no estaba sometido a presiones. Más limitadamente, se recuerda una propuesta de 1971 para introducir en el Derecho inglés una regla según la cual las disposiciones de las personas de edad avanzada a favor de los propietarios o gestores de la residencia en que viven se consideren en principio *pro non scriptas*. Estas preocupaciones están presentes en el nuevo libro IV del Código civil catalán (art. 412-5.2), y los cambios respecto de redacciones previas muestran la labilidad de las opiniones al respecto. Por otra parte, si quien otorgó testamento pierde luego su capacidad, ocurre que tal testamento ya no podrá ser modificado o revocado por más que las circunstancias cambien y sea de creer que las disposiciones no corresponden a lo que el testador desearía si fuera capaz. Sugerencias para atender a estos casos se hacen en varios sentidos. Por ejemplo, que tras la muerte del testador se considere ineficaz el testamento sobre la base de la alteración sobrevenida de las circunstancias; o bien que el tutor —o el mandatario con poder para el caso de incapacitación— pueda tomar la iniciativa de revocar el testamento con autorización judicial. Admitir de algún modo que terceras personas puedan revocar un testamento lleva también a plantear si no podrá el juez, a instancias de tutores o mandatarios, «otorgar testamento» en nombre de una persona incapaz, cuando en el caso concreto las reglas de la sucesión abintestado sean claramente inadecuadas. Este es el objeto de cierta norma de una ley inglesa de salud mental (Mental Health Act 1983, sec. 96) que permite al juez hacer testamento el lugar de la persona mentalmente incapacitada. Se indica como un caso apropiado para este «testamento judicial» el del joven que queda incapacitado como consecuencia de accidente, que vive con otra persona con la que pensaba casarse, a favor de ella y evitando la aplicación de unas normas de sucesión intestada que la excluyen.

En la experiencia del *Common Law*, los tópicos de falta de capacidad y de vicios del consentimiento se han utilizado retóricamente para hacer anular por los tribunales testamentos en los que lo único evidente era que sus disposiciones se apartaban de lo socialmente aceptable (en beneficio por ejemplo de la secretaria o del cuidador del testador y en agravio de sus hijos o hermanos, por utilizar clichés usuales). Será que el testador no estaba en sus cabales. *Color insaniae* pronunciaban los *Centumviri* la inoficiosidad del testamento excesivamente apartado de las pautas sociales de corrección. También entre nosotros quien impugna judicialmente el testamento de un anciano alegando incapacidad es movido por el contenido del testamento y no dejará de argumentar sobre este contenido si parece insólito o desconsiderado. Cuando se abra claramente un debate prelegislativo sobre los «testadores vulnerables», las cuestiones de capacidad se mezclarán ineludiblemente con las del contenido o beneficiarios de las disposiciones testamentarias.

X. OTRAS ÁREAS Y FINAL

Junto a los hasta ahora mencionados, testamento mancomunado, pactos sucesorios, donaciones *mortis causa*, fiducia sucesoria o testamento por comisario son temas recurrentes. La sucesión en la empresa familiar y la protección de las personas con discapacidad son objetivos que fácilmente darán lugar a renovadas propuestas de modificación. Las campañas de «legados solidarios», sólo por poner un ejemplo de iniciativas sociales, podrían desembocar en algunas sugerencias de reformas. Son sólo ejemplos que no han de recibir aquí mayor desarrollo.

Ejemplos de corrientes subterráneas de la vida jurídica que aflorarán donde y cuando se proceda a perforar pozos; tarea que se emprenderá cuando haya interés y motivación política para ello, es decir, al albur de manifestaciones sociales de preocupación por ciertos casos de actualidad o de irritación por decisiones, especialmente judiciales, que se juzguen inadecuadas. Son las ocasiones, no las razones, como he dicho, las que determinan el nacimiento de las leyes.

LLEI APLICABLE A LA SUCCESSION: FENÒMENS MIGRATORIS I LLEI PERSONAL DEL CAUSANT

EMILIO GONZÁLEZ BOU
NOTARI

SUMARI: I. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ. 1. Problemes que presenten les successions de causant estranger. 2. Criteris per determinar la llei aplicable a la successió d'un causant estranger. II. ANÀLISI DE LA JURISPRUDÈNCIA. 1. La jurisprudència del Tribunal Suprem. 2. Les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat. 3. Les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques. 4. Conclusions sobre els criteris jurisprudencials. III. ASPECTES PRÀCTICS NOTARIALS I REGISTRALS. 1. La llei personal del causant no estableix el reenviament. 1.1 L'aplicació de la llei estrangera. 1.2 L'excepció d'ordre públic. 2. La llei personal del causant estableix el reenviament. 2.1 Distinció entre la llei aplicable a mobles i immobles. 2.2 S'aplica una sola llei a tota la successió. 3. El testament atorgat a Espanya per l'estranger. 4. La declaració d'hereus de l'estranger. IV. UNA PROPOSTA DE FUTUR.

I. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

1. Problemes que presenten les successions de causant estranger

Tradicionalment les successions d'una persona estrangera no havien plantejat excessius problemes per la seva relativa poca quantitat i l'aplicació sistemàtica de l'article 9.8 del Codi civil espanyol, que estableix que la successió per causa de mort es regirà per la Llei nacional del causant en el moment de la seva mort, qualsevol que sigui la naturalesa dels béns i el país on es trobin. D'aquest precepte, segons la doctrina i la jurisprudència, se'n deriva un principi d'unitat, de manera que una sola llei regula la successió, i d'universalitat, cosa que vol dir que comprèn tots els béns del causant.

El cert, però, és que aquesta interpretació es va fer en un moment en què Espanya era fonamentalment un país d'emigrants i es pretenia que la llei espanyola fos aplicable a tots aquells que tinguessin aquesta nacionalitat encara que residissin a l'estranger, tant per un concepte de protecció del nacional com de reforçament de la sobirania espanyola que viatjava sempre amb els espanyols allà on anaven. En canvi, en els darrers anys Espanya

s'ha convertit en un país d'immigració i vincular la llei de la successió a la nacionalitat del causant implica l'aplicació pels professionals del dret de legislacions estrangeres que tot sovint desconeixen i que poden, fins i tot, incloure institucions jurídiques que poden atemptar contra l'ordre públic del nostre ordenament jurídic sempre que impliquin discriminacions per raó de sexe, filiació o religió.

Al problema de la determinació de la legislació aplicable, hem d'afegir els formals que resulten de la prova fefaent per part dels interessats de la seva condició d'hereu o legatari i el possible conflicte que es pot donar entre la declaració d'hereus o testament fet al país d'origen i el testament atorgat en un altre país. A aquesta qüestió ens referirem al final d'aquesta exposició atès que, com el seu títol anuncia, el seu objectiu fonamental és l'estudi de la llei aplicable a la successió de l'estranger.

2. Criteris per determinar la llei aplicable a la successió d'un causant estranger

El fenomen successori, quan s'examina des de la perspectiva de la legislació aplicable, es pot configurar fonamentalment de dues maneres. La primera, que és la que assenyalàvem anteriorment, respon als principis d'unitat de la successió, de manera que una sola llei ha de regular tota la successió, la qual cosa vol dir que tots els béns, independentment de la seva naturalesa jurídica i el lloc de situació, es regiran per aquesta llei, que comprèn, doncs, la universalitat de la successió. En aquesta concepció la successió gira al voltant del causant: la seva nacionalitat i les disposicions testamentàries deixades a la seva mort; i també es basa en el fet que l'hereu és el continuador de la personalitat del causant, encara que també podrien aplicar-se els mateixos principis prenent com a punt de connexió la residència del causant.

En canvi, en la segona manera, el sistema de determinació de la llei aplicable a la successió es basa en els béns que integren el patrimoni del causant i no en la idea de la continuació de la personalitat d'aquest. És el cas del dret anglosaxó, en el qual entre el difunt i els hereus s'interposa un administrador o executor controlat per l'autoritat judicial que té la funció de liquidar el patrimoni del causant i distribuir-lo entre els beneficiaris d'acord amb les instruccions deixades en el testament, en el qual es pot designar l'executor i, si no ho fa, el designa el jutge. En aquest sistema s'aplica una llei diferent als mobles i als immobles, en aquest segon cas sempre el lloc de situació, la qual cosa pot donar lloc al fet que la successió es reguli per tantes lleis com països en els quals tingui béns el causant, i s'origina així la fragmentació del fenomen successori.

Aquest darrer sistema de fragmentació de la successió té altres variants, com és el cas del dret francès, en el qual també es distingeix entre la llei aplicable als béns mobles i als immobles, i s'aplica també en aquest cas la llei del lloc de situació, encara que en aquest dret també regeix el principi pel qual l'hereu és el continuador de la personalitat del causant.

El problema sorgeix en el cas de la successió d'un causant estranger quan la seva llei nacional reenvia a l'espanyola per a la regulació de la successió hereditària dels béns immobles pel joc dels articles 9.8 i 12.2 del Codi civil. Segons el primer, *«la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes»*, mentre que el segon estableix que *«la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española»*.

Si pensem en el cas d'un causant francès o anglès mort amb immobles a Espanya, l'article 9.8 del Codi civil ens remet a la seva llei nacional, però aquesta permet la fragmentació de la successió atès que els mobles es regeixen per la llei corresponent a la residència i els immobles per la llei corresponent al país de situació. En aquest cas, la llei espanyola obliga a aplicar una sola llei a tota la successió pel principi d'unitat, mentre que la francesa i l'anglesa permeten aplicar diferents lleis segons la naturalesa i situació del béns. Aquesta serà una qüestió que examinarem posteriorment quan veurem els problemes notariais i registrals que presenten aquestes successions, però abans veurem les solucions que s'han donat en la jurisprudència.

II. ANÀLISI DE LA JURISPRUDÈNCIA

1. La jurisprudència del Tribunal Suprem

Amb relació a la qüestió de la successió del causant estranger la llei nacional del qual reenvia a l'espanyola per a la regulació de la successió hereditària dels béns immobles, el Tribunal Suprem ha dictat solament tres sentències: les de 15 de novembre de 1996, 21 de maig de 1999 i 23 de

setembre de 2002, que no tenen la claredat que hauria estat desitjable, i que han estat objecte d'interpretacions diverses.

En la Sentència de 15 de novembre de 1996 es va dictaminar sobre l'herència d'un ciutadà mort sent nacional dels Estats Units, concretament de l'estat de Maryland, amb immobles a Espanya però no resident. Atès que la successió s'ha de regir per la llei nacional del causant segons el que estableix l'article 9.8 del Codi civil espanyol, s'havia d'aplicar la llei d'aquell Estat. No obstant això, les normes de conflicte de la seva llei remetien a la llei de situació dels béns immobles i, segons l'article 12 del Codi civil, com hem dit anteriorment, la remissió al dret estranger «*se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*». El que succeeix és que el Tribunal Suprem refusa aplicar diferents legislacions a una successió en funció de la naturalesa dels béns i la seva situació invocant el principi d'acord amb el qual el sistema hereditari espanyol és de caràcter universalista i, per tant, s'ha d'aplicar el criteri de la unitat del règim successori. D'aquesta manera, diu el TS, que el reenviament «*debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del Derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio*».

En conseqüència, el TS aplica la llei personal del causant a la totalitat de la seva successió i refusa l'aplicació del sistema legitimari del Codi civil respecte dels immobles situats a Espanya.

La Sentència de 21 de maig de 1999 va haver de solucionar el problema plantejat per l'herència d'un ciutadà mort sent de nacionalitat britànica i resident a Espanya, amb béns immobles a França i Espanya. També en aquest cas la successió s'havia de regir per la llei nacional del causant segons el que estableix l'article 9.8 del Codi civil. No obstant això, les normes de conflicte del dret britànic remetien a la llei de situació dels béns immobles. Diu la Sentència que «*la cuestión definidora del litigio planteado se centra en la determinación de la ley material por la que ha de regularse la sucesión del padre de los actores, de nacionalidad inglesa, fallecido en Salvatierra de los Barros, dónde residía desde hacía varios años y bajo testamento abierto*» i afegeix que «*si bien una aplicación puramente literalista del art. 12-2 C.C. conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío*

que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio e impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es la libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la Sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego».

Per tant, també en aquest cas, el TS aplica la llei personal del causant a la totalitat de la seva successió i refusa l'aplicació del sistema legitimari del Codi civil respecte dels immobles situats a Espanya.

Amb aquestes dues sentències semblava que el TS havia consolidat una doctrina respecte a aquests casos de successions d'estrangers, però la de 23 de setembre de 2002 va significar per a la doctrina i la pràctica jurídica un canvi en la qüestió. Aquesta Sentència va dictaminar sobre una successió d'un ciutadà britànic l'herència del qual estava composta únicament i exclusiva per immobles situats a Espanya, circumstància fàctica fonamental, per la qual cosa l'acceptació del reenviament no implicava un trencament de la unitat de la successió, que es regia en la seva totalitat per la llei espanyola.

A més, aquesta darrera Sentència interpreta les sentències anteriors de 1996 i 1999 i destaca els supòsits fàctics de cadascuna d'elles i les diferències amb el que es va dictaminar per a aquella. En efecte, aquelles sentències dictaminaven sobre herències integrades per béns situats en diferents estats i l'aplicació del reenviament hauria implicat trencar el principi d'universalitat de l'herència i no respectar el principi rector de les lleis nacionals dels respectius causants. En canvi, en el cas examinat per la Sentència de 2002 s'ha d'admetre el reenviament de la legislació britànica a l'espanyola atès que el cabal hereditari estava format exclusivament per immobles situats a Espanya i no es trencava el principi d'unitat i universalitat de l'herència.

En aquest cas, el TS aplica la llei de situació dels immobles i, per tant, el sistema legitimari del Codi civil ja que els immobles estan situats a Espanya.

En definitiva, el TS afirma que l'article 9.8 del Codi civil és una conseqüència de l'acceptació del principi personalista i familiar de la successió, que queda sotmesa a la llei nacional del causant i es manifesta en els principis d'unitat i universalitat de l'herència, i el problema que es planteja quan la llei nacional del causant es basa en el principi territorialista que implica aplicar una llei diferent als mobles i als immobles, fent dependre la llei aplicable als primers de la residència o domicili i la dels segons al lloc de situació, se soluciona admetent-se únicament el reenviament de primer grau o de retorn, és a dir, la remissió per la norma de conflicte estrangera al dret espanyol. Ara bé, en aquest punt, la doctrina i la jurisprudència s'han plantejat si el reenviament és d'aplicació obligatòria o facultativa pel jutge o pel notari o registrador que han d'exercir la seva funció, i les esmentades sentències del TS van dictaminar que el reenviament només seria admissible quan no impliqués aplicar diferents legislacions a una successió, és a dir, si no significava trencar el principi d'unitat i universalitat de l'herència.

Per això, tot i les discussions doctrinals que va provocar la darrera Sentència de 2002 abans esmentada, s'ha de reconèixer que no fa res més que aplicar els mateixos principis que les dues anteriors encara que a un supòsit diferent, ja que, atès que l'herència estava integrada exclusivament per immobles situats a Espanya, el reenviament a la llei espanyola que fa la llei britànica no implicava l'aplicació de diferents legislacions a la successió, sinó precisament l'aplicació d'una mateixa llei a tots els béns que la integren.

En suma, el TS opta pel caràcter facultatiu del reenviament que no s'aplicarà quan impliqui fraccionar la successió i, en canvi, s'admetrà quan no provoqui el fraccionament i es respecti el principi d'unitat i universalitat de la successió.

I, finalment, no es pot oblidar que el TS sempre busca la justícia material del cas jutjat. En el cas de la Sentència de 2002 es tractava de determinar els drets successoris d'una filla extramatrimonial del causant, menor d'edat, que havia estat objecte d'una preterició no intencional en el testament atorgat gairebé nou anys abans del naixement de la nena, de manera que el que fa el TS és protegir els drets d'aquesta aplicant el dret de successions espanyol, solució que, d'altra banda, tampoc no contrariava el dret britànic, ja que, tot i la llibertat existent de testar, permet al jutge modificar el testament quan el causant no hagués adoptat una protecció suficient per a certs membres de la família com ara els fills extramatrimonials. D'aquesta manera el reenviament, com deien les sentències de 1996 i 1999, afavoreix l'harmonització dels sistemes jurídics dels estats, de manera que el resultat

obtingut davant del jutge espanyol coincideix substancialment amb la solució que hauria pogut donar el jutge britànic.¹

2. Les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat

En qüestions de dret internacional privat la Direcció General dels Registres i del Notariat sempre s'ha basat en la lletra dels preceptes del Codi civil i en la doctrina del TS. No obstant això, darrerament ha iniciat un estudi més profund de les successions dels estrangers que reflecteixen les resolucions següents.

La Resolució de 18 de gener de 2005 afirma la competència del notari espanyol per autoritzar actes de declaració d'hereus de causants estrangers, tema que examinarem posteriorment. El que ara interessa destacar, però, és que aquests actes impliquen la necessitat de determinar la llei reguladora de la successió per determinar els drets dels interessats, i la DGRN segueix la doctrina ja vista del TS tot dient que *«el artículo 9.8 del Código Civil, establece que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren». Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la sucesión (con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de la ley rectora de los efectos del matrimonio) de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado (cfr. art. 12.2 Cc). Sin embargo, ese reenvío de primer grado no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte, si ello provoca un «fraccionamiento legal de la sucesión», que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquella (Vid. en este sentido las STS de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002)».*

Posteriorment, la Resolució de 22 de novembre de 2006 insisteix en els mateixos criteris com a argumentació complementària de la que era en realitat objecte de recurs sense aportar cap novetat.

No obstant això, la Resolució més important és la de 24 d'octubre de 2007. Aquesta Resolució és fonamental per a la comprensió de l'aplicació pràctica de la doctrina abans exposada del TS sobre el reenviament i els principis

¹ Vegeu en aquest sentit RIVAS DE ANDRÉS, Rafael. *Derecho de Sucesiones Común y Foral*. Tom II, vol. I, Editorial Dykinson; JIMÉNEZ, Antonio J. «De nuevo sobre las herencias de los ingleses en España». *La Notaría*, núm. 7-8, vol. 2, any 2003.

d'unitat i universalitat de la successió, atès que dona una solució o resposta als problemes que plantegen les successions internacionals en les quals s'invocava d'alguna manera la legislació espanyola. El cas concret resolt era el d'un ciutadà britànic que va atorgar testament davant de notari espanyol en el qual feia hereva la seva esposa, mort amb un únic bé immoble situat a la Comunitat Autònoma de les Canàries.

Aquesta Resolució adverteix que la Unió Europea, amb la finalitat de dotar de seguretat jurídica aquests tipus de successions, cada vegada més habituals en tot l'àmbit europeu, treballa en un futur instrument que reguli alguns aspectes sobre la determinació de la llei aplicable a les successions internacionals comunitàries, amb la possible creació d'un títol successori europeu que faciliti la determinació de la legislació aplicable a la successió. Però mentre aquest projecte no es converteixi en realitat s'ha de donar una solució, i aquesta és donada, segons aquesta Resolució, per l'aplicació de les normes del Codi civil (art. 9.8 i 12.2) i la interpretació que el TS n'ha fet i que ja hem vist anteriorment. Fins aquí la Resolució no aporta res de nou, però introdueix tres reflexions fonamentals quan afronta l'operativitat de la reenviament de la llei successòria britànica al dret civil espanyol:

Primera. El reenviament al dret civil espanyol s'ha d'entendre fet a l'ordenament vigent en el lloc de situació de l'immoble, de manera que si està situat en una comunitat autònoma amb un dret propi serà aplicable aquest i no el dret civil comú. Per tant, si l'immoble estigués situat a Catalunya, per exemple, el reenviament implicaria aplicar el dret català.

Segona. Amb vista a la determinació del títol successori, si hi ha un testament autoritzat per un notari espanyol amb la sola finalitat d'ordenar *mortis causa* el patrimoni immobiliari a Espanya del causant s'ha de considerar vàlid i suficient segons els articles 9.8 i 11 del Codi civil. Aquest tema el veurem posteriorment amb més profunditat.

Tercera. Pel que fa al compliment material dels requisits exigits per les dues legislacions en joc, la britànica i l'espanyola, la Resolució obre una via d'harmonització quan afirma que «*deben ser tenidas en cuenta ambas legislaciones*», reflexió que ens recorda els arguments del TS de les sentències abans estudiades de 1996 i 1999, i afirma que «*...por lo que se refiere a la coordinación material de ambas leyes sucesorias, el reenvío de la ley inglesa al Derecho español, por razón de la situación de un inmueble, implica la aplicación del mismo a los aspectos relativos a la validez del título sucesorio (crf. Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, en vigor en España desde el 10 de junio de 1988), así como a los ligados a la adquisición del dominio sobre inmuebles en el territorio español, referidos a la aceptación, la adjudicación y, en su caso, la partición hereditaria, rigiéndose*

en lo demás la sucesión por la ley personal del causante, que en lo posible no debe fragmentarse».

Per tant, la llei espanyola, comuna o foral, s'aplicarà a la validesa del títol successori i als aspectes relatius a l'adquisició del domini sobre immobles situats en territori espanyol, mentre que el contingut material de la successió, com poden ser les llegítimes, les reserves, els drets viduals o les quotes hereditàries, es regirien per la llei personal del causant. Aquest és el sentit veritable de la Resolució, ja que quan diu que als aspectes lligats a l'adquisició del domini sobre immobles al territori espanyol, com ara l'acceptació, l'adjudicació i partició hereditària, s'aplicarà la llei espanyola no s'està referint al contingut de la llei successòria, sinó únicament als requisits per a l'adquisició del domini d'immobles a Espanya, és a dir, als documents necessaris per formalitzar l'acceptació, adjudicació i partició hereditària.

En aquest sentit, hem de recordar que la DGRN és congruent amb la seva doctrina sobre la inscripció de documents notarials estrangers. La Resolució de 15 de març de 2000 es va dictar en contestació a una consulta formulada per un notari alemany sobre si és inscripcible en el Registre de la Propietat o Mercantil d'Espanya una escriptura de compravenda d'immobles o de constitució de societat atorgada davant de notari alemany per estrangers no residents a Espanya i si el RD 2537/1994, de 29 de desembre, sobre col·laboració entre les notaries i els registres de la propietat per a la seguretat del tràfic jurídic immobiliari, és igualment aplicable als notaris estrangers. La Direcció General va contestar afirmant l'exigència general de document públic en el sistema espanyol, de manera que el primer que s'ha d'examinar és si el document autoritzat pel notari estranger pot ser qualificat de document públic o autèntic. Una vegada fet aquest examen, és necessari tenir en compte que *«la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se rigen, de acuerdo con el art. 10.1 C.c., por la ley del lugar dónde se hallen [...] será la lex rei sitae la que determine los requisitos precisos para que el documento notarial extranjero sea inscribible en el registro español [...] lo que supone que dicho documento tenga una eficacia equivalente a la que nuestro ordenamiento jurídico atribuye al documento público notarial en su modalidad de escritura pública»*. Una vegada sotmesa l'escriptura de transmissió d'immoble autoritzada per notari alemany a aquesta anàlisi, la Direcció General conclou que *«el sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos reales es, en España, radicalmente diferente a otros sistemas, como el alemán, basados en el acuerdo abstracto entre el titular registral y el adquirente, sobre la producción de la mutación jurídica real, unida a la inscripción constitutiva, a diferencia del carácter declarativo que, por regla general, se predica de la inscripción en el sistema registral*

español, lo que justifica que en dicha legislación germana, el tráfico inmobiliario, de acuerdo con sus normas de conflicto, queda sometido a la lex substantiae, rechazándose toda posible aplicación de la regla locus, y se reserve a los Notarios nacionales la autorización de los actos y contratos de significado alcance traslativo y constitutivo de propiedad y de derechos reales inmobiliarios registrales». Per tant, es rebutja també l'aplicació del RD 2537/1994 perquè «dicha regulación estaba pensada para aquellos supuestos en que no fuera precisa una previa calificación compleja de la solicitud de información».

No obstant això, cal advertir que aquesta Resolució no establia veritablement una prohibició general d'accés al Registre espanyol de l'escriptura autoritzada per notari estranger, sinó que semblava optar per veure en cada cas si podia considerar-se un document públic i si s'adaptava al sistema de transmissió immobiliari propi del dret espanyol.

Més contundents són les resolucions de 7 de febrer de 2005 i 20 de maig de 2005, que estableixen clarament la regla general de la no inscripció d'escriptures autoritzades per notaris estrangers. Els arguments es basen en el fet que la intervenció del notari espanyol és fonamental per salvaguardar els interessos de l'Estat que resulta del control de legalitat que efectua de l'acte o negoci jurídic i del qual es deriva una sèrie d'informacions essencials per a la protecció dels interessos de les parts, a més que resulta fonamental per als interessos de la Hisenda Pública. En aquest sentit les resolucions afirmen que «*el sometimiento legal de un acto, a veces, a determinadas formalidades puede operar como una forma de control, impuesta por razones de política legislativa al servicio de determinados intereses, y entonces, detrás de la forma se encubre, aparte del consentimiento, también un requisito de fondo del negocio: una forma de control, más allá de la autonomía privada, como condicionante inexcusable de ciertos efectos jurídicos. Este doble alcance o significado de la forma se advierte en el actual artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*», i precisa que «*cuando la cuestión formal se reduce sólo a un problema de fiabilidad de determinada forma como expresión y prueba fehaciente del consentimiento, y de la autenticidad y capacidad de quien lo presta, la intervención de una autoridad extranjera que así lo certifique, cuando el acto tenga lugar en el extranjero, debe merecer, lógicamente, una consideración equivalente a la forma intervenida por una autoridad del foro, y así lo ha sostenido en reiteradas ocasiones esta Dirección General, aceptando esa posible equivalencia de las formas en materia de poderes formalizados ante autoridades extranjeras [...] Más problemático parece, en cambio, pretender una eventual equivalencia de las formas cuando la intervención de determinada autoridad del foro, como un Notario, se exige como un requisito de eficacia del acto, a fin de*

proteger determinados intereses del foro (como ocurre cuando se trata de la transmisión de la propiedad y derechos reales sobre bienes inmuebles), pues entonces la ley que rige los efectos será la que realice el control de la equivalencia», i afegeix que aquests interessos de l'Estat no els pot garantir «un funcionario extranjero, carente de formación y autoridad para controlar una legalidad ajena a su competencia y exento de deberes de cooperación con una Administración Pública de la que no forma parte. Aunque la autenticidad de cualquier documento notarial como forma del consentimiento pueda reconocerse con carácter transfronterizo, en cambio, el control de legalidad que el Notario ejerce tiene un alcance limitado al ordenamiento aplicable en el Estado al que pertenece, de modo que la presunción de legalidad del documento que autoriza, definida por su relativismo, no constituye un común denominador sino un rasgo diferencial frente a cualquier otro documento notarial extranjero o intervenido por las autoridades de otros Estados con ordenamientos jurídicos heterogéneos [...] El Notario español debe dar fe (conforme al artículo 17 bis de la Ley del Notariado) de que el otorgamiento que autoriza se adecua al ordenamiento jurídico español, juicio que no emite el Notario extranjero». D'altra banda, el control que el notari espanyol fa sobre el document no afecta únicament les parts contractants, sinó també tercers, entre els quals hi ha les administracions públiques i, entre elles, la Hisenda Pública.

Posteriorment, les mateixes resolucions precisen que «cada Estado regula de modo propio y diferenciado el momento o el sistema de transmisión del dominio de los bienes situados en su territorio. Por ello, el Convenio de Roma (ratificado por España) sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, en su artículo 9.6, admite la vis atractiva de la lex rei sitae y que el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario quede sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, en consonancia con el artículo 10.1 de nuestro Código Civil al sujetar la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, a la ley del lugar donde se hallen. La transmisión del dominio en el Derecho español se produce por la suma de título y modo, cuya simbiosis es el valor traditorio de la escritura pública (artículo 1462.2 C.c.) [...] el valor traditorio previsto en el artículo 1462.2 del Código Civil y el consiguiente efecto traslativo del dominio que de ahí deriva, no es aplicable más que a la escritura pública española».

Per tant, aquesta escriptura autoritzada per un notari estranger necessitarà, per ser inscrita en un Registre de la Propietat espanyol, una nova escriptura de ratificació atorgada per les mateixes persones en la qual el notari espanyol aplicarà íntegrament la legislació espanyola sobre l'adquisició del domini com si es tractés d'un supòsit ordinari d'autorització d'escriptura pública, de manera que caldrà reiterar el consentiment prestat en

l'escriptura atorgada a l'estranger per tots els atorgants, ja sia personalment ja sia mitjançant un apoderat amb poder suficient a aquest efecte.

Per això, les resolucions de 7 de febrer de 2005 i 20 de maig de 2005 únicament estableixen com a mecanisme vàlid l'escriptura de ratificació davant de notari espanyol en declarar que *«la compraventa formalizada en el documento notarial extranjero facultará a los contratantes para compelerse recíprocamente, en ejecución del mismo, a otorgar la correspondiente escritura ante Notario español que sirva de título transmisivo de la propiedad inscribible en el Registro, debiendo concurrir todos los contratantes a su otorgamiento, salvo que se hubiese incluido en el contrato alguna cláusula de apoderamiento al efecto...»*.

En definitiva, el títol successori pot ser un testament autoritzat per un notari espanyol; l'acceptació, adjudicació i partició hereditàries necessàries per a l'adquisició del domini dels immobles situats a Espanya s'han de fer davant d'un notari espanyol, seguint els mateixos requisits formals que s'exigeixen per a les successions de ciutadans espanyols; i a la successió s'aplicarà la llei personal del causant segons les normes vistes dels articles 9.8 i 12.2 del Codi civil i la doctrina del TS, evitant tant com es pugui el fraccionament de la successió.

3. Les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques

Més que de resolucions en plural hem de parlar de l'única Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques que fins avui ha tractat el tema de la successió dels estrangers. Es tracta de la Resolució de 18 de setembre de 2006, que va abordar la successió d'un ciutadà de nacionalitat belga mort a Catalunya, on residia de manera continuada des de feia bastants anys, amb propietats immobles situades també a Catalunya. La Direcció General, després de confirmar la seva competència en la qüestió atès que no hi pot haver infracció més gran de les normes del dret català que deixar d'aplicar-les quan correspongui, procedeix a decidir si en la successió d'aquest ciutadà havia de regir-se pel dret belga o pel català i, per tant, si les lleghítimes aplicables eren les del primer, com sostenia la registradora, o les del segon, com argumentava el notari autoritzant de l'escriptura d'herència.

La Direcció General no aporta cap novetat en l'argumentació sostinguda pel TS i la DGRN que hem vist anteriorment encara que referida al dret català, és a dir, parteix de la base que la successió d'una persona estrangera morta a Catalunya s'ha de regir per la seva llei nacional, que en el dret internacional privat espanyol aplicable a Catalunya regeix el principi d'universalitat de la successió i que només s'admet el reenviament a favor

de la llei catalana. Per tant, en el cas objecte del recurs, atès que la llei belga estableix que els tribunals belgues aplicaran a la successió dels béns mobles la llei de residència i als immobles la del lloc de situació, serà sempre aplicable la llei catalana, ja que era la de residència del causant i la del lloc de situació dels seus immobles, amb la qual cosa, per tant, no hi ha cap fraccionament de la successió. I, com és lògic, en aplicar-se el dret successori català correspon aplicar la llegítima catalana i no la belga.

D'aquesta solució es dedueix, al contrari, que si el causant hagués estat resident a Bèlgica la llei d'aquest país hauria portat a aplicar als mobles la llei belga i als immobles la catalana, solució inadmissible en el nostre dret, ja que es provocaria la ruptura del principi d'unitat i universalitat de l'herència. Per tant, la successió es regiria en aquest cas en la seva totalitat pel dret belga en tant que propi de la nacionalitat del causant i no s'admetria el reenviament al dret català respecte dels immobles.

En canvi, sí que és innovadora la Resolució de la Direcció General quan afirma contundentment que si una norma de conflicte d'un Estat estranger remet a la legislació espanyola, aquesta és la competent per a la determinació de la que és aplicable entre els diversos ordenaments espanyols i que si el punt de connexió està situat a Catalunya (residència i/o lloc de situació dels immobles) les lleis espanyoles aplicables són les de Catalunya i no les comunes, solució que també resultava, com hem vist, de la Resolució de la DGRN de 24 d'octubre de 2007 vista anteriorment i que resulta dels articles 12.5 i 16.1 del Codi civil espanyol.

4. Conclusions sobre els criteris jurisprudencials

No repetirem els criteris a bastament examinats de la determinació de la llei de la successió en funció de la llei nacional del causant, l'admissió del reenviament de primer grau i els principis d'unitat i universalitat de la successió. El que interessa ara és veure l'aplicació pràctica d'aquests criteris i principis i determinar la llei aplicable a la successió del causant estranger quan la seva llei nacional, seguint el criteri territorial, distingeix entre la llei aplicable als béns mobles i als immobles, aplicant als primers la llei del domicili o residència i als segons la llei de situació.

La qüestió ha estat estudiada per RIVAS DE ANDRÉS² especialment pel que fa al conflicte entre llei espanyola i anglesa, que segueix precisament el criteri territorial, de manera que les seves conclusions són aplicables a tots

² RIVAS DE ANDRÉS, Rafael. «Aplicación de las legítimas del Código Civil español a las herencias inglesas (Un consejo sobre cómo preparar una herencia inglesa en España a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002)». *La Notaría*, núm. 10/2002, p. 40 i seg.

els altres casos en què la llei del causant segueix el mateix criteri. Segons aquest autor:

«...a partir de esta STS de 2002 [es refereix a la de 23-9-2002], el reenvío de la ley inglesa respecto de la herencia de bienes muebles a la ley del último domicilio del causante cobra una importancia que antes no tenía. En efecto, el TS considera que si se respeta el principio de unidad de la herencia no hay inconveniente en admitir que la herencia inglesa se rija por entero por la ley española con sus legítimas. O dicho con otras palabras, a una herencia inglesa SÍ se le aplicará la ley española:

- a) Si consiste exclusivamente en muebles y sea cual sea el país en que se encuentren, el causante tuvo su último domicilio en España.*
- b) Si consiste exclusivamente en inmuebles y éstos están situados únicamente en España.*
- c) Si consiste parte en inmuebles y parte en muebles y los primeros están situados sólo en España y respecto a los segundos el causante tuvo su último domicilio en España.*

Por el contrario, para evitar el reenvío hay que romper la unidad de la herencia, y entonces a una herencia inglesa NO se le aplicará la ley española:

- a) Si consiste exclusivamente en muebles y, sea cual sea el país en que se encuentren, el causante tuvo su último domicilio fuera de España.*
- b) Si consiste exclusivamente en inmuebles y éstos NO están situados exclusivamente en España.*
- c) Si consiste parte en inmuebles y parte en muebles y los primeros NO están situados sólo en España «O» respecto de los segundos el causante NO tuvo su último domicilio en España».*

III. ASPECTES PRÀCTICS NOTARIALS I REGISTRALS

1. La llei personal del causant no estableix el reenviament

1.1. L'aplicació de la llei estrangera

Si la llei nacional del causant a la qual ens remet l'article 9.8 del Codi civil estableix el mateix criteri o el de la darrera residència del causant,

els notaris i registradors hauran d'aplicar el dret del país estranger que correspongui. Quan aquest país sigui del mateix àmbit cultural que el nostre, l'aplicació del dret estranger no ha de presentar cap problema, llevat del que es deriva del seu coneixement, atès que ni els tribunals ni els esmentats funcionaris tenen l'obligació de conèixer el dret estranger. Per això, en la Resolució de 18 de gener de 2005 la DGRN ha declarat que *«al no regir respecto del derecho extranjero el principio de iura novit curia (art. 6.1 CC), y prevaleciendo el tratamiento procesal, en cuanto a la prueba, propio de un elemento fáctico, su acreditación es imprescindible. La prueba de la legislación foránea es por tanto exigible, más no tanto su mera alegación. El propio Notario, en su deber de aplicar la regla de conflicto española, debe determinar la Ley que ha de regir la sucesión, con independencia de que su aplicación haya sido instada o alegada por el rogante de la actuación notarial. (Cfr. STC, de 22 de Febrero de 2002). En este sentido puede afirmarse que [...] cabe considerar al derecho extranjero como un hecho a los meros efectos de su prueba, no a los de su alegación»*, i quant als mitjans de prova assenyala que *«en nuestro derecho inspirado por el principio de prueba libre, se sigue un sistema de textura abierta en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero. Sin embargo cabe destacar como medios más idóneos para alcanzar la plenitud probatoria, los documentales (entre los cuales, en un previsible futuro inmediato, cada vez más hay que incluir también los archivos susceptibles de consulta telemática como el CRIDON o la Red Notarial Europea, etc.) particularmente la documentación pública (informes o certificados expedidos por funcionario competente –vgr. Art. 36 RH, entre los que cabe incluir a los notarios, como regla general en los países que siguen el modelo notarial de corte latino) que habrán de reunir los requisitos establecidos por la Ley Rituaria (arts. 144, 323 y concordantes), y los periciales. Todo ello sin perjuicio del apoyo probatorio que a través de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (en aplicación del Convenio de Londres de 7/V/1968) se pueda lograr. Para finalizar, conviene, sin embargo, insistir en que los medios probatorios no constituyen un elenco cerrado, pues es al Notario al que corresponde decidir, bajo su responsabilidad, si la prueba presentada es suficiente, pudiendo, en caso contrario, demandar cuantos medios estime precisos [...] para considerar que la actividad probatoria es adecuada al fin pretendido...»*.

1.2. L'excepció d'ordre públic

El problema es planteja quan la llei nacional del causant respon a uns principis propis d'una altra cultura que poden contrariar els del nostre ordenament jurídic. En aquest cas s'ha de tenir en compte que és un principi admès en el dret internacional privat el que diu que la llei estrangera a la qual es remeten les normes de conflicte no pot ser aplicada quan sigui

contrària als principis fonamentals que informen l'ordenament jurídic del país. Així, tradicionalment s'han posat com a exemples d'institucions jurídiques que no serien en cap cas admissibles en un país occidental l'esclavatge, la poligàmia o les discriminacions per raó de sexe, filiació o religió, si bé és també possible que l'excepció de l'ordre públic pugui actuar també entre països d'una mateixa cultura i civilització en qüestions com el divorci³ o les vinculacions perpètuas de béns immobles.

No obstant això, el problema és que en aquesta qüestió ens movem amb molta inseguretats ja que és difícil precisar i delimitar el contingut de l'ordre públic tenint en compte que varia en funció de les circumstàncies jurídiques, polítiques, socials i econòmiques del país, raó per la qual una institució jurídica que avui es considera inacceptable pot ser admesa en el futur.⁴ Per això, en aquest tema cal combinar convenientment la protecció dels principis jurídics bàsics de l'ordenament jurídic propi amb la necessitat d'evitar interpretacions que afavoreixin l'aplicació sistemàtica de la llei interna del país sense més raó que la de tenir aquesta procedència, i per assolir aquest punt d'equilibri crec que s'ha d'estudiar el problema des de la perspectiva estrictament jurídica, és a dir, desvinculada de tota consideració política, atès que la solució que es doni serà procedent en tot cas, amb independència de si el dret estranger aplicable és el d'un Estat de la nostra mateixa arrel cultural o no.

També s'ha de tenir en compte que del que s'acaba de dir es dedueix que, quan no sigui possible aplicar el dret estranger cridat per la norma de conflicte per ser contrari a l'ordre públic, serà aplicable, com ha declarat el TS, la llei material espanyola, que té una competència residual o general per regular qüestions de dret privat plantejades davant dels tribunals i autoritats espanyoles, i proporciona així un criteri de seguretat jurídica.⁵

D'altra banda, també hem de destacar que en aquells països en els quals hi ha diverses unitats polítiques amb dret civil propi, s'haurà de considerar l'existència d'un ordre públic general i un altre de particular per a cadascun dels drets civils existents, de manera que el concepte d'ordre públic o interès nacional no és, en realitat, un concepte polític propi dels estats, sinó un concepte jurídic que, com a tal, és propi de tot l'ordenament jurídic

³ Pensem en el cas espanyol que no el va acceptar fins a la Llei de 7 de juliol de 1981.

⁴ La Sentència del TS de 5 d'abril de 1966 va definir l'ordre públic internacional com «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». En el mateix sentit vegeu la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 6 d'abril de 1979.

⁵ Vegeu en aquest sentit les sentències de 23 de març de 1994, 11 de maig de 1989, 13 de febrer de 1974, 12 de març de 1970, 29 de setembre de 1961, 16 d'octubre de 1940, etc.

complet, amb independència que el territori al qual s'aplica disposi o no d'una estructura política estatal, qüestió que ens permet parlar d'un ordre públic català que deriva de l'existència d'un dret civil català configurat com un ordenament jurídic complet, capaç d'autointegrar-se.

Des d'aquesta perspectiva, considero que els principis i les normes configuradors de l'ordre públic internacional propi del dret civil català en matèria successòria són els següents:

1) Principi d'igualtat:

No es permet cap discriminació per raó de naixement, filiació, raça, sexe o religió, com estableix l'article 14 CE, raó per la qual:

- a) Tots els fills tenen els mateixos drets (art. 39 CE), principi recollit en el Codi de successions pels articles 9, actual 412-1, amb caràcter general, 330, actual 442-1, per a la successió intestada i 352, actual 451-3, per a la llegítima, i per l'article 113 del Codi de família, en establir els efectes de la filiació.
- b) Home i dona tenen els mateixos drets, segons estableixen els articles 1, 2, 3 i 9 del Codi de família per als matrimonis i els articles 1, 3 i 11 de la Llei d'unions estables de parella per a aquestes situacions, i no s'admet cap tipus d'unió, matrimonial o de fet, que no sigui la de parella. Per la mateixa raó no s'admet la poligàmia.
- c) Pare i mare tenen els mateixos drets i obligacions com a titulars de la pàtria potestat, segons disposa el Codi de família en els articles 137, que ordena el principi de l'exercici conjunt de la potestat, 143, que imposa als dos els deures de la potestat, i 147, que estableix per a pare i mare el mateix règim d'exercici de l'administració.

D'altra banda, la Sentència del TS de 15 de novembre de 1996 va declarar que les llegítimes no formen part de l'ordre públic, amb la qual cosa rectifica el criteri adoptat per la de 23 d'octubre de 1992. No obstant això, tot i admetent que les llegítimes no són, en efecte, matèria integrant de l'ordre públic, sí que ho és la manera concreta de regular-les pel que fa als criteris de distribució dels drets hereditaris entre els hereus en funció del seu sexe, filiació o religió. És a dir, no es pot aplicar el sistema legitimari a una successió regida per una llei que desconeix les llegítimes encara que els béns estiguin situats en territori espanyol o, en el nostre cas, català, de manera que les llegítimes no es poden imposar obligatòriament. Ara bé, si la successió està regida per una llei que estableix un sistema legitimari, aquest no podrà basar-se en criteris que discriminin els hereus en funció del seu sexe, filiació o religió, atès el repetit principi d'igualtat que regeix el nostre ordenament jurídic.

De la mateixa manera, no es podrà admetre un ordre successori intestat que faci de pitjor condició la dona o les filles envers els fills de sexe masculí. Aquestes atribucions desiguals i apriorístiques basades en purs criteris de discriminació sexual no serien admissibles al nostre país, per la qual cosa s'haurà d'aplicar el sistema establert pel Codi de successions quan l'herència es compongui de béns immobles situats a Catalunya.

2) Principi de protecció dels dret i interessos dels menors d'edat i dels incapacitats:

Es deriva amb caràcter general de l'article 39 CE, que ordena als poders públics assegurar la protecció integral dels fills, i que inspira tota la regulació de la pàtria potestat i de la tutela que fa el Codi de família i es manifesta especialment en els articles 151 i 212 quan estableixen determinats actes i negocis jurídics de caràcter extraordinari per dur a terme els quals els pares i tutors necessiten l'autorització judicial, com succeeix en la renúncia i l'acceptació sense benefici d'inventari d'herències.

A més, en cas de la pàtria potestat l'article 153 admet que l'autorització judicial pugui ser substituïda pel consentiment de l'acte, manifestat en escriptura pública del fill o filla, si té almenys setze anys, o dels dos parents més pròxims del fill o filla, en la manera establerta en l'article 138.2, sens perjudici que no sigui necessària cap d'aquestes autoritzacions si es tracta de béns adquirits pel menor per donació o a títol successori si el donant o el causant l'han exclosa expressament. Es tracta de tres excepcions que deriven del principi de respecte a la personalitat i la voluntat del menor a partir d'aquella edat, del reconeixement de la família com la base mateixa de la societat catalana i del principi de respecte absolut a la voluntat del causant o disponent a títol gratuït. En aquests supòsits podríem parlar d'una excepció d'ordre públic que no comportaria la prohibició d'aplicació d'una llei estrangera, sinó l'obligació d'aplicar determinades institucions jurídiques pròpies del nostre dret qualsevol que sigui la llei aplicable.

3) Principi de prohibició de les vinculacions perpètuas de béns immobles:

No és ara el moment de recordar el procés desamortitzador de les terres que es va donar a Espanya en el segle XIX i que va marcar tot el procés codificador, però sí que cal assenyalar que el mateix criteri contrari a les vinculacions perpètuas o indefinides ha regit tradicionalment a Catalunya, i l'article 204 del Codi de Successions, actual 426-10 del Codi Civil de Catalunya, n'és un exemple.

D'altra banda, l'article 38 de la Constitució espanyola protegeix l'economia de mercat, amb la qual són incompatibles les vinculacions perpètuas.

Per tant, en aquesta matèria, malgrat el que disposa l'article 9.8 del Cc, s'ha de tenir en compte que les prohibicions de disposar no poden ser perpètuas i excedir els límits establerts per a la substitució fideïcomissària, segons disposa l'article 166.1 CS, precepte que es modifica en el llibre quart del Codi civil de Catalunya, atès que el nou article 428-6, després de declarar que les prohibicions de disposar únicament són eficaces si són temporals, ordena que no poden excedir la durada de la vida d'una persona física determinada o, altrament, els trenta anys, amb la qual cosa remarca la temporalitat de la prohibició i en limita la durada. Tot això sense oblidar que també serà necessari que tinguin una raó lícita, requisit que, com diu ENCARNA ROCA I TRIAS, s'ha de deduir de la necessitat exigida en l'article 161 CS (actual 428-5.1) com a característica general dels modes.⁶

Tampoc no seran admissibles substitucions fideïcomissàries que vinculin els béns hereditaris més enllà dels límits establerts per l'article 426-10 del llibre IV del Codi Civil de Catalunya.

La raó de ser d'aquestes limitacions és que no es pot prohibir la lliure contractació atès el principi propi del dret català de la lliure circulació dels béns i el reconeixement constitucional de l'economia de mercat en l'article 38 CE, que prohibeix l'amortització dels béns susceptibles de tràfic jurídic.

Per tant, encara que segons la legislació del causant fos vàlida una prohibició perpètua o una substitució fideïcomissària per sobre dels límits establerts pel Codi civil de Catalunya, aquestes no serien admissibles a Catalunya i no es podrien inscriure en el Registre de la Propietat, raó per la qual no es podria prohibir que els béns hereditaris fossin objecte de contractació.

2. La llei personal del causant estableix el reenviament

Actualment, podríem dir que hi ha dues línies en la pràctica notarial i registral a l'hora d'autoritzar escriptures d'herència de causants de nacionalitat estrangera la llei nacional dels quals distingeix entre la llei aplicable a béns mobles i immobles, com succeeix amb els francesos, britànics i belgues: aplicar la llei de situació dels béns, entenent que si la llei personal no considera la unitat de la successió tampoc no ho han de fer els funcionaris espanyols, i la que considera que la regla de la unitat de la successió és una norma interna imperativa que no pot ser obviada sota l'argument que la llei personal del causant remet a l'espanyola.

⁶ Encarna ROCA TRIAS i Lluís PUIG FERRIOL. *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Dret de Successions*. Vol. II, 4a edició, Ed. Tirant lo Blanch, p. 343.

2.1. Distinció entre la llei aplicable a mobles i immobles

La primera línia d'actuació pràctica es basa en els arguments següents:

1. Si la llei del causant reenvia a una altra, només s'accepta si provoca el retorn al dret espanyol (art. 12.2 Cc) i no trenca el principi d'universalitat i unitat de la successió.
2. No obstant això, es pot trencar el principi d'universalitat i unitat de la successió si la pròpia llei del causant admet aquest trencament.
3. Aquest és el cas del reenviament que fan les lleis d'alguns països que distingeixen entre el règim legal per als béns mobles (residència) i els béns immobles (lloc de situació).
4. En aquests casos pot formalitzar-se l'herència d'acord amb el dret espanyol corresponent al lloc de situació dels immobles (sigui el comú o el foral), encara que el causant tingui la residència a l'estranger i es trenqui la universalitat i unitat hereditària.

2.2. S'aplica una sola llei a tota la successió

El problema és que aquesta solució, que té l'atractiu evident de la seva facilitat d'aplicació pels funcionaris espanyols ja que aplica sempre la llei espanyola a la successió de l'estranger amb béns immobles a Espanya, no té en consideració que la regla de la universalitat i unitat de la successió és una norma obligatòria del dret internacional privat espanyol, com hem vist anteriorment quan hem examinat les sentències del TS i les resolucions de la DGRN i de la DGDEJ de Catalunya.

Per tant, mentre no canviï la legislació, hem de fer el possible per obrir una via d'harmonització entre la llei de situació dels immobles i la llei personal del causant tenint en compte les dues legislacions, de manera que el reenviament de la llei personal del causant al dret espanyol per raó de la situació de l'immoble implica l'aplicació d'aquest dret als aspectes relatius a la validesa del títol successori, així com als lligats a l'adquisició del domini sobre immobles al territori espanyol, mentre que en la resta regirà la llei nacional del causant.

Dit d'una altra manera, la llei espanyola, comuna o foral, s'aplicarà a la validesa del títol successori i als aspectes relatius a l'adquisició del domini sobre immobles situats en territori espanyol, mentre que el contingut material de la successió, com poden ser les lligítimes, les reserves, els drets viduals, les substitucions o les quotes hereditàries, es regirien per la llei personal del causant. Aquest és el veritable sentit de la doctrina de la DGRN, de manera que quan diu que als aspectes lligats a l'adquisició

del domini sobre immobles al territori espanyol, com ara l'acceptació, l'adjudicació i partició hereditària, s'aplicarà la llei espanyola no es refereix al contingut de la llei successòria, sinó únicament als requisits per a l'adquisició del domini d'immobles a Espanya, és a dir, als documents autèntics necessaris per formalitzar l'acceptació, adjudicació i partició hereditària.

3. El testament atorgat a Espanya per l'estranger

La Resolució de la DGRN de 24 d'octubre de 2007 destaca especialment la conveniència que el ciutadà estranger atorgui un testament davant de notari espanyol amb la sola finalitat d'ordenar *mortis causa* el patrimoni immobiliari situat al territori espanyol, el qual, d'acord amb els articles 9.8 i 11 del Codi civil, ha de ser considerat vàlid i suficient, i afirma que la possibilitat de testar davant de notari espanyol per ordenar el patrimoni immobiliari situat a Espanya és una via que genera seguretat jurídica al ciutadà estranger i que, especialment en els casos de dualitat de la llei personal, que distingeix entre la llei aplicable als mobles i als immobles, assegura la propietat del bé immoble després de la mort del seu titular i facilita i fa més barata la formalització de l'escriptura d'acceptació i partició hereditària.

Tot i això, serà necessari advertir sempre expressament el testador estranger no resident que limiti el seu testament als béns immobles situats a Espanya i que en el cas que atorgui un testament posterior en qualsevol altre país salvi la vigència i validesa del testament atorgat a Espanya, ja que és norma general en la quasi totalitat dels països que el testament posterior revoca l'anterior, llevat que en el darrer se salvi la vigència de tot o una part d'un altre atorgat abans.

4. La declaració d'hereus de l'estranger

Aquesta qüestió va provocar moltes discussions al si del notariat quan la reforma de la LEC de 30 d'abril de 1992 va atribuir als notaris la competència per a la declaració d'hereus quan aquests fossin descendents, ascendents o cònjuges del causant. El cert és que avui en dia no hi ha dubte sobre la possibilitat que el notari espanyol autoritzi una declaració d'hereus d'un ciutadà estranger i els arguments legals els dona amb tota mena de detalls la Resolució de la DGRN de 18 de gener de 2005.

No obstant això, hi ha dues qüestions que s'han de tenir en compte: la primera és destacar que la declaració d'hereus és una acta de notorietat, i la segona, que la competència del notari espanyol no implica la incompetència del funcionari corresponent del país d'origen. En altres paraules, o

més clarament si es vol dir així, en qualsevol cas el notari ha d'arribar a la convicció (al judici de notorietat) que els hereus són determinades persones, per la qual cosa se li ha de provar indubtablement la defunció del causant, l'absència de testament a Espanya i, com a mínim, al seu país d'origen, el nombre de fills, el cònjuge reconegut legalment i la legislació aplicable, segons adverteix encertadament l'esmentada Resolució. Si el notari dubta de la documentació aportada o de la declaració dels testimonis que manifesten el desconeixement d'un testament hològraf i d'altres fills o cònjuges, s'ha de negar a autoritzar l'acta, la qual cosa no implicarà mai una indefensió del ciutadà estranger, ja que sempre tindrà la possibilitat d'acudir al funcionari competent del seu país d'origen per autoritzar l'acta de declaració d'hereus, la còpia de la qual, amb la postil·la o legalització diplomàtica corresponent, serà perfectament vàlida per tal de formalitzar l'escriptura d'acceptació d'herència.

D'altra banda, hi ha una altra qüestió pràctica a la qual ens hem de referir. Quan un nacional d'un país estranger es mor amb béns immobles situats a Catalunya tot sovint els seus hereus no volen continuar sent-ne propietaris, de manera que els posen en venda. En aquest cas és habitual que tots els hereus atorguin l'escriptura d'herència del causant per, acte seguit, vendre els béns hereditaris.

El que passa és que, de vegades, la determinació de les quotes hereditàries és difícil, perquè no vénen clarament determinades en les declaracions d'hereus o actes de darreres voluntats formalitzades al país d'origen. En aquests casos, per evitar problemes en la determinació d'aquestes quotes i dels drets hereditaris concrets de cadascun dels interessats, és possible que l'herència i la venda es facin sense haver de fer cap partició hereditària prèvia. Així ho admet la Direcció General dels Registres i del Notariat en la Resolució de 25 de febrer de 1999, que reitera la doctrina favorable al fet que els actes de disposició sobre béns que figuren registrats a favor del causant, que en el cas d'aquesta Resolució era un ciutadà alemany, puguin accedir directament al Registre de la Propietat sense necessitat de la inscripció prèvia de l'adquisició i partició hereditària, sempre que l'escriptura de compravenda estigui atorgada per tots els que acreditin ser els únics hereus del causant titular registral dels béns i consti la seva acceptació expressa o aquesta acceptació derivi, per llei, del mateix acte dispositiu la inscripció del qual se sol·licita.⁷ Per tant, en aquest cas no és necessària la inscripció prèvia de l'adquisició hereditària per inscriure la compravenda.

⁷ En aquest mateix sentit es poden veure les resolucions de 21 de gener de 1993, 10 i 11 de desembre de 1998, així com els articles 20 de la Llei hipotecària i 209.1 del seu Reglament.

Aquesta fórmula és especialment aconsellable en els casos d'herències sotmeses al dret de països islàmics, que, en general, es regeix per quatre regles fonamentals: la dona hereta la meitat que l'home; l'ordre de succeir dels hereus és establert per l'Alcorà; en determinar la quota hereditària de cada successor es distingeix entre diferents tipus de parents, i la prohibició de la successió intestada entre un musulmà i un no-musulmà. Totes elles difícilment admissibles en el nostre dret.

Ara bé, aquesta solució no és aplicable quan la venda dels béns hereditaris no es fa de manera immediata, sinó que es deixa passar un temps per contractar amb aquests o els hereus no tenen voluntat de vendre. En aquests casos es fa imprescindible inscriure la partició hereditària, i a l'hora de fer les adjudicacions de béns a cadascun dels hereus hi pot haver topades entre la llei nacional del causant reguladora de la seva successió, segons disposa l'article 9.8 Cc, i l'ordre públic de l'ordenament jurídic català.

Aquesta és una qüestió fonamental per a la futura contractació que tingui per objecte els béns hereditaris, ja que de les normes que s'apliquin a la successió dependrà la determinació dels hereus i, per tant, de les persones legitimades per disposar d'aquells béns.

IV. UNA PROPOSTA DE FUTUR

El Codi civil espanyol, encara que tímidament, ha anat donant rellevància al criteri de la residència habitual en altres matèries del dret familiar, però encara no ha gosat fer el mateix amb el dret successori, com hem vist en estudiar la jurisprudència, que continua aferrada a la nacionalitat del causant com a punt de connexió.

El cert, però, és que avui en dia Espanya ja no és un Estat d'emigrants, sinó d'immigrants, i el criteri de la nacionalitat que tenia per objecte que els ciutadans espanyols no perdessin el seu dret quan anaven a viure a l'estranger ha perdut bona part de la seva justificació. Per això, darrerament, la doctrina assenyalava la conveniència de donar preferència al criteri de la residència, ja que en definitiva qui viu i treballa en un país en forma part i s'integra en la seva societat, que és regida per un determinat ordenament jurídic que hauria de ser aplicable a tots els ciutadans del país, independentment de la seva nacionalitat.

No obstant això, no es pot abordar aquesta qüestió sense fer referència al sector doctrinal que obre la porta a la *professio iuris*, és a dir, a la possibilitat que el causant pugui triar la llei aplicable a la seva successió.

En aquest sentit, AZCARRAGA MONZONIS,⁸ després d'analitzar les propostes d'harmonització del dret internacional privat de successions fetes per l'Institut de Dret Internacional, la Conferència de la Haia i la Unió Europea, diu:

*«La propuesta que se pretende exponer parte de la ineptitud de cualquier modelo de Derecho aplicable a las sucesiones que contenga un único criterio de conexión para gestionar todos y cada uno de los casos que se plantean en este campo [...] Como consecuencia de lo anterior, la solución a proponer pasaba por considerar diferentes criterios de conexión, con el fin de abarcar el máximo de supuestos de hecho posible. La conexión que mejor responde a este ideal es, innegablemente, la *professio iuris*. Se ha pretendido destacar con ello la relevancia del papel de la autonomía de la voluntad como elemento conciliador en el antiguo debate acerca del criterio de conexión más adecuado para regir las sucesiones internacionales. Si se permite elegir al causante la legislación aplicable a su sucesión de entre delimitadas posibilidades concretadas conforme a criterios objetivos —lo que garantiza la proximidad con el caso—, se asegura que la sucesión se regirá por el mejor Derecho. Al menos será el más próximo a los intereses del *de cuius*.*

Para aquellos casos en que el causante no haya ejercido su derecho a elegir, varias posibilidades se abren ante el legislador. A éste corresponde optar entre dos criterios de conexión objetivos, con el fin de localizar la sucesión en el Derecho del Estado del último domicilio o del de la última residencia habitual. No obstante, la apreciación de vínculos más estrechos con otro país conducirá a la aplicación de la legislación sucesoria de este último.

De no poderse determinar ninguno de los anteriores nexos, la conexión nacionalidad pasa a jugar un papel esencial, sirviendo de cláusula de cierre para la determinación del Derecho aplicable en aquellas sucesiones en las que el fallecido ostente una única nacionalidad en el momento de fallecer».

Aquesta opinió es fonamenta en el respecte i potenciació de l'autonomia de la voluntat, per la qual cosa com a punt de partida és digna de consideració, però oblida que la possibilitat que el testador pugui triar la llei de la seva successió equival a reconèixer-li una absoluta llibertat de testar que poques legislacions admeten.

Efectivament, en el dret successori s'han conjugat sempre l'autonomia de la voluntat del testador i els drets successoris de la família més propera que

⁸ AZCARRAGA MONZONIS, Carmen. *Sucesiones Internacionales. Determinación de la norma aplicable*. València, Tirant lo blanch, 2008, p. 413 i seg.

s'articulen al voltant de la institució jurídica de la llegítima, de manera que en la majoria dels països la llibertat de testar té els límits derivats de les atribucions legals, especialment les legítimes.

Així plantejada la qüestió, i pel que fa al nostre país, és necessari també distingir entre l'ordre públic i les normes imperatives. És cert que les llegítimes no formen part de l'ordre públic, però això vol dir únicament que serà possible aplicar les llegítimes corresponents a la llei que reguli la successió del causant estranger i no necessàriament les del lloc de situació de l'immoble. Però, d'altra banda, una vegada determinada la llei aplicable segons les normes del dret internacional privat, s'han d'aplicar les seves normes i, entre elles, les que regulen les llegítimes, que són imperatives, de manera que el testador no pot evitar-ne l'aplicació.

En definitiva, la teoria de la *professio iuris* és molt interessant doctrinalment, però no seria res més que una conseqüència necessària de l'establiment d'un sistema de llibertat de testar que avui en dia és excepcional al món. Per tant, i en l'aspecte pràctic, segurament serà més fàcil canviar el punt de connexió adoptant la residència que no pas canviar el sistema legitimari.

SEGONA PONÈNCIA
SUCCESSIÓ TESTAMENTÀRIA

EL TESTAMENTO EN EL NUEVO LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

JOSÉ MIGUEL MEZQUITA GARCÍA-GRANERO
NOTARIO

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN: LIBERTAD CIVIL, FORMA Y SUCESIÓN EN CATALUÑA. 1. La libertad. 2. La forma. II. PLAN DE EXPOSICIÓN. III. LAS DISPOSICIONES GENERALES. 1. Libertad de testar. 2. Contenido del testamento. 3. Capacidad para testar. 4. Tipos de Testamento. 5. Interpretación de las disposiciones testamentarias. IV. LOS TESTAMENTOS NOTARIALES. 1. Identificación y Juicio de capacidad. 2. Testamento otorgado por persona con discapacidad sensorial. 3. Intervención de facultativos. 4. Testigos e idoneidad de los mismos. 5. Idioma del testamento. 6. El testamento abierto: redacción y autorización. 7. El testamento cerrado. V. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO. VI. CODICILOS Y MEMORIAS TESTAMENTARIAS. 1. Los codicilos. 2. Las memorias testamentarias. VII. OTRAS NORMAS.

I. INTRODUCCIÓN: LIBERTAD CIVIL, FORMA Y SUCESIÓN EN CATALUÑA

Es tradicional afirmar que el derecho romano clásico y post clásico, en especial el sucesorio, reverencia a la forma y luego, para no restringir en exceso la libertad civil, atempera lo anterior con considerables dosis de sentido práctico o común. O, si se prefiere dicho al revés, entroniza la libertad civil y la autonomía de voluntad (para los ciudadanos romanos, por supuesto) pero la encauza a través de la forma estrictamente exigida. Como una puerta que se abre a nuevos espacios fácilmente y sin chirriar, pero con la condición de usar la llave adecuada en la cerradura adecuada, de manera que se use la libertad sin merma de la seguridad.

Pocos entre los ordenamientos sucesorios actuales que conviven en España son tan fieles a esa doble idea como lo es el catalán, ahora nuevamente destilado con ocasión de la promulgación de la Ley 10/2008, de 10 de Julio, del libro IV del Código Civil de Cataluña.

1. La libertad

Prueba de ello es el reconocimiento de la autonomía de voluntad del causante para alterar la naturaleza misma y fines del proceso sucesorio.

Efectivamente, el derecho catalán considera *ab initio* como consustancial a dicho proceso la existencia de un heredero, entendido como auténtico continuador de la personalidad jurídica del causante y, desde la edad media especialmente, garante además de la continuidad de la explotación familiar y su gobierno unitario. Así, vemos que la ley habla de las formas de suceder como *fundamentos de la vocación sucesoria*; el nombramiento de heredero figura en la definición legal y se considera contenido esencial e inexcusable del testamento y del pacto sucesorio, y se protege a través de multiplicidad de normas y principios, muchos de ellos objetables en los tiempos actuales: desde el carácter *pars valoris* de la legítima para garantizar la libertad de nombrar sucesor, hasta los principios *semel heres semper heres* o *nemo pro parte intestatus pro parte intestatus decedere potest*.

Pero luego resulta queo todo ese blindaje decae si, en testamento o pacto sucesorio, se nombra albacea universal.

La libertad del causante trasciende así de la simple libertad de testar, o la de elegir la forma de la vocación sucesoria (llamando al heredero en un heredamiento en lugar de en un testamento, por ejemplo): su poder alcanza la facultad de caracterizar el fenómeno mismo de la sucesión, sustituyendo los efectos propios y normales del título sucesorio en un ordenamiento latino por los de uno de tipo anglosajón, a través del nombramiento de *marmessor* o albacea universal, que evita la nulidad del testamento por falta de institución de heredero y que, en su modalidad de albaceazgo universal (sea de realización dineraria o de entrega del remanente) cambia al protagonista de la historia desplazando al heredero (exista o no llamado como tal) por el citado albacea. Y éste, al estilo del *executor* o el *personal representative* anglosajón es quien, entonces, lejos de subrogarse en la posición jurídica de nadie, actuará en forma más parecida al administrador de una persona jurídica o a un apoderado post-mortem con poderes generales: tomará la posesión civilísima de la herencia, la administrará y liquidará sus deudas y repartirá el remanente conforme a lo dispuesto por el causante.

Se diría, pues, usando la terminología de PUIG BRUTAU (Fundamentos de Derecho Civil V, Barcelona, ed. Bosch 1961, pags 9yss) que el derecho catalán, aunque se inserta en la tradición latina-romana de la sucesión como fenómeno de continuación (más adecuado según VALLET DE GOYTISOLO para patrimonios dinámicos con heredero único), permite al causante ordenar las cosas para que finalmente operen de forma muy parecida al sistema de *common law*, o sistema de liquidación, que sería más propio para patrimonios de ahorro o rentistas, de distribución entre varios herederos.

Por tanto, en justicia debe reconocerse que *sólo si el causante no ordena otra cosa* pasan a aplicarse las preferencias históricas del derecho catalán, que

combina los principios romanos y la herencia medieval para esgrimir las dos características que tradicionalmente se le han atribuido como definitivas: la exigencia de sucesor universal y la utilización del pacto sucesorio para instrumentar esa sucesión, a través de la figura del heredamiento.

La impronta romana se mantiene en efecto en el CCCat, que continúa queriendo un llamamiento universal, esto es, auténtica *sucessio in ius* y no simple tránsito patrimonial. Por eso el artículo 411-3 habla de *vocación sucesoria*, no de disposición de bienes o parte de ellos como el C.C. En Cataluña, si el causante no lo excluye con el nombramiento de albacea universal o no está sujeto al derecho de Tortosa y lo excluye asimismo distribuyendo toda la herencia en legados, es la Ley la que directamente hace una *in-vocación*, un llamamiento para que otro se materialice y ocupe la posición jurídica del causante. Y para esa finalidad la propia ley reconoce tres *títulos* (o *fundamentos* como dice el CCCat) posibles: el heredamiento, negocio jurídico que lleva su función insita en el *nomen*, el testamento y la Ley.

Del heredamiento no corresponde ocuparse en esta ponencia, baste señalar que la nueva regulación del Título III parece pretender una desmomificación de última instancia por la vía de ampliar el círculo de posibles otorgantes del pacto sucesorio, así como el ámbito de esas posibles disposiciones, liberalizando además la causa de las mismas. Y para rematar (o más bien en este caso para revivir), amplía asimismo la funcionalidad de los pactos sucesorios preventivos, esto es, revocables unilateralmente por pacto o testamento posterior, incluso sin necesidad de argumento causal. De ahí que la propia E.M. de la Ley 10/2008 señale que los pactos sucesorios preventivos desempeñarán, si se diseñan adecuadamente, la funcionalidad propia de los testamentos mancomunados.

El tiempo, o sea la práctica jurídica, dirá qué juego abren las nuevas reglas de estos pactos, pero sus potencialidades parecen evidentes en áreas en las que hoy el testamento unipersonal presenta deficiencias, y quisiera destacar dos problemas en particular: uno, el de los cónyuges, convivientes de hecho o parientes próximos que testan el mismo día en instrumentos distintos pero cuyas disposiciones son, *para ellos* (y al margen de lo que diga la Ley sobre el carácter unilateral, personalísimo y esencialmente revocable del testamento), correspectivas o, al menos, mutuamente influidas. La prohibición de condiciones captatorias y el secreto de protocolo notarial impide reflejar ese carácter común en los testamentos y, sobre todo, impide conocer a uno de ellos la posible revocación efectuada por el otro. Otro caso es el de las personas de edad al cuidado de parientes o descendientes que se hacen cargo de su alojamiento y gastos, problema para el cual las soluciones tradicionalmente utilizadas plantean problemas. En efecto, el testamento del

ascendiente o progenitor instituyendo al descendiente o pariente cuidador no parece muchas veces (aunque suene crudo decirlo) suficientemente *firme* al segundo, lo que, no olvidemos, puede finalmente repercutir en la calidad de vida del primero. Y el contrato de cesión de bienes por alimentos con la consabida (y básicamente costosa e inútil) condición resolutoria es una trampa para el anciano que queda totalmente en manos de quien hasta entonces puede haber sido modélico cuidador pero recibe el premio antes de tiempo. La solución intermedia del pacto sucesorio revocable unilateralmente, si se hace vía heredamiento preventivo, puede ser una solución mucho más útil y aceptable para todos los implicados. No es ajeno a este razonamiento el CCCat que, por cierto, prevé además el testamento notarial abierto o el pacto sucesorio (donde la forma notarial es *ad essentiam*), como únicos medios de evitar la inhabilidad sucesoria de tales las personas o instituciones que se ocupan de cuidar al testador, art. 412-5.

2. La forma

Y si lo anterior es muestra del total protagonismo de la autonomía de voluntad del causante en el fenómeno sucesorio, no menos llamativo es la decisiva apuesta por la forma como vehículo para su expresión libre, sensata, veraz y, en definitiva, auténtica. Así, en los pactos sucesorios antes citados, como seguramente estudiará más a fondo la ponencia correspondiente, la escritura pública (sea o no de capítulos matrimoniales según el caso) es *forma ad solemnitatem* sin excepción, sea en su constitución, sea en su revocación, tanto si esa revocación es pactada como si es unilateral cuando ésta es admisible. Y, cuando lo sea, se impondrá a buen seguro en la práctica la notificación formal por excelencia, esto es la notarial, de esa revocación a los restantes otorgantes.

En los testamentos, de los que nos ocuparemos aquí, el requisito de la forma es también esencial, con una doble manifestación: el *numerus clausus* de formas de testar, entendidas como alternativas de las que dispone el causante, de un lado; y, de otro, el formalismo entendido como solemnidad del acto o de la modalidad concretamente escogida y condicionante de su validez. Esta consustancialidad de libertad y forma que describimos queda claramente ejemplificada en el art. 421-1, como veremos.

II. PLAN DE EXPOSICIÓN

El CCCat dedica a la sucesión testada el Título II del Libro IV, dentro del cual atenderemos básicamente al articulado de su Capítulo I, esto es, los veintitrés artículos que integran el *metaartículo* 421, que por tanto no se distingue del capítulo en sí. Allí, bajo la rúbrica general de «Testamentos,

Codicilos y Memorias Testamentarias», encontramos cuatro secciones respectivamente dedicadas a «disposiciones generales», «testamentos notariales», «testamento ológrafo» y «codicilos y memorias testamentarias». Proponemos examinar la figura dogmática del testamento y sus novedades siguiendo la propia sistemática que a su vez nos sirve la ley.

Lo primero que llama la atención del Título II es, justamente, su posición sistemática, es decir que sea el segundo y no el tercer título, siguiendo inmediatamente al dedicado a las disposiciones generales cuando en esas mismas disposiciones generales se dice (art. 411-3) que *los fundamentos de la vocación sucesoria son el heredamiento, el testamento y la ley*, añadiendo que *la sucesión testada universal sólo puede tener lugar en defecto de heredamiento*. Pero, ¿es en verdad el heredamiento lo primero?

Aunque la exposición de motivos de la nueva Ley lo dé por sentado y justifique el cambio sistemático en razones de tipo práctico, por ser el testamento (y en particular su variante abierta notarial) la figura casi universalmente preferida por los ciudadanos como instrumento ordenador de la sucesión, en realidad la preferencia del heredamiento no es más que congruencia conceptual: Cataluña, a diferencia del derecho castellano, admite como vimos la sucesión paccionada, es decir, la vinculación irrevocable de los bienes de sucesión en vida del disponente, condicionando esa sucesión aún no abierta. Por tanto, hay que distinguir entre *el mantenimiento* del heredamiento en la actual regulación, que es una cuestión de política legislativa y respeto a la tradición histórica del país, y su *preferencia*, que no es más que la consecuencia de aplicar los principios generales de los contratos frente a los actos unilaterales, perfectos pero revocables.

III. LAS DISPOSICIONES GENERALES

Agrupadas como en seis artículos que integran la sección primera del Capítulo I, la mayoría de estas normas son traslado literal o casi literal de las mismas disposiciones contenidas en el CS, si bien aparecen algunas novedades, cambios, añadidos o supresiones interesantes. Veamos como queda la regulación siguiendo sus propias rúbricas.

1. Libertad de testar

Art. 421-1. La sucesión testada se rige por la voluntad del causante manifestada en testamento otorgado de acuerdo con la Ley.

La norma es reproducción literal del art. 101 CS.

El derecho, representado singularmente por la Ley en el continente europeo, es forma. Y el testamento, como suele decirse, es la *Ley de la sucesión*, al menos en aquellos sistemas jurídicos (la inmensa mayoría) basados en la autonomía de la voluntad como principio ordenador de las relaciones jurídicas privadas, lo que no es más que una consecuencia necesaria del reconocimiento del derecho a la propiedad privada. De lo anterior se sigue necesariamente que el testamento será un acto esencialmente formal, en el doble sentido de que: a) Existe un conjunto tasado de formas de testar o tipos de testamento. y b) Para cada una de esas maneras de testar (incluyendo el testamento mancomunado) es esencial el cumplimiento de las formas (aquí entendidas como formalidades) exigidas por la Ley. Con esta doble restricción formal se pretende asegurar, desde el derecho romano, el cumplimiento de los fines que persigue ese otro cauce formal que es también la Ley: verdadera voluntad de ordenar la sucesión propia, libertad y conciencia de quien la ordena, aseguramiento de su secreto y conservación y conocimiento en el momento adecuado y no antes, etc...

Y tengamos en cuenta que, si bien la institución de heredero continúa siendo un requisito esencial de contenido del testamento para calificar como o *testamentaria* a una sucesión, el propio CCCat considera también «testadas» (pues se incluyen en la rúbrica del Título II) las disposiciones no invocatorias de sucesor universal pero ordenadoras de disposiciones para después de la muerte del causante: codicilos y memorias testamentarias, que comparten con el testamento su condición esencialmente revocable.

2. Contenido del testamento

Art. 421-2. En testamento, el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte.

El artículo es un traslado del art. 102 CS, con la redacción algo más depurada que, como señala ROCA FERRER al tratar del antecedente de esta norma, (Comentarios al CS, Barcelona 1994, pag. 419) no define el testamento sino que lo caracteriza teleológicamente, esto es, diciéndonos para qué sirve. Y para el CCCat sirve esencialmente para designar sucesor universal, siendo el resto (ordenación de legados y otras disposiciones para después de la muerte) opcional.

En ese contenido básico o esencial se mantiene una fidelidad histórica y literal al testamento clásico romano, que sirve de paso a la tradición continuista en la explotación familiar, de origen medieval. Ordenar la sucesión no era en Roma sólo un privilegio de ciudadanos romanos, sino,

de hecho, una carga, una obligación que debía cumplirse inexcusablemente. Recordemos que en Roma, donde sólo podían testar los ciudadanos romanos, se consideraba de hecho una ignominia morir intestado, es decir sin designar sucesor, hasta el punto de originar el surgimiento de la sustitución pupilar y la ejemplar como medio de evitar ese deshonor a quien no podía testar por sí. Dice FIGA FAURA (en su prólogo a los Comentarios al CS citados) que, para bien o para mal, la estructura económica tradicional catalana está organizada a partir de la familia, de la pequeña o mediana explotación agrícola, comercial o industrial, lo que origina un especial imbricación entre el derecho de familia y el de sucesiones, que podrán separarse por motivos sistemáticos pero forman una unidad en realidad. Y para cumplir esa finalidad ha sido útil la tradición, heredada del derecho romano, de considerar el fenómeno sucesorio una auténtica *sucesión política* en el gobierno del patrimonio familiar y la familia misma, en palabras de LÓPEZ BURNIOL (op. cit, pp 328 y ss.).

La norma quizá no merezca crítica por mantener la especialidad histórica un tanto anacrónica de la esencialidad de la institución universal, al fin y al cabo existe el codicilo y además el testador puede excluirla nombrando albacea universal como se dijo o repartiendo la herencia en legados si está sujeto al derecho de Tortosa.

Pero sí creo que el derecho catalán, arraigado en una tradición donde el heredero es un auténtico continuador de la personalidad del causante, podría llevar más allá en esa idea y permitir que el testamento sea un auténtico vehículo de ejercicio personalísimo de la libertad civil del sujeto, no sólo post mortem y no sólo patrimonial, convirtiéndose en un cauce formal que incluya todo aquél conjunto de previsiones personalísimas que pueden hacerse considerando no sólo la muerte sino también la incapacidad de decidir derivada de enfermedad, accidente o edad como supuestos de hecho que merecen disposiciones compatibles con las testamentarias. En efecto, para quienes (como es el caso de los Notarios) trabajamos encauzando, dando forma, a problemas e inquietudes que surgen de los cambios sociales y económicos antes de plasmarse en negocios jurídicos tipificados por la costumbre o la ley, y por tanto contribuimos a su fijación, surge cada vez más intuitivamente la pregunta de si testamento (para el que rige íntegramente el CCCat) y voluntades anticipadas (para las que en Cataluña rige una ley básica estatal, la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y otra autonómica, la Ley 21/2000, de 29 de Diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente, y la documentación clínica) deben seguir siendo dos compartimentos estancos y separados por el hecho de que el primero contiene disposiciones «para después de la

muerte», o si hay razones que hagan posible e incluso conveniente llegar algún día a una declaración fusionada que atienda a ambos eventos, esto es, muerte e incapacidad de decidir por imposibilidad derivada de accidente, edad o enfermedad. Yo sería personalmente partidario de una regulación más laica y audaz, pues al ciudadano medio y al jurista práctico le parecen cada vez más evidentes las analogías causales que las diferencias entre lo que los anglosajones llaman *last wills* y *living wills*. Y mi intuición es que las innovaciones *praeter legem* pueden moverse por esos derroteros en el futuro cercano, quizás aprovechando en el caso de parejas el nuevo marco que se abre con la regulación de los pactos sucesorios (pues en ellos ya es posible que algunos efectos puedan producirse en vida de los otorgantes), y dejando obsoleta por vez primera en la historia la idea de que el testamento sólo contiene disposiciones para después de la muerte.

3. Capacidad para testar

Aparte de las normas específicas para cada tipo de testamento, que matizan el requisito de edad para el testamento ológrafo (como se verá al tratar del art. 421-17), el CCCat mantiene básicamente inalterada la redacción de los Arts. 103 y 104 CSC, que pasan a ser los actuales 421-3 y 421-4 CCCat, que se rubrican con el título de «Presunción de capacidad» e «Incapacitado para testar».

Art. 421-3. Pueden testar todas las personas que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo.

Art. 421-4. Son incapaces para testar los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento.

Se mantienen, pues, los principios fundamentales y tradicionales en esta importantísima materia, a saber, los principios favor testatoris y favor testamenti, que aplicados al campo que ahora nos ocupa suponen que:

- a) Salvo en el caso del testamento ológrafo, la capacidad exigida es la equiparable al mayor de catorce años, que en el ámbito de los negocios inter-vivos permite cierta autonomía de la voluntad en los actos de administración, pero no en los de disposición.
- b) La capacidad debe presumirse siempre cuando se esté por encima del mínimo de edad exigido, y muy especialmente cuando de ella da fe un funcionario especialmente habilitado para ello como es el Notario, según reiteradísima jurisprudencia. En este caso, la afirmación notarial de la capacidad del otorgante constituye

- una presunción iuris tantum, sólo desvirtuable mediante prueba evidente en contrario.
- c) La capacidad se deniega de manera objetiva, ex lege, por debajo del mínimo legal, sin posibilidad de subsanación aunque luego se sobrepase la edad y se fallezca sin haber revocado el testamento.
 - d) La capacidad para testar decae si se carece de capacidad natural en el momento del otorgamiento, aunque no si esa falta tiene lugar antes o después del mismo.

Volveremos sobre este tema al ocuparnos específicamente de la capacidad en los testamentos notariales.

4. Tipos de Testamento

Art. 421-5:

- 1.- El testamento se otorga ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.*
- 2.- Además de la forma que establece el apartado 1, el testamento puede otorgarse en forma ológrafa.*
- 3.- No son válidos los testamentos otorgados exclusivamente antes testigos.*

Del análisis comparado de la norma con sus antecedentes inmediatos cabe destacar:

- a) Preeminencia del testamento notarial: No parece discutible a estas alturas la absoluta preeminencia del testamento notarial por méritos propios, que ya reconoce como dijimos la E.M. de la ley 10/2008 para justificar su anteposición sistemática al heredamiento y los pactos sucesorios. La propia redacción del artículo en sus dos primeros apartados confirma que es así para el legislador, pues primero casi identifica testamento con otorgamiento notarial, para añadir sólo después que también podrá otorgarse en forma ológrafa.
- b) Supresión del testamento ante párroco: Confirmación de esa preeminencia y de su reconocimiento específico por el legislador ha sido la supresión del testamento ante párroco que regulaban los arts. 117 a 119 CS, para las localidades sin notaria demarcada o con notaria vacante, cumpliendo las formalidades de los testamentos abiertos ante notario y con intervención de dos testigos, testamento que debía protocolizarse. Esta supresión merece aplauso como medida higiénica y depurativa en una legislación civil que, aún hoy, mantiene demasiados fósiles en

materia sucesoria. Parecía además poco compatible con el principio de aconfesionalidad del estado que propugna nuestra Constitución, y tampoco la apoyaban ya razones prácticas dada la extensión cada vez mayor del servicio notarial con las sucesivas demarcaciones, el sistema de guardias notariales y la mejora de las comunicaciones. Tampoco ha llegado a la versión definitiva de la Ley 10/2008 la versión «laica» que preveía el anteproyecto, híbrido entre el testamento ante párroco y el antiguo testamento sacramental, consistente en la posibilidad de otorgar testamento abierto en peligro de muerte ante el alcalde o quien ejerciese sus funciones, cuando «razonablemente no fuese posible otorgarlo ante notario», con caducidad automática si a los tres meses de otorgado vivía el testador y que debía ser objeto de protocolización notarial posterior. La figura, entre otras lindezas técnicas, preveía que «los defectos formales no invalidasen el testamento, siempre que se pueda probar con seguridad (sic) que contiene una reproducción fiel de la manifestación del testador». En mi opinión, y dicho sea con todo respeto institucional, constituía el embrión de lo que con toda seguridad hubiera podido convertirse en una fuente de corruptelas y captaciones de voluntad susceptibles de desbancar a los asuntos de urbanismo de la primera página de los periódicos, por lo es aplaudible que no haya prosperado. Todos admitimos que la justicia ordinaria debe dispensarse por funcionarios no electos como garantía de imparcialidad, y no hay indicios de que deba ocurrir cosa diferente con la justicia cautelar en que consiste la función del notario.

c) Prohibición de testamento ante testigos: Finalmente, el art. 421-5 contiene un matiz de redacción no baladí frente al art. 105 CS, al suprimir las palabras «en Cataluña» para referirse a la prohibición de otorgar testamento ante testigos, esto es, *solamente* ante ellos. El anteproyecto no hacía referencia alguna (ni prohibitiva ni permisiva) a dicha posibilidad, y el CS niega la validez de estos testamentos cuando sean otorgados *en Cataluña*.

Sin embargo, la aplicación las normas de derecho internacional e interregional privado del CC en materia de formas testamentarias, llevaba a interpretar restrictivamente la prohibición del CS. Así ROCA FERRER (Comentarios al CS, pp 424 y 425), para quien la prohibición sólo impedía al testador sujeto al derecho catalán (no para el que no lo fuera) utilizar en Cataluña (no fuera) las formas testamentarias previstas en los Arts. 700 (en peligro de muerte) y 701CC (en caso de epidemia). La actual norma plantea la duda de su ámbito de aplicación al suprimir la expresión «en Cataluña», pero atendiendo al hecho de que la aplicación del art. 11 CC sigue siendo imperativa en Cataluña, entiendo que la solución sigue siendo la interpretación restrictiva antes citada, como excepción al principio de integridad del derecho sucesorio catalán fundamentada en el art.

149-1.8 CE. En otras palabras, creo que debe entenderse que al suprimir las palabras «en Cataluña» se pretende evitar justamente dudas interpretativas y depurar la técnica legislativa, evitando invadir la competencia estatal exclusiva en materia de derecho internacional privado e interregional. La interpretación, por tanto, debe ser la misma y el alcance de la norma se limita a quienes estén sujetos a vecindad catalana y otorguen testamento en Cataluña.

5. Interpretación de las disposiciones testamentarias

El hasta ahora vigente art. 110 CS se reproduce con bastante fidelidad en el nuevo art. 421-6.

1. En la interpretación del testamento, es preciso atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador, sin haberse de sujetar necesariamente al significado literal de las palabras utilizadas.

2. Las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia, comparando las unas con las otras, y si existe una contradicción irreductible, no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre ellas. Las disposiciones ininteligibles se consideran no formuladas.

3. En los casos de duda, las disposiciones que imponen cualquier carga se interpretan restrictivamente.

Estamos ante la norma que quiere sentar los «principios generales» de la interpretación del testamento. Aunque no podemos olvidar que son innumerables las reglas que a lo largo del articulado del código establecen directamente «efectos» derivados del tenor literal de ciertas cláusulas cuando concurren ciertos presupuestos, simultáneos, anteriores o posteriores al otorgamiento del testamento (así el llamado «efecto expansivo» de la institución en cosa cierta, la presunción de revocación del legado de cosa cierta si el testador dispone de ella después de otorgar el testamento, o la de revocación del nombramiento o la atribución a favor del cónyuge o pareja, si al tiempo de la apertura de la sucesión hay separación o divorcio, regla esta última atemperada por lo dispuesto en el nuevo art. 422-13.3). Todas son reglas que «interpretan» la voluntad del testador para evitar que haya que hacer un testamento nuevo cada vez que se produce la más mínima variación en las circunstancias de uno, o de su patrimonio.

Siguiendo a ROCA FERRER (comentarios al CS, pp 440 y ss), a pesar del tenor literal de la norma es evidente que la base de la que siempre partiremos es la *literalidad del acto*, esto es, «in claris non fit interpretatio», aunque esa regla nazca también de una toma de postura ante un documento

dado y, por tanto, constituya ya una forma de interpretación. Lo que nos dice la norma es que *no necesariamente* hay que sujetarse al significado literal de las palabras usadas, no que necesariamente haya que acudir a otro.

Pero aunque la literalidad del acto sea nuestra base, el CCCat nos deja claro que hay que averiguar (con esa literalidad u otros elementos) la *verdadera voluntad* del testador, para lo cual puede acudirse como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia a acontecimientos anteriores, simultáneos e incluso posteriores al otorgamiento, lo que nos introduce en el pantanoso terreno de los llamados *medios de interpretación extrínsecos*, es decir, formas de averiguar la voluntad del causante que sin embargo aluden a fuentes distintas del propio testamento y, por tanto, carecen de sus garantías de certeza, libertad, capacidad y autenticidad, al menos en su variante notarial.

Junto con la literalidad del acto y el elemento teleológico de la verdadera voluntad del testador, el párrafo segundo reproduce el que contenía el CS ordenando que las cláusulas ambiguas u oscuras se interpreten en sentido favorable a su eficacia (pues se supone como dice ROCA FERRER que el testador ha testado para algo), pero también comparando las unas con las otras (criterio sistemático), negando eficacia a las ininteligibles o las contradictorias que pugnen sustancialmente entre sí.

Finalmente, se mantiene la regla de que las disposiciones que imponen cualquier carga se interpreten restrictivamente, pero suprimiendo el inciso del art. 110 CSC que decía que, para los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al favorecido. Con ello se evita la contradicción interna que apuntaba la doctrina en la antigua norma, pues de un lado las cargas se imponen a herederos o legatarios (y entonces se interpretan restrictivamente), pero su favorecido puede ser también heredero o legatario (y entonces hasta ahora debían interpretarse en sentido favorable a él).

IV. LOS TESTAMENTOS NOTARIALES

La sección segunda se ocupa de los testamentos notariales y contiene diez artículos, numerados desde el 421-7 al 421-16, de los que los seis primeros parecen ocuparse de aspectos comunes, mientras que el séptimo (art. 421-13) abre y cierra la subsección primera dedicada al testamento abierto y los tres últimos integran la subsección segunda, ocupada del testamento cerrado.

1. Identificación y Juicio de capacidad

Art. 421-7:

El Notario debe identificar al testador y debe apreciar su capacidad en la forma y por los medios establecidos en la legislación notarial.

Es decir, se reitera literalmente lo dispuesto en el art 106 CS, remitiéndose a la legislación notarial tanto para la identificación del testador (que se regirá por el art. 23 LN y sus normas complementarias del RN) como para la apreciación de su capacidad, dando fe expresa de haberlo hecho, pero siempre teniendo en cuenta en este punto que estamos hablando de un testamento, es decir, que siendo el otorgante mayor de catorce años, la capacidad de la que da fe el notario es la *natural de querer y entender*, no la correspondiente al mayor de edad.

2. Testamento otorgado por persona con discapacidad sensorial

También repite la norma anterior, en este caso contenida en el art. 115 CS, el art. 421-8. *Si el testador es ciego, sordo o sordomudo o por cualquier otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos.*

De hecho, hay discapacidades (como la ceguera) y ciertas disfuncionalidades que pueden provenir de insuficiencias intelectuales o motoras (como no saber o poder leer o escribir) que impiden en absoluto el otorgamiento de cualquier testamento que no sea notarial abierto, lo que reafirma la competencia especial que la ley no sólo atribuye sino reconoce en exclusiva al notario para proteger al testador y autorizar la última voluntad en tales casos, siempre conforme a la legislación notarial. Aunque toda incapacidad para testar debe ser objeto de interpretación restrictiva, los casos de discapacidades sensoriales pueden, en casos extremos, llegar a impedir el otorgamiento no por incapacidad sino por imposibilidad material de trasladar al Notario la voluntad de testar y el contenido de la última voluntad. Pero uno de los supuestos más extremos que se planteaban tradicionalmente viene a quedar resuelto, dada la remisión que el CCCat hace a la normativa notarial, por el art. 193 RN «in fine», que en su versión tras el RD 45/2007, de 19 de Enero, recoge la opinión mayoritaria entre la doctrina notarial y la propia práctica que se venía siguiendo por muchos notarios al disponer el art. 193 RN «in fine» que *«si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiese o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento.»*

Todo lo anterior nos lleva a la siempre espinosa cuestión de la apreciación por el notario de la concurrencia de la capacidad natural en el momento del otorgamiento cuya falta, si recordamos el art. 421-4, incapacita para testar. Reiteradísima jurisprudencia con más de un siglo de antigüedad avala la competencia del notario, basada en su independencia y experiencia, para apreciar la concurrencia o no de la capacidad natural del testador, tanto por parte del TS como, los últimos años en Cataluña, por el TSJ, y lo mismo ocurre en los restantes territorios españoles con derecho civil propio. Probablemente esa competencia sea, de hecho, una de las claves de bóveda de la prevalencia que tanto la Ley (más indirectamente) como la práctica de los ciudadanos (abrumadoramente) y desde luego la jurisprudencia, han dado al testamento notarial abierto sobre cualquier otra forma de testar en cualesquiera de los territorios, ya se llamen de derecho común, propio o foral, en todo el territorio español. Nótese que la exigencia de menores requisitos de edad se dan justamente en los testamentos notariales, permitidos desde los 14 años, frente a la mayoría de edad o emancipación requerida para los ológrafos. Lo mismo puede decirse del testamento otorgado por personas con discapacidad sensorial, como vimos, muchos de los cuales son difícilmente imaginables salvo en forma notarial, particularmente la modalidad abierta. Es evidente que en casos como los que mencionamos, minoría de edad o discapacidades sensoriales, el notario ejerce una especial función protectora, cautelar, del sujeto otorgante, a quien si no testa ante notario se le exige una mayor edad o una ausencia de discapacidad para poder testar en otra forma (así, la prohibición de otorgar testamento ológrafo para los no emancipados o los ciegos).

Sin embargo, la capacidad es algo que en la práctica admite muchos grados. La influyen pero no la determinan, entre otros factores, la inteligencia natural, la cultura, la edad, el estado mental y, en casos extremos, el temperamento. Excepto la edad mínima para testar, ninguno de los factores mencionados suele ser decisivo y las combinatorias entre el exceso en unos y la escasez en otros son infinitas. La apreciación hecha por el notario de dicha capacidad, en base a su experiencia y competencia, quizás no sea un método infalible (y para corregirla cuando haga falta están los tribunales) pero puede decirse que es el menos malo de los sistemas. Por eso merece elogio la nueva regulación que hace el CCCat de los supuestos en los que se requiere la intervención de facultativos, que pasamos a estudiar.

3. Intervención de facultativos

Art. 421-9:

1. *Si el testador no está incapacitado judicialmente, el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si procede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo.*

2. *Si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo.*

3. *En los casos a que se refieren los apartados 1 y 2, los facultativos deben hacer constar su dictamen en el propio testamento y deben firmarlo con el notario y, si procede, con los testigos.*

El precedente de esta norma, que queda felizmente derogado, es el art. 116 CS que extendió la intervención de facultativos a todos los casos en que el testador tuviese «habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado». El precepto se apartaba así de los principios tradicionalmente sostenidos por el CC, la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de considerar la apreciación exclusiva por el notario de la capacidad del testador la regla general y la intervención de facultativos la excepción, y así p. ej., el art 665 CC («siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar...»). El precepto, literalmente interpretado, no sólo introducía un concepto jurídico indeterminado más allá de lo razonable sino que dejaba en una situación de indefensión al notario y al propio causante y su voluntad ante cualquier indicio de que su capacidad natural pudiera estar, en el momento del otorgamiento, no ya anulada sino meramente disminuida, añadiendo para más confusión que esa disminución debía ser «habitual» pero sin que importase si el testador estaba o no judicialmente incapacitado. Magistralmente criticado por ROCA FERRER (op. cit. pp. 456ss), que proponía además una interpretación *teleológica* que permitiese desactivar la bomba de relojería que suponía, la nueva regulación recoge novedades fuertemente influidas por dicha crítica y por la doctrina jurisprudencial acerca del testamento en intervalo lúcido.

Y así hoy podemos señalar que el art 421-9 es probablemente la norma más clara y completa que existe en el panorama de los derechos civiles españoles

en torno a la correcta actuación del notario en los casos fronterizos, distinguiendo dos supuestos:

a) Para el testamento del no incapacitado judicialmente, se refuerza la presunción iuris tantum favorable al juicio de capacidad por el notario, quien, no obstante, puede si lo considera pertinente apoyar su propio juicio con el de los facultativos que indica la norma. Ello no sólo evita al notario la responsabilidad (o la tentación) de creerse infalible, sino que permite reforzar aún más la eficacia del testamento ante posibles impugnaciones maliciosas. Es evidente que la norma será especialmente útil para los casos de testamentos otorgados por personas de edad muy avanzada. Nótese por lo demás que la regla es aplicable tanto al testamento abierto como al cerrado.

b) Para el testamento del incapacitado judicialmente, la intervención de los facultativos permite otorgar testamento en intervalo lúcido. Es interesante constatar que el CCCat, a diferencia del CC, no exige que se trate de una incapacitación por sentencia que no se pronuncie sobre la capacidad para testar. Ello refleja un mayor respeto del legislador catalán al principio favor testatoris y al carácter personalísimo del testamento, en el que la capacidad no puede sustituirse ni complementarse a través de la intervención de un tutor o curador. Y es que el protegido con las cautelas en materia de capacidad testamentaria no es la sociedad ni un tercero civil o hipotecario sino, no lo olvidemos, el propio testador. Nuevamente hacemos notar que aquí sí se exige que el testamento sea, en concreto, otorgado bajo la modalidad abierta notarial.

c) Finalmente, cabe plantearse el supuesto de discordancia entre el juicio del notario y el de los facultativos, con diversas posibilidades:

a) El notario requiere la presencia de facultativos por seguridad, aunque está convencido de la capacidad y lucidez del testador y los facultativos la niegan. Para el supuesto del testamento del incapacitado judicialmente, la cuestión es clara: se requiere juicio afirmativo de los facultativos. Más dudas plantea el supuesto del testador no incapacitado judicialmente, donde cabe imaginar que el notario requiera a otros que sí certifiquen su capacidad o aún autorice el testamento sin su intervención, esto es, en palabras del CCCat, deje de considerarla pertinente. La respuesta depende de si consideramos que la apreciación de la capacidad hecha por el notario sigue siendo el elemento determinante o, por el contrario, entendemos que posibilidad de requerir la intervención de otros facultativos implica desplazar a éstos el juicio de capacidad. Me inclino por entender que ese desplazamiento sólo tiene lugar en el caso del incapacitado judicialmente. En consecuencia el notario puede, bajo su responsabilidad (que en este caso será especialmente grave, qué duda cabe) autorizar el testamento abierto o

cerrado de quien le haya planteado alguna duda de capacidad, siempre que honestamente y de buena fe crea en la capacidad del testador. No es difícil imaginar el caso de que el notario llegue a la conclusión de que el juicio facultativo es demasiado estricto, o que los médicos nieguen la capacidad por razones que considere impertinentes. Entonces, creo, y siempre bajo su responsabilidad, que el notario puede autorizar dicho testamento para evitar justamente traicionar su función protectora del testador, máxime en casos en que éste no pueda testar de otra forma como en el caso del menor no emancipado.

b´) El notario requiere la presencia de facultativos a solicitud del testador y éstos certifican que sí consideran al testador lúcido y capaz, sin que el notario esté de acuerdo. ¿Está obligado a otorgar el testamento? Es obvio que no, por imposibilidad de dar fe de la capacidad del testador. El notario jamás puede, ni en un testamento ni en ningún otro acto, dar fe de cosas que no considera ciertas. Un testamento donde el notario se limitase a dar fe de que los facultativos consideran capaz y lúcido al testador no sería un testamento, sería un acta de manifestaciones.

4. Testigos e idoneidad de los mismos

Se ocupan de esta materia los arts. 421-10 y 421-11, que por lo demás son reproducción casi literal de los números 107 y 108 CS.

Art. 421-10:

1. *En el otorgamiento del testamento notarial, no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurren circunstancias especiales en el testador o que este o el notario lo soliciten.*
2. *Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento.*

El CCCat parte aquí también de un principio de confianza en la figura de notario como profesional público garante de la veracidad, independencia conservación y secreto de la voluntad testada, y en consecuencia la no necesidad de intervención de testigos como regla general, con dos excepciones:

- a) Solicitud por el testador (y en tal caso el Notario no tiene que aprobarlos, aunque sí podrá rechazarlos si no reúnen los requisitos de idoneidad) o por el notario (y en tal caso no parece tampoco que el testador pueda oponerse, por lo que de no aceptarlos, el notario podría negarse a autorizar).

- b) Concurrencia de circunstancias especiales en el testador, que el propio artículo nos dice que consistirán en que sea ciego, sordo, no pueda o sepa firmar por cualquier causa o declare que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento.

Es sabido que la jurisprudencia es tradicionalmente estricta con los incumplimientos en materia de testigos en los testamentos, tanto respecto a la concurrencia de un supuesto de necesidad no atendido (p.ej, el testador no sabía firmar y se otorgó el testamento sin testigos) como, al contrario, cuando han intervenido testigos sin que se diese realmente el supuesto que exigía su intervención (así p. ej, si el testador declaró que no sabía firmar cuando en realidad sí sabía). En ambos supuestos la jurisprudencia suele declarar nulo el testamento infractor de la norma, si bien por razones distintas.

a) Si se daban las circunstancias especiales que exigían testigos y estos no concurrieron, el criterio es que el notario, aunque incurra en la falta de buena fe y no dolosamente sino por error, excede de sus competencias, esto es, de los supuestos en que a la Ley le basta el propio notario como testigo y autorizante del acto, lo que según algunos no deja de posicionar a los testigos, en estos casos, como una suerte de *coautorizantes* del testamento. No obstante, no olvidemos que, de concurrir éstos y ser idóneos, sigue siendo el notario quien en exclusiva aprecia la capacidad y recoge la voluntad del testador. Los testigos, simplemente, asisten a lo que ocurre.

La razón más importante por la que la norma nos merece un juicio positivo es, en realidad, que estimula la indagación del notario de las circunstancias físicas y sensoriales del testador, e indirectamente su capacidad y voluntad. La intervención de los testigos en sí, como ocurre siempre con los testamentos, permite ganar algo por un lado (refuerza el testimonio del notario y evitar impugnaciones) y pierde casi lo mismo por el otro (pues es fuente de captaciones de voluntad, atenta al secreto de la voluntad testamentaria y permite impugnaciones por discrepancia en la misma medida en que las evita si hay concordancia).

b) También es muy estricta la jurisprudencia en el caso contrario, esto es, cuando al indagar las circunstancias del testador resulta que éste declara encontrarse en alguna de las que dan lugar a la necesidad de testigos, y esto resulta luego ser falso. Así por ejemplo, el testador declara que no sabe firmar y no es así. En estos casos las sentencias aluden como causa de la nulidad del acto a la falta de seriedad de la voluntad de testar que supone el mentir sobre tales circunstancias. No puedo estar más en desacuerdo con tal criterio, aplicado como principio general. Y es que la «falsa modestia» del testador que niega habilidades que posee se da con cierta frecuencia en personas de formación limitada o con las facultades motoras mermadas

por la edad o la enfermedad, pero sin reserva mental o ánimo de fraude alguno. Ocurre simplemente que llegado el momento de la lectura y firma, hay quien, por la trascendencia del acto o por vergüenza, confiesa circunstancias que no son ciertas (por ejemplo, alguien poco culto dice que no sabe firmar por pudor a mostrar su caligrafía). La sanción de nulidad por incumplimiento de forma parece en estos casos que será perjudicial, desproporcionada e injusta en al menos tantas ocasiones como protectora. Y lo mismo ocurre, a la inversa, cuando el testador declara que no puede leer el testamento pudiendo en realidad. Pero nótese que, en cuanto a la lectura, la cuestión está mejor resuelta pues basta que el testador *declare* que no sabe o puede, sin que se indague la causa, y por tanto hay que entender que el testamento otorgado con intervención de testigos será válido aunque tal causa no se exprese o sea fútil. La misma solución debería haberse dispuesto para la firma como se dijo antes, es decir, debería bastar con que el testador *declare* no saber o poder firmar, con independencia de la causa.

Y desde luego considero que, en ambos casos, si el notario da fe de que el testador ha declarado saber leer el testamento y firmarlo, el mero error del funcionario autorizante, inducido por el testador, no debería ser por sí cusa de nulidad automática si no concurren otros elementos que refuercen una sospecha de falta de capacidad o voluntad, (o de suplantación de personalidad).

Art. 421-11:

1. Los testigos, si deben intervenir, son dos, deben entender al testador y al notario y deben saber firmar. No es preciso que sean rogados, ni que conozcan al testador, ni que tengan su misma residencia.

2. No pueden ser testigos:

- a) Los menores de edad y los incapaces para testar.*
- b) Los sordos, los ciegos, y los mudos que no puedan escribir.*
- c) Los condenados por delitos de falsificación de documentos, por calumnias o por falso testimonio.*
- d) Los favorecidos por el testamento.*
- e) El cónyuge, el conviviente en unión estable de pareja y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad de los herederos instituidos o los legatarios designados y del notario autorizante.*

3. Las causas de inidoneidad se aplican, además de a las personas a que se refiere el apartado 2, a los facultativos, intérpretes y expertos que intervienen en el testamento.

Su precedente, idéntico en redacción, es el art. 108 CSC, salvo por la referencia que ahora se hace a la pareja estable junto al cónyuge.

Quizá la cuestión más llamativa de este artículo, como ha puesto de relieve ROCA FERRER en relación a su antecedente del CS, es que, al no distinguir entre las causas de inidoneidad de los testigos entre el testamento abierto y el cerrado, el Notario, en el caso del segundo y para el supuesto concreto de la inidoneidad de los favorecidos, deberá interrogar al testador acerca de quiénes son esos favorecidos, vulnerando el secreto que pretende el testador con la forma cerrada, o no hacerlo, arriesgándose a una posible nulidad. Lo mismo vale para la inidoneidad del cónyuge y parientes del heredero y el legatario. El citado autor se inclina por entender limitada la inidoneidad en estos supuestos al testamento abierto (pese al tenor literal de la norma), por aplicación del principio favor testamenti. Por mi parte intuyo más correcta la solución contraria, aunque pueda ser más gravosa para el notario desde el punto de vista de su posible responsabilidad, pues creo que un testamento cerrado a cuya autorización concurren como testigos los favorecidos o sus parientes es, cuanto menos, sospechoso de captación de voluntad. Una fórmula intermedia que salvaguarda la responsabilidad del notario sería la declaración del testador, no sólo de los testigos, en el acto del otorgamiento, de que los testigos no incurrir en causa de idoneidad, habiendo el notario hablado primero y privadamente con el aquél, antes de que éste le revele quienes serán los testigos, acerca de esas causas de inidoneidad. Esto permite que el testador deduzca si concurren, sin necesidad de revelar al notario su voluntad, y sitúa la responsabilidad en caso de error en donde debe estar en esta arcaica figura que es el testamento cerrado.

5. Idioma del testamento

Art. 421-12:

- 1. El testamento debe redactarse en la lengua oficial en Cataluña que escoja el otorgante.*
- 2. Puede testarse en una lengua no oficial en Cataluña si el Notario autorizante la conoce o, si no la conoce, en presencia y con la intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado de común acuerdo por el testador y el notario. El acuerdo*

en la designación del intérprete se presume por el solo hecho del otorgamiento del testamento.

3. En el caso del apartado 2, el testamento debe redactarse en la lengua oficial en Cataluña que escoja el otorgante y, si este lo solicita, además, en la lengua no oficial de que se trate. El intérprete que ha intervenido debe firmarlo.

Nuevamente la norma no introduce cambios respecto a su antecedente inmediato, que es el art. 109 CS.

Del artículo resultan los siguientes principios básicos:

- a) Siempre se redactará el testamento en catalán o castellano según escoja el testador, opción que le corresponde incluso aunque no conozca ninguna de las dos.
- b) Aún en caso de no entender el testador ninguna de ellas, la ley no impone una redacción bilingüe con la lengua propia del testador, si este se conforma con la traducción verbal efectuada por el Notario (en este caso será de aplicación el art. 150 RN), quien responderá de la fidelidad de la traducción. Si el notario no conoce suficientemente la lengua en que se expresa el testador, se precisa un intérprete, no necesariamente oficial, elegido de común acuerdo (que se presume por el hecho del otorgamiento para reforzar la eficacia del testamento e impedir impugnaciones maliciosas), que firmará al pie.

Lo que ocurre es que en todos los casos en que, no entendiendo el testador el castellano o catalán, se recurra a la traducción verbal hecha por el notario o el intérprete, será necesaria la intervención de dos testigos idóneos por aplicación del artículo 421-10, esto es, al no poder el testador leer por sí solo el testamento. ¿Deberán los testigos en este caso conocer ambas lenguas? El tenor literal del art. 421-10 parece implicarlo, al exigir que los testigos entiendan al testador y al notario. Un criterio más flexible hubiera sido preferible en mi opinión por razones prácticas, y de hecho incluso con la redacción actual cabría argumentar que la regla de que los testigos deberán entender a ambos es un requisito mínimo de capacidad, no de competencia lingüística, igual que les exige que sepan firmar (lo que no implica saber leer), criterio que permitiría admitir como testigos a personas que conociesen y entendiesen una de las dos lenguas (la oficial de redacción del instrumento o la utilizada por el testador) y no ambas, bastando que presencien la traducción efectuada por el notario o el intérprete, que son quienes responden de la fidelidad de dicha traducción.

- c) Si el testamento se redacta en ambas lenguas, esto es en catalán/castellano y en la *lengua no oficial de que se trate* usada por el testador, se plantean varias cuestiones interesantes: Primero, si dicha lengua tiene que ser la de su nacionalidad, o al menos su lengua materna, exigencia que debe rechazarse por que la ley no lo impone y cabe imaginar múltiples supuestos en que no será así. Por ejemplo, personas que residen hace años en un país distinto al de su nacionalidad y han asumido el uso de la nueva lengua, o educadas en varias lenguas por las circunstancias de sus progenitores, cambios en el lugar de residencia durante su educación, etc... El criterio razonable parece, a mi juicio, que la lengua en que las instrucciones sean dadas al Notario sea una en la que el testador podría leer por sí el testamento, aunque sea una tercera lengua distinta a la propia del notario (o las oficiales en Cataluña) y a la materna del propio testador. Finalmente, no exigir que se otorgue en la lengua nacional o materna del extranjero aumenta las posibilidades de encontrar terceras lenguas que se hablen en común entre el testador y el notario, evitando así la exigencia de intérprete e incluso de testigos si el instrumento se redacta en ambas lenguas.

Segundo, como apunta ROCA FERRER (op. cit, p. 439), parece conveniente dejar constancia, para caos de discrepancia, cuál de ambos textos debe considerarse «original» y cuál «traducción». No obstante, esto vuelve a plantear el problema de la necesidad de testigos que entiendan a ambos, aunque haya traducción escrita, si se señala como «original» la versión en la lengua española (sea catalán o castellano) que el testador no entiende, de ahí mi criterio más flexible antes expuesto en relación a éstos.

Además, a mi juicio puede ser útil para estos casos distinguir entre instrucciones, redacción y otorgamiento. Cabe apuntar brevemente lo siguiente:

1. Las instrucciones las habrá expresado el testador en lengua no oficial en Cataluña.
2. La doble redacción la hace el notario, bien en base a su traducción directa si conoce suficientemente la lengua no oficial del testador, bien en base a la traducción efectuada por el intérprete.
3. La lectura y el otorgamiento se hará otra vez en la lengua del otorgante, ya por que el notario la conoce y la lee, ya por que el otorgante lee directamente el testamento y declara que coincide con su voluntad, aunque también deba asistir y firmar el intérprete si la traducción no está hecha por el notario.

Pues bien, teniendo en cuenta esto último y que en el testamento notarial siempre figurará si el testador lo leyó por sí o aceptó la lectura hecha por el notario (de la traducción en este caso), creo que, de no expresarse cuál es el texto que debe considerarse original, en caso de discrepancia habrá que entender como tal la versión en lengua no oficial, pues ya sea por lectura directa del testador o por lectura del notario o del intérprete de la versión no oficial en Cataluña, será ésta la que, *literalmente*, habrá declarado es testador conforme con su voluntad. Todo ello sin perjuicio de acudir en busca de las normas de interpretación del art. 421-6 antes comentadas.

Conviene además señalar que esta discrepancia entre textos no podrá plantearse si no se ha solicitado la redacción en ambas lenguas, pero el que no se plantee la discrepancia entre dos textos por que sólo se haya redactado en una lengua no quiere decir que no haya discrepancia entre las palabras utilizadas en una lengua con una tradición jurídica y su significado en otra tradición jurídica distinta, y así puede ocurrir con expresiones tan esenciales como heredero, legatario o fideicomiso, lo que en caso de testamentos de extranjeros referidos a patrimonios y/o familias complejas hace especialmente aconsejable acudir a la redacción en ambas lenguas.

Por último, y aunque el CCCat no diga nada al respecto, hay que recordar que la norma referente a la lengua está sistemáticamente ubicada entre las disposiciones comunes a los testamentos notariales, por lo que incluye al abierto y al cerrado. Esto nos plantea si, en el caso de testamento cerrado la exigencia de redacción en todo caso en una de las dos lenguas oficiales afecta a su otorgamiento, esto es, a la diligencia y el acta de protocolización que regula el art. 421-15, o también al documento redactado bajo los requisitos del art. 421-14, esto es, al testamento en sí. Caben aquí tres criterios:

1. Aplicar literalmente el artículo 421-12, que dice que *el testamento debe redactarse* (o sea, no sólo autorizarse) en la lengua oficial en Cataluña que escoja el otorgante. En otras palabras, *In claris non fit interpretatio*.
2. El analógico con el testamento ológrafo en la regulación del CS, cuyo art. 109 «in fine», antecedente directo del art. 421-12, contiene una excepción que permite expresamente esta salvedad («el testador podrá otorgar testamento ológrafo en su propia lengua, incluso si ésta no es oficial en Cataluña o es una lengua extranjera», dice). Y quedaría saber por qué se ha eliminado esa salvedad expresa, si por sobreentenderla o por considerarla perniciosa.

3. Por mi parte, la aplicación del principio *favor testamenti* me lleva a opinar lo siguiente. El testamento ológrafo no está sujeto a las disposiciones comunes a los testamentos notariales que hasta ahora estamos analizando, y se ubica por voluntad del legislador en una sección distinta, por lo que es perfectamente entendible que, o bien se considera obvia la posibilidad de otorgarlo en lengua no oficial, o bien se prefiere que sea la jurisprudencia la que en el futuro interprete la norma, atendiendo a cada caso concreto. En el testamento cerrado las cosas presentan un matiz importante, y es que no basta con la redacción del documento testamentario sino que éste adquiere carácter de tal cuando es objeto de protocolización, de ahí que sea un testamento notarial. En principio esto nos llevaría a pensar que ello hace plenamente aplicable la exigencia de redacción en los términos del art. 421-12. Pero, sin embargo, creo conveniente reconocer la validez del testamento cerrado redactado en lengua no oficial, ya sea por catalán o no catalán, *siempre que en el acto de la autorización el testador, por sí o por medio de intérprete, lo exponga así al notario*, con expresión a ser posible de los motivos que le han llevado a ello si no es extranjero. De lo contrario, la coherencia sistemática nos llevaría a entender que tampoco el testamento ológrafo puede redactarse siempre en lengua no oficial, ya que hay que recordar que el art. 422-6 dice que el testamento cerrado nulo por defecto de forma vale como ológrafo si cumple sus requisitos, y podría darse el caso de que la nulidad del cerrado proviniese de la lengua no oficial en que está redactado, para a continuación convalidarlo como ológrafo (o quizás no poderse hacer por haber caducado) por no exigirse en éste dicho requisito lingüístico. Y esto parece a todas luces ilógico.

6. El testamento abierto: redacción y autorización

Art. 421-13:

1. *En el testamento abierto, el testador expresa su voluntad al notario de palabra o por escrito, y el propio notario redacta el testamento de acuerdo con la voluntad del testador expresando el lugar, fecha y hora del otorgamiento.*
2. *Una vez redactado, el testamento es leído al testador o por el testador y, a continuación, es firmado por él o por dos testigos si declara que no sabe o no puede firmar, y autorizado de acuerdo con la legislación notarial.*

El precedente inmediato de este artículo es el 111 CSC, con el que presenta una diferencia de redacción en el apartado 2º, al tratar de la intervención

de los testigos, que merece comentario. En el CS, se dice que firmarán dos testigos si el testador no sabe hacerlo, mientras ahora la norma dice que se firmará por dos testigos *si declara* que no sabe o puede firmar. Pero además hay una aparente contradicción con el artículo 421-10 ya examinado, que al tratar de las circunstancias especiales del testador que motivan la intervención de testigos incluye el hecho de que el testador «por cualquier causa» no sepa o puede firmar. En principio el artículo 421-13 se refiere únicamente a la *manera* de firmar, esto es, con dos testigos si el testador declara no saber o poder hacerlo, mientras el 421-10 define cuándo hay una circunstancia en el testador que exige realmente esa intervención de testigos. Cabe entender, pues, que no hay contradicción por referirse a presupuestos distintos, pero a buen seguro la contradicción se apreciará en la práctica y merecerá críticas por la inseguridad que puede generar. En efecto, piénsese que si el testador declara que no sabe o no puede firmar el testamento el notario no podrá autorizar sin su presencia, pero si después resulta que la manifestación era errónea o falsa, y considerando la rigidez ya expuesta con que la jurisprudencia trata los supuestos de falsedad en las circunstancias que motivan la intervención de testigos, el testamento podría ser declarado nulo, pues hay que tener en cuenta que la firma de los testigos en estos casos suple la del testador, y que el hecho de que haga además a éste estampar su huella digital no suple su falta de firma, conforme al RN. La mejor solución en mi opinión es entender que hay un defecto técnico en la redacción del art. 421-10 y que, por el principio de que la norma especial prevalece frente a la general, la contradicción debe resolverse a favor del art. 421-13, entendiendo que *todo testamento en que hayan intervenido testigos por declarar el testador no saber firmar y en que por tanto hayan firmado aquéllos por éste debe presumirse válido aunque la manifestación fuese errónea o falsa, si no se demuestra que el testador pretendía provocar justamente la nulidad.*

Por lo demás, no cambian los elementos clásicos del otorgamiento del testamento abierto notarial:

1. Las instrucciones (orales o escritas) del testador, que pueden ser previas o simultáneas al otorgamiento pues no están comprendidas en la unidad de acto del art. 421-5.
2. La redacción por el notario del testamento conforme a dicha voluntad, momento en que opera el deber de control de legalidad del funcionario autorizante sobre el contenido de lo pretendido por el testador, control que implica un necesario asesoramiento porque hay propósitos directamente ilegales por su contenido, y otros que sencillamente son ilegales por la forma en que quieren ejecutarse, y aún otros que pueden ser absurdos, insensatos, desproporcionados

o ineficaces en la práctica aunque sean perfectamente legales. Esta redacción debe expresar el lugar, fecha (es decir, mes y día) y hora del otorgamiento, aunque el art. 422-1 salva de la nulidad el testamento que no expresa la hora si el testador no otorgó otro el mismo día.

3. El testamento se lee a continuación al testador o por el testador, teniendo en cuenta que conforme al reglamento notarial debe constar en la escritura que el notario ha dado esta opción al otorgante y si la ha ejercido o ha asentido a la lectura efectuada por el notario, lectura que en el actual art. 193 RN implica *comunicar al otorgante el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes*. A continuación el testamento se firma por el testador o los testigos, y se autoriza de acuerdo con la legislación notarial.
4. Por supuesto, el notario remite a continuación el preceptivo parte al RGAUV, y conserva el original en su protocolo.

7. El testamento cerrado

El CCCat dedica la subsección segunda y tres artículos, los números 421-14 a 421-16 a esta forma de testamento, normas que reproducen casi literalmente las contenidas en los arts. 112 a 114 CS.

Como es sabido, y a pesar de que la regulación de este testamento en Cataluña es más acertada que en el código civil, comparte todo el territorio español la característica de ignorar casi totalmente el uso de la figura, que por ello ha sido reiteradamente calificada por la doctrina de «fósil jurídico», ya que presenta evidentes desventajas con respecto a sus dos posibles alternativas, esto es el testamento abierto notarial abierto (pues el notario no ha recibido las instrucciones del testador, ni ha podido interpretarlas, ni adecuarlas a la legalidad para evitar la nulidad por causas torpes como la falta de institución de heredero, etc...) y el ológrafo (frente al que ofrece mayores garantías de control de capacidad y conservación, pero no comparables a las de la variante abierta, teniendo en cambio mayor rigidez formal). En consecuencia, y dado que no varían sus caracteres ni requisitos, ni en la fase de redacción ni en la de otorgamiento, nos centraremos en comentar la novedad relativa a la firma electrónica reconocida.

Art. 421-14. Redacción del testamento cerrado:

1. *El testamento cerrado es escrito por el testador, en forma autógrafa o por otros medios técnicos, o por otra persona por encargo suyo,*

con la expresión del lugar y la fecha. Si lo escribe otra persona a ruego del testador, debe hacerse constar esta circunstancia y debe identificarse dicha persona, que debe firmar con el testador al final del testamento.

2. El testador debe firmar en todas las hojas y al final del testamento, después de haber salvado las palabras tachadas, añadidas o entre líneas. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida.

3. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo puede hacer por encargo suyo otra persona, que debe firmar al final del testamento y en todas las hojas, después de haber hecho constar su identidad y la causa de la imposibilidad que firme el testador.

4. El documento que contiene el testamento debe introducirse en una cubierta cerrada de modo que no pueda ser extraído sin rasgarla.

5. No pueden otorgar testamento cerrado ni los ciegos ni quienes no saben o no pueden leer.

La norma suscita los siguientes comentarios, siquiera provisionales con una ley tan reciente y una posibilidad tan novedosa que, de hecho, se introdujo a última hora sin estar prevista en el anteproyecto:

1. ¿Se consideraría testamento cerrado el archivo en soporte electrónico que contenga la voluntad del testador filmada en vídeo o simplemente grabada en audio, si se digitaliza y el archivo se autentifica con firma electrónica?. Creemos que no, pues el testamento cerrado sigue siendo un documento *escrito*, es decir, redactado, a cuyo conocimiento se accede mediante lectura, como resulta claramente de la redacción del art. examinado, que no contiene otra novedad en su redacción que el inciso subrayado.

2. ¿*Quid* si el documento se redacta autógrafamente o por otro medio en soporte papel y a continuación se fotografía digitalmente o se escanea lo escrito, incorporándose todo ello a un archivo electrónico que se firme digitalmente? Aquí las dudas son mayores ya que, abrir el archivo para protocolizarlo, será posible «leer» en pantalla la voluntad del testador, que incluso puede aparecer de su puño y letra, aunque sea digitalizada. En principio el requisito de que sea un documento *redactado* (pues así lo dice la norma) excluiría también esta posibilidad, pero lo cierto es que cabe imaginar una modalidad que lo haría admisible. Concretamente, si el archivo firmado digitalmente es un encabezamiento que exprese lugar y fecha y diga que el testamento resulta del documento escaneado o fotografiado que se adjunta, el requisito de redacción podría entenderse que

queda salvado, y el archivo adjunto y su integridad quedarían protegidos por la firma electrónica.

3. ¿Puede estar el testamento redactado en soporte electrónico firmado por otro a ruego del testador con firma electrónica reconocida de ese otro? Este punto puede plantear dudas. En contra estaría el literal del artículo examinado párrafo a párrafo, pues la posibilidad de firma electrónica se contiene en el que trata de la firma por el testador, mientras la firma por otro está en otro apartado distinto, el que se ocupa de la imposibilidad de firma autógrafa, el cual no alude ni se remite al que le antecede. Piénsese además que los problemas y riesgos del uso de la firma electrónica, de los que luego trataremos al ver las memorias testamentarias en soporte electrónico, se multiplican. Sin embargo, por otro lado no deja de ser cierto que, admitida en la nueva norma la posibilidad de redacción en formato electrónico y firma electrónica reconocida del testador, y admitida por otra parte en la tradición del testamento cerrado la redacción y firma de éste por otra persona si el testador no puede hacerlo, expresando la causa de la imposibilidad, cabría sostener que no hay más que interpretar el artículo en su conjunto, no por partes. Esta interpretación es muy arriesgada aunque tiene apoyo en el hecho de que el documento no es, al fin y al cabo, testamento hasta que el testador se lo dice *in personam* al notario, firmando por sí o por testigos. Con todo, la respuesta negativa parece surgir necesariamente del apartado segundo del artículo siguiente, como veremos.

4. ¿Debe el notario indagar o insistir en algún otro aspecto especial en el testamento con firma electrónica reconocida? Cabe esperar que el notario se asegure de que el testador no sólo sabe leer sino que dispone de conocimientos ofimáticos suficientes para la creación, modificación, lectura y/o al menos firma de archivos electrónicos, evitando de esta forma futuras impugnaciones y asegurándose de que debe autorizar.

Art. 421-15. Autorización del testamento cerrado:

1. *Para la autorización del testamento cerrado, el testador debe presentar el sobre cerrado que lo contiene a un notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento y debe manifestarle que el sobre que le entrega contiene el testamento.*

2. *El notario debe extender sobre la propia cubierta del testamento una diligencia breve, en la que debe hacer constar el nombre del testador, que el pliego contiene el testamento y que este ha sido escrito y firmado por el testador, en forma autógrafa o por otros medios técnicos, o, por encargo suyo, por una tercera persona, cuya identidad no es preciso hacer constar.*

3. El notario, después de extender la diligencia a que se refiere el apartado 2, sin interrupción, debe protocolizar el sobre cerrado, que debe incorporarse al acta, de acuerdo con lo establecido por la legislación notarial y con la indicación de la hora del otorgamiento.

4- Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, deben firmar el acta y la cubierta dos testigos.

Su redacción es idéntica a la del art. 113 CS, por lo que no merece excesivos comentarios. Nótese no obstante que también en sede de autorización del testamento cerrado parece estar pensando el legislador que la suscripción con firma electrónica es posible sólo si ésta es la propia del testador, al prever dos posibilidades: una, manifestar al notario que está escrito y firmado por el testador, en cuyo caso obliga a especificar si es en forma autógrafa o por otros medios; otra, declarar que está suscrito por otra persona por encargo suyo, sin que aquí se haga referencia a la libertad de medios técnicos.

Vale también lo dicho al tratar del testamento abierto sobre la necesidad de interpretar unitariamente la intervención de testigos en los casos en que el testador declare que no sabe o no puede firmar, y el mantenimiento de la validez del testamento aunque tal afirmación sea inexacta, pues lo contrario lleva al absurdo de anular un testamento en el que se han adoptado mayores, no menores, garantías, por causa además de una manifestación del testador.

Finalmente, huelga decir que la identificación del testador la efectúa el notario por los medios normales, y que su capacidad es objeto de dación de fe (y por tanto se tiene en cuenta) exclusivamente en el momento de su autorización.

Art. 421-16. Apertura del testamento cerrado:

Una vez acreditada la muerte del testador, el notario que posee el testamento cerrado, a instancia de parte interesada, debe abrir el sobre que lo contiene ante dos testimonios idóneos, debe protocolizarlo y debe autorizar a tal fin una nueva acta.

El CCCat continúa aquí la tradición o costumbre catalana que ya reconoció el art. 114 CS de permitir la protocolización notarial del testamento cerrado. Será competente el titular del protocolo, esto es quien lo autorizó o su sucesor, salvo que por haber transcurrido el plazo de conservación en la notaría, haya pasado al archivo, en cuyo caso corresponderá al notario archivero correspondiente. Para la apertura estará legitimada cualquier persona capaz de instar un acta notarial, tenga o no parentesco con el causante, dado que el contenido del testamento cerrado es, por definición,

secreto, y no puede apreciarse más estrictamente el interés legítimo. Valga aquí también lo dicho sobre la imposibilidad de evitar absolutamente la inidoneidad de los testigos, aunque éstos sean testigos distintos.

V. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Art. 421-17. Requisitos de validez:

1. *Sólo pueden otorgar testamento ológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados.*
2. *Para que el testamento ológrafo sea válido es preciso:*
 - a) *Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlas con su firma.*
 - b) *Que se presente ante el juez o funcionario competente a fin de que sea adverbado y se ordene su protocolización.*

La norma presenta dos novedades frente a su antecesora directa.

1. Extiende la capacidad legal para su otorgamiento, que ya no limita a los mayores de edad sino que alcanza también a los menores emancipados, lo que es coherente con la idea de limitar únicamente al menor emancipado la realización por sí mismo de aquellos actos dispositivos inter-vivos de mayor trascendencia en los que él mismo puede resultar perjudicado.
2. No se recoge la regla de caducidad de cinco años, sustituida ahora por la regla del art. 421-19 que luego veremos.

Art. 421-18. Adverbación:

1. *El juez o el funcionario competente para adverbar el testamento debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la ley.*
2. *Si resulta que el testamento es auténtico, debe acordarse su protocolización notarial, con testimonio de la resolución dictada. En caso contrario, debe denegarse la protocolización.*
3. *La resolución dictada en el expediente de adverbación debe cumplirse aunque se haya formulado oposición. En este caso, los interesados pueden hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente.*

No hay, pues, diferencias remarcables con la redacción de su antecedente, que es el art. 121 CS.

Art. 421-19. Caducidad del testamento:

1. *Los testamentos ológrafos caducan si no se presentan para que sean adverbados en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador y no se protocolizan en el plazo de seis meses contados desde la resolución del expediente.*
2. *Si durante los plazos fijados en el apartado 1 se interpone una demanda sobre la validez del testamento, éste debe protocolizarse en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial deviene firme.*

La norma es nueva y se diría que su finalidad es, si se me permite la expresión, evitar que se maree demasiado la perdiz. En efecto, hay que tener en cuenta que el testamento ológrafo multiplica las posibles causas de impugnación. Y, si en materia de formalidades, la jurisprudencia tiende a ser a veces algo menos estricta que con otras formas testamentarias para salvar la validez del testamento, en cambio la impugnación del mismo por falta de capacidad o por todo el elenco de causas que en sentido amplio afectan a la libre formación de la voluntad, esto es error, dolo, violencia o intimidación ha motivado muchísimos pleitos, con los costes que ello implica.

Respecto al art. 421-23 del anteproyecto, es de destacar la supresión de la excepción al plazo de caducidad que se preveía para la modalidad *parentum inter liberos*, incluyendo a la pareja estable entre esos parientes.

El anteproyecto reducía asimismo el plazo para solicitar la adverbación de cinco a cuatro años, pero exigía adicionalmente seis meses para la protocolización. Tal y como ha quedado la norma, los requisitos son acumulativos para evitar la caducidad, y así:

- a) El testamento caduca si no se solicita la adverbación en cuatro años desde la muerte del testador.
- b) Aún solicitada la adverbación en plazo, el testamento también caduca si, resuelto el expediente (favorablemente hay que entender, por que si no debe denegarse la protocolización) no se protocoliza en los seis meses siguientes a la resolución del expediente.
- c) También caduca si, impugnada su validez durante los plazos anteriores, no se protocoliza durante los seis meses posteriores a la firmeza de la resolución judicial.

VI. LOS CODICILOS Y MEMORIAS TESTAMENTARIAS

1. Los codicilos

Art. 421-20:

1. *En codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adiciona alguna cosa al testamento, lo reforma parcialmente o, si falta este, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos abintestato.*
2. *En codicilo, no se puede instituir o excluir ningún heredero, ni revocar la institución otorgada anteriormente. Tampoco puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo las que se impongan a los legatarios.*
3. *Los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos.*

Surgido en el derecho romano como medio de salvar la eficacia de las disposiciones hechas por el causante en documento testamentario nulo por falta de institución de heredero, y luego mantenido con distintos cambios en la compilación catalana y en el CS, la redacción actual de la norma añade alguna cosa y suprime otras respecto a la que tenía su antecedente inmediato, el art. 122 CS. Así, dejando aparte el cambio de ubicación de la designación de beneficiarios de seguros, que pasa a regularse de manera más completa en el nuevo art. 421-22, destacan dos cuestiones:

- a) Se prohíbe expresamente el uso del codicilo para nombrar albacea universal, en coherencia con la voluntad de no desdibujar los perfiles que diferencian testamento y codicilo desde la época romana.
- b) Se suprime la referencia del art. 122 CS a la prohibición de desheredar a los herederos, sustituyendo esa expresión por la más técnica *excluir*. Con ello se pretende seguramente evitar confusiones por el doble sentido que usualmente tiene la palabra desheredar, a saber, revocar una institución previa (lo que no puede hacerse en codicilo), pero también privar de la legítima, que en Cataluña es como es sabido *pars valoris* y no atribuye al legitimario la condición de heredero.

Finalmente, debe recordarse que, partiendo de los límites de contenido examinados, hay identidad de formas y solemnidades entre testamento y codicilo. Pero ambos se diferencian asimismo, y quizás principalmente, en su distinta eficacia revocatoria. Para el testamento, y sin entrar en

profundidades, la regla general del art. 422-9 es que el testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el anterior salvo que el testador mantenga su vigencia en los términos y con los límites de dicha norma, y lo mismo ocurre con entre testamento y codicilos y memorias testamentarias anteriores conforme al art. 422-12. En cambio, conforme al art. 422-11 y al art. 422-12 el codicilo sólo revoca la parte del testamento o codicilo anterior que aparezca modificada o resulte incompatible, sin perjuicio de que pueda usarse el codicilo para revocar expresamente un codicilo o memoria anterior.

2. Las memorias testamentarias

Art. 421-21. Memorias testamentarias:

1. *Las memorias testamentarias firmadas por el testador en todas las hojas o, si procede, por medio de una firma electrónica reconocida y que aluden a un testamento anterior valen como codicilo, sea cual sea su forma, si se demuestra o se reconoce en cualquier tiempo su autenticidad y cumplen, si procede, los requisitos formales que el testador exige en su testamento.*

2. *En las memorias testamentarias sólo pueden ordenarse disposiciones que no excedan del 10% del caudal relicto y que se refieran a dinero, objetos personales, joyas, ropa y menaje de la casa o a obligaciones de importancia moderada a cargo de los herederos o legatarios.*

3. *En las memorias testamentarias pueden adoptarse provisiones sobre la donación de los propios órganos o del cuerpo y sobre la incineración o forma de entierro.*

Se mantiene el perfil básico de la figura, trasunto moderno de las llamadas *schedulae testamentariae* surgidas en el medievo por vía consuetudinaria y que hoy son una forma escasamente utilizada de complemento a una disposición mortis causa anterior. Sus características básicas son su carácter aformal, los potentes límites a su contenido y la necesidad de que aludan a un testamento o heredamiento anterior, esto último si el heredamiento hace la reserva expresa que prevé el art. 431-22. Centrándonos en las novedades de su regulación actual, destacaremos lo siguiente:

a) Formalmente su característica sigue siendo precisamente su carácter aformal, sin perjuicio de las cláusulas *ad cautelam* que pueda contener el testamento sobre este punto y que deberán entonces cumplirse estrictamente para la validez de las memorias. La novedad aquí es el reconocimiento de las memorias firmadas por medio de firma electrónica

reconocida. Sobre esta posibilidad para las memorias testamentarias entiendo que la nueva norma merece crítica por haberse asimilado de manera un tanto simple al supuesto antes tratado para el testamento cerrado, cuando hay una diferencia esencial. En las memorias, redacción y otorgamiento son lo mismo. En el testamento cerrado, el acto que le confiere la condición de tal es el otorgamiento y autorización notarial del acta. En ambos casos, la utilización de la firma electrónica reconocida plantea toda la problemática derivada del hecho de que el uso de dicho firma no garantiza la autoría real, sólo la legal por imputación de la ley. La clave con la que se ha suscrito el archivo es, efectivamente, la del sujeto X, pero ello no garantiza en absoluto que X fue justamente el que usó la firma, ni que lo hizo voluntaria, consciente y libremente. La simplificación, abaratamiento y agilización del tráfico que puede aconsejar la equiparación de la firma electrónica con la manuscrita en ciertos negocios inter-vivos, asumiendo como coste subyacente un posible crecimiento de la litigiosidad, justifica quizá que ley resuelva los casos de utilización fraudulenta o los supuestos de dolo, error o intimidación acudiendo al principio de responsabilidad objetiva o incluso a la doctrina de la *culpa in vigilando* para mantener el vínculo contractual en caso de fraude. Pero tales argumentos no son válidos en sede de negocios mortis-causa, donde lo principal no es la protección de los intereses o expectativas generados a una contraparte o a un tercero de buena fe, sino la protección de la libre soberana voluntad del testador. En el caso del testamento cerrado, al menos el testador afirmará expresamente ante notario, quien indagará sus condiciones intelectivas y volitivas, que aquello que presenta es un testamento suyo. En el caso de las memorias testamentarias está sencillamente indefenso, tal y como quedan reguladas, ante un uso fraudulento de su firma electrónica.

b) Sustantivamente se incrementa desde el 5 al 10% el porcentaje del caudal relicto del que puede disponerse mediante las memorias, pero junto con el límite se modifica la forma de computación de ese límite. En efecto, la redacción del art. 123 CS parecía referir el límite anterior del 5% sólo a las disposiciones de dinero, dando a entender que, aparte, podía disponerse de objetos personales, joyas, ropas y ajuar. La redacción era desafortunada por que no definía qué hay que entender por objetos personales, de un lado, cuando puede haberlos muy valiosos como un mueble o un coche antiguo, por ejemplo. Y, de otro, permitía disponer de joyas sin limitación. La actual redacción deja claro que el límite del 10% es conjunto y que debe computarse el valor de todo lo dispuesto, parece que incluso si se hace a través de obligaciones impuestas a herederos o legatarios.

El último párrafo continúa tan inoperante como lo fue siempre, y el cauce adecuado para tales disposiciones debe ser el de las voluntades anticipadas.

VII. OTRAS NORMAS

Completan el Capítulo I dos normas más que pasamos a examinar.

Art. 421-22. Aplicación supletoria de las reglas de los testamento:

Se aplican a los codicilos y a las memorias testamentarias, en la medida en que lo permita su naturaleza, las disposiciones de los testamentos, incluidas las relativas a su nulidad e ineficacia.

Se reitera lo que dispone el art. 124 CS, aunque poniendo como límite la compatibilidad de naturaleza. Y justamente hay que decir que, dadas las diferencias que separan a las memorias testamentarias, por sus límites de contenido y su carácter aformal, de los testamentos y codicilos, no parece que su naturaleza permita demasiadas analogías, ni en contenido ni en forma; y para aplicarles otras normas como las interpretativas no hace falta que el artículo lo diga al estar aquéllas en sede de disposiciones generales. Y entre testamentos y codicilos, sentadas las diferencias ya examinadas, la identidad formal y de contenido puede ser en lo demás total, a salvo la distinta eficacia revocatoria, por lo que la norma parece un tanto superflua.

Art. 421-23. Designación de beneficiarios de seguros de vida:

La designación y modificación de beneficiarios de seguros de vida, de planes de pensiones y de instrumentos de ahorro y previsión análogos pueden hacerse en testamento o en codicilo, además de por los medios que establecen el contrato correspondiente o la legislación específica. La designación se puede modificar o revocar con otro testamento o codicilo o por cualquier otro medio admitido por el contrato o la ley.

El único precedente de la norma está en el art. 122 CS, que permite designar o modificar la designación del beneficiario del seguro de vida. Con la nueva norma parece que pretende actualizarse el contenido de dicha facultad, pues hoy los instrumentos de ahorro y previsión son cada vez más complejos, llegando en ocasiones a hibridar instrumentos financieros con otros de naturaleza aseguradora, y así los fondos o planes de pensiones que se convierten en seguros de vida si se fallece antes de la jubilación, por ejemplo. De otro lado se reconoce expresamente que los cambios y las revocaciones pueden ser bidireccionales, esto es, cabe revocar por los medios previstos en la ley o el contrato del instrumento de ahorro o previsión la designación hecha previamente en testamento o codicilo, y a revés.

Deberemos en este punto felicitarnos de que no haya prosperado la redacción del anteproyecto, que en su artículo 421-7 preveía que pudieran efectuarse o revocarse esas designaciones mediante cualquier acto de última voluntad, lo que hubiese incluido las memorias testamentarias y que, teniendo en cuenta las cuantías que dichos instrumentos de ahorro y aseguramiento pueden alcanzar, a buen seguro nos hubiese proporcionado una interesante (y costosa) fuente de jurisprudencia en años venideros, en especial cuando su garantía de *autenticidad* sea la (a veces) tan mal comprendida firma electrónica.

LA MARMESSORIA

JOSEP-DELFI GUÀRDIA I CANELA

ADVOCAT

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ

SUMARI : I. INTRODUCCIÓ. II. CONSIDERACIONS GENERALS. III. ELS TEMES PACÍFICS. 1. El concepte i la condició jurídica del marmessor. 2. El seu nomenament 3. L'actuació en cas de pluralitat. 4. La capacitat i la legitimació. 5. L'acceptació, excusa i renúncia. 6. La retribució. 7. El compliment de l'encàrrec. 8. El cessament i la finalització. IV. MARMESSORS UNIVERSALS I PARTICULARS. 1. Classificació unitària o plural. 2. La marmessoria particular. 3. La marmessoria universal, en general. 4. La marmessoria universal de lliurament directe. 5. La marmessoria universal de realització d'herència. 6. La retribució dels marmessors. V. A TALL DE CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓ

Permeteu-me que iniciï la meua intervenció felicitant tots els organitzadors d'aquestes XV Jornades de Dret Català a Tossa i en especial el professor Dr. Miquel Martín Casals i el Dr. Jordi Ribot Igualada. En primer terme, per haver arribat a aquest nombre que ens atansa a la trentena d'anys de reunions en aquesta bella vila. També per l'elecció del temari i pel fet d'haver introduït aquesta nova aproximació als temes de les Jornades que s'ha titulat «Acotació del món pràctic». I juntament amb la felicitació, l'expressió del meu agraïment per haver-me invitat a participar-hi.

Crec que la visió pràctica del dret és fonamental. El nostre dret, de sempre, ha tingut un fort arrelament en la realitat social, en la vivència de les figures i de les institucions jurídiques. I què és «la pràctica» sinó això, arrels i vida? Recentment, en un treball sobre Josep Finestres i de Monsalvo he tingut l'oportunitat de remarcar la importància que en el nostre dret històric han tingut els professors i tots aquells que han estudiat el dret romà, com a base del nostre dret, *more gallico*, però no tinc cap dubte que el nostre dret existeix perquè el dret romà s'ha desenvolupat entre nosaltres *more italico* a través del descobriment que els operadors jurídics fan de les necessitats socials per tal de donar-los la millor resposta jurídica. I aquest mètode sens dubte pot estendre's a tot el conjunt del nostre dret encara que no provingui directament del dret romà, com succeeix precisament amb la marmessoria.

Convé, amb tot, assenyalar com el nostre dret utilitza el nom que prové del dret romà (*manumissor*) i no el d'*albaceazgo*, de clara influència aràbiga.

Per aquest motiu, em limitaré a la imprescindible exposició dels conceptes i de l'evolució històrica que són a la base de la regulació actual de la marmessoria, institució d'un origen pràctic indiscutible, exposaré els temes de tractament jurisprudencial preferent i gosaré efectuar algun pronunciament crític sobre la seva regulació actual continguda en la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Finalment, em permetré algun suggeriment per al dia que s'abordi una reforma més en profunditat de la marmessoria.

II. CONSIDERACIONS GENERALS

La marmessoria, com a mecanisme d'execució testamentària, sorgeix a l'edat mitjana (els primers testimonis documentals són del segle XI) amb clars precedents germànics (el *Salmann* sàlic i el *Thinx* longobard) i s'incorpora al dret canònic (en el marc de les disposicions *pro salute anima*). És rebuda al dret català, formant part del *ius commune*, en la primera recepció que es féu d'aquest en el nostre ordenament jurídic. Ve fonamentalment modulada per la pràctica que acull i utilitza àmpliament aquesta figura. Per posar un exemple, el primer dels nostres juristes del segle XVIII, l'abans esmentat Finestres, en el seu testament atorgat davant de rector el dia 11 de novembre de 1777 disposa: «...nombro, senyalo y elegesch per Marmessors eo executors testamentaris [...] per a que simul et in solidum cumplan y cumplir facian lo que per mi en aquest testament està ordenat...». Vives i Cebrià, de la seva banda, escriu el 1833, al volum II del seu *Usages y demás derechos de Cataluña*: «casi en todos los testamentos hay nombramientos de albaceas (particulares)». I Roca Sastre en els seus *Estudios de Derecho Privado* (1948) assenyala que hi ha una gran quantitat de nomenaments de marmessors sobretot a la zona del llevant espanyol que atribueix a «influjo del Derecho catalán».

Nogensmenys, en el dret civil propi de Catalunya són molt poques les referències a aquesta institució. Assenyalem la Concòrdia entre Jaume II i Paonç, bisbe de Barcelona, de 27 de setembre de 1315, recollida en el llibre VI, *De les Pragmàtiques*, títol segon amb la rúbrica «De leixas pias», del volum segon de les Constitucions i altres drets de Catalunya. I pel que fa al dret local, el codi de les Costums de Tortosa, els Costums de la diòcesi de Girona i els Costums de Lleida. Amb relació a aquest darrer text, permeteu-me (per la meva afinitat territorial) esmentar el capítol 145, en el qual s'estableix: «Non instituuntur heredes nominatim per consuetudinem, sed fiunt manumissores in testamento qui rogantur sic precor ut dividant

omnia bona mea sicut inferius apparebit», clar precedent del fet que el marmessor universal supleix la institució d'hereu. La regulació extensa de la marmessoria s'havia de trobar, doncs, en el dret supletori aplicable a Catalunya i, en especial, en el dret canònic, si bé sovint la jurisprudència aplicava la legislació de Castella i especialment el Codi civil des que aquest regulà la institució en els articles 892 a 911.

Segurament per aquest motiu la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960 dedicà un ampli espai a la seva regulació (art. 235 a 241). I el Codi de successions de 30 de desembre de 1991 en féu una regulació més clara i sistemàtica (art. 308 a 321). El nou títol IV del Codi civil de Catalunya ha mantingut substancialment inalterat el règim de la marmessoria, llevat del sistema de retribució (art. 429-1 a 429-15).

Molts dels preceptes que constitueixen la normativa esmentada tenen un caràcter descriptiu i enunciató. Alguns s'han anat modificant per tal de millorar-los tècnicament o simplement per tal d'ajustar-los al pensament dels diferents redactors de la norma.

La jurisprudència, de la seva banda, s'ha ocupat amb alguna assiduitat de la marmessoria, si bé han estat pocs i molt concrets els aspectes que han donat lloc a la majoria dels conflictes judicials. Cal recordar, com a més importants, les sentències del Tribunal Suprem de 26 de febrer de 1971 (Sr. Aguado) i especialment de 29 de setembre de 1971 (Sr. González-Alegre), coneguda com «el cas de l'ambaixada a Colòmbia», que foren objecte de comentari, la primera per Puig Salellas i la segona per Follia a *El derecho civil catalán en la Jurisprudencia* (tom IX). Ben sovint, les qüestions referents a la marmessoria eren preliminars o accessòries a la matèria litigiosa principal. I en aquest sentit no resulta estrany que aspectes relatius a la marmessoria a Catalunya siguin tractats pel Tribunal Suprem en seu contenciosa administrativa (Sentència de 2 juny de 1993 amb relació a l'arbitri sobre el valor dels terrenys —taxa d'equivalència—, en la qual s'examina la naturalesa de la marmessoria que intervingué en la successió de referència), o pel dictamen publicat de l'Advocacia de l'Estat d'1 de desembre de 2004 (en el qual es tracta de la substitució eventual del marmessor).

La marmessoria també ha estat objecte de polèmica en la doctrina hipotecària, substancialment amb relació a l'àmbit del principi de tracte successiu i a la necessitat, o no, de la inscripció prèvia en favor del marmessor dels béns que aquest disposava en compliment de la seva missió. Nogensmenys, aquesta qüestió allunyaria excessivament aquesta ponència del marc d'aquestes Jornades.

Pel que fa als òrgans jurisdiccionals amb seu a Catalunya i en els darrers temps, el Tribunal Superior s'ha ocupat de la legitimació activa del marmessor per promoure un interdicte (acte resolutori de 12 de setembre de 2002, Sr. Feliu) i de la remoció del càrrec de marmessor per actuacions doloses o negligents (Sentència de 3 de desembre de 2001, Sra. Bassols). L'Audiència Provincial de Barcelona, de la seva banda, ha tractat diverses qüestions referides a la marmessoria en sentències de 30 de juliol de 1999 (secció 15a., Sr. Concepción), 18 de juny de 2001 (secció 14a., Sra. Alegret, dictada en el mateix assumpte, tot i que amb solució diferent que la STSJC abans esmentada) i 18 de febrer de 2004 (secció 19a., Sr. Collado), acte resolutori de 29 de setembre de 2005 (secció 1a., Sr. Pereda) i sentències de 24 de maig de 2006 (secció 1a., Sra. Portella), 25 de gener de 2007 (secció 14a., Sra. Font) i 25 de setembre de 2007 (secció 17a., Sra. Sambola). L'Audiència de Tarragona ho ha fet també en la Sentència de 7 de gener de 1999 (secció 3a., Sr. Albar).

Paradoxalment, en els darrers temps no ha arribat a la jurisprudència el problema més freqüent a la pràctica com és el discerniment de si un determinat marmessor té la condició d'universal o de particular, amb les conseqüències importants que aquesta qualificació té als efectes de la seva remuneració. Per tant, continua vigent la doctrina sobre remuneració continguda en les sentències de l'Audiència Territorial de 21 de maig de 1970, 8 de juliol de 1976 (Sala 2a., Sr. de Lecea, tot i que cassada en part –absolució de la legatària de part alíquota, no hereva– per la STS de 24 de gener de 1978 –Sr. Castro– que posà fi a un procés en el qual vaig intervenir professionalment) i 18 de març de 1970 (Sr. Soler, que directament versa sobre reemborsament de despeses, però que és una que analitza en un cas concret si la marmessoria era universal o particular). També altres aspectes, però, han donat lloc a controvèrsies i de la majoria d'ells ens ocuparem després.

III. ELS TEMES PACÍFICS

Com ja he assenyalat anteriorment, hi ha moltes qüestions referides a la marmessoria que resulten substancialment pacífiques des d'un punt de vista pràctic. Així, enumerarem les següents:

1. El concepte i la condició jurídica del marmessor

Del text legal i singularment de l'article 429-1 resulta que es pot definir el marmessor com aquella persona que, en nom propi i en interès d'altri, està investida pel causant de les facultats corresponents per tal que executi, respecte a la seva successió, els encàrrecs que li hagi conferit.

El text legal no es pronuncia sobre la condició jurídica del marmessor i si aquest és un mandatari, un fiduciari, un representant, un administrador, un curador o un titular d'un càrrec o ofici. Com passa sovint, la seva funció té elements de totes les figures esmentades però no es confon amb cap d'elles. La naturalesa estrictament pràctica d'aquest treball ens excusa d'insistir més en aquesta qüestió, tot i que alguna conclusió posterior pot tenir repercussió en aquest punt.

2. El seu nomenament

Tampoc no presenta cap problema el tema del nomenament. Correspon al causant de tota successió voluntària (per tant, al testador o a l'heretant) i aquest ho pot fer tant en testament o codicil com en l'heretament. Com és conegut i pacífic, no es pot designar marmessor en memòria testamentària, tot i que l'article 429-8.2 esmenta aquest instrument successori com a objecte sobre el qual es pot projectar la seva activitat. Vegeu, a més, la concordança entre part de l'article 429-12 i l'article 421-21.3.

El causant pot designar marmessors substituïts o facultar els marmessors titulars per designar-los. Els marmessors, pel caràcter quasi personalíssim de la institució, no poden delegar llurs funcions si no hi han estat facultats.

Potser resulta excessiva, des d'un punt de vista pràctic, l'exigència que la substitució en la marmessoria hagi de ser feta en escriptura pública. Nogensmenys, el règim general en matèria d'apoderament i de substitució de facultats (art. 1280, 5 CC) abona la tesi del legislador.

3. L'actuació en cas de pluralitat

La solució legal no presenta tampoc cap dificultat pràctica. S'aplica el principi que cal atènyer-se en primer lloc a la voluntat del causant, i si hi manca es presumeix la mancomunitat. També s'aplica encertadament el règim de la mancomunitat i, en conseqüència, s'estableix que han d'actuar per majoria i que, si hi ha vacants, els qui resten assumeixen les funcions i les facultats dels qui manquen.

Encara que pugui semblar contradictori, personalment em sembla discutible a la pràctica que en els casos d'urgència evident, seguint la norma continguda en l'article 896 CC, pugui actuar un de sol, sota la seva responsabilitat, tot i que n'hagi de donar compte immediatament als altres. D'una banda, resulta difícil que en aquesta matèria, en els temps actuals i amb els mitjans de comunicació de què disposem, es puguin produir

situacions d'urgència que resultin imprevisibles. I de l'altra, s'altera el règim de les cotitularitats sense raó suficient.

La Sentència de l'Audiència Territorial de Barcelona de 12 de febrer de 1971 (Sala 2a., Sr. Gómez de Membrillera) es va pronunciar sobre la manera d'actuar dels marmessors quan són una pluralitat, i la seva excel·lent doctrina és perfectament coherent amb els criteris generals en matèria de mancomunitat i solidaritat, ja que va atribuir aquest caràcter als hereus de confiança, després esdevinguts marmessors, que havien estat anomenats amb l'expressió «juntos y a solas».

4. La capacitat i la legitimació

Quant a la capacitat no es presenta tampoc cap problema. Òbviament, els marmessors han de gaudir de capacitat per obligar-se. I aquesta capacitat ha de projectar-se sobre tot el període en el qual desenvolupen la seva activitat.

Quant a la legitimació per ser marmessor (no per actuar com a tal), ja hi ha algun problema major. En primer terme o bé s'ha de considerar que manca una fórmula general de legitimació –tota persona dotada de capacitat està legitimada per ser marmessor– o bé resulta discutible la rúbrica de l'article 429-3 amb el seu contingut actual, ja que no s'hi regula tant la legitimació com s'exclou una hipotètica manca de legitimació de persones eventualment implicades en la successió.

En aquest sentit, no hi ha dubte sobre el fet que poden ser marmessors els legataris, les restants persones afavorides per la successió i els qui en cada moment exerceixin un determinat càrrec. Aquesta darrera expressió, que no figurava en la Compilació de 1960 (però sí en l'article 459.1 del seu projecte), replanteja el problema de si poden ser marmessors les persones jurídiques com a tals o només les persones físiques que en la seva organització exerceixen un determinat càrrec. Tot i que la doctrina, sobre el text de la Compilació i basant-se en el Codi civil, es pronunciava positivament sobre això, el fet d'haver incorporat ara el text del projecte (que clarament ho impedia) suscita dubtes que podien haver-se evitat aclarint el text del primer paràgraf del mateix article per tal de precisar si «qualsevol persona» es refereix a les persones naturals i a les jurídiques o només a aquelles. Personalment, per fidelitat a la tradició històrica i sobre la base del text esmentat del paràgraf segon, m'inclino per limitar la legitimació per ser marmessor a les persones físiques. La qüestió, no gensmenys, resta oberta.

Em sembla, al contrari, d'una incongruència notable que es possibiliti que l'hereu sigui marmessor. Sé perfectament que aquesta és una constant

en la nostra pràctica, però des d'un punt de vista de la naturalesa de les institucions no em sembla correcte ni possible que a un «successor» se li pugui atribuir funcions de marmessor que siguin diferents d'aquelles que ja li corresponen com a hereu. Una cosa és la incongruència relativa que en un sistema de successió universal hi hagi un executor testamentari diferent de l'hereu i una altra és la incongruència radical que se superposi al títol d'hereu el de marmessor.

5. L'acceptació, excusa i renúncia

El règim de l'acceptació, l'excusa i la renúncia no dona lloc a cap crítica important. És obvi que el càrrec de marmessor és voluntari, però una vegada acceptat, encara que sigui de manera tàcita, es perfecciona la relació jurídica i l'acceptant no pot excusar-se de continuar en l'exercici del càrrec sense causa justa apreciada pel jutge.

En la regulació actual, també resulta coherent el precepte segons el qual si el designat com a marmessor és requerit notarialment per algun hereu o per una persona interessada en l'herència i no accepta el càrrec davant de notari (s'exclou doncs l'acceptació tàcita establerta per al supòsit normal) dins del mes següent a la notificació, s'entén que el renuncia. Cal remarcar en aquest punt que la Compilació (art. 235.2) fixava un termini excessivament curt de deu dies que ja l'article 312 CS havia augmentat a trenta. La Sentència del TSJC de 7 d'octubre de 1996 (Sr. Puig Ferriol) analitza la manera de fer el requeriment i tracta dels actes del designat que constitueixen, o no, acceptació tàcita.

D'altra banda, resulta igualment correcte que la renúncia al càrrec de marmessor o l'excusa justificada a continuar en l'exercici del càrrec no impliquin la pèrdua del que el causant hagi disposat a favor seu a títol d'herència o de llegat, tret que ho imposi expressament.

En aquesta matèria, al meu entendre, es presenta una important qüestió de *lege ferenda* que de tota manera només assenyalaré. En la meua opinió caldria una reforma legislativa en el sentit que el marmessor només pogués actuar a sol·licitud o requeriment de l'hereu o d'una persona interessada en l'herència. Per tant, la *interpellatio* no seria un pressupòsit de la renúncia sinó de l'acceptació. O almenys que, a falta de disposició expressa del testador en contra, es poguessin posar d'acord tots els interessats en la successió per tal d'excloure la intervenció del marmessor, de manera anàloga al supòsit establert per als comptadors-partidors en l'article 464-6.2. Amb aquesta mesura s'evitaria una praxis (que en general es concreta en algunes entitats financeres) que sovint dificulta el trànsit successori i

que a voltes ha estat utilitzada com a eina de pressió d'algun marmessor per percebre una retribució que no li corresponia.

6. La retribució

És comunament acceptat que el marmessor, en principi i llevat que el causant disposi que sigui gratuït, ha de percebre una remuneració. I també resulta pacífic que, en tot cas, li han de ser reemborsades les despeses ocasionades per l'exercici del seu càrrec, conforme al principi segons el qual que el càrrec sigui gratuït no vol dir que, a més, sigui oneros. La Compilació de 1960 va regular aquesta matèria, en gran part *ex novo* (abans i pel que fa a la quantia de la retribució, s'atenia «al costum del país»), i el sistema ha perdurat fins a la darrera reforma, que ha modificat substancialment la quantia de la retribució.

El problema se centra fonamentalment en la retribució en funció de la classe de marmessoria, aspecte que abordarem més endavant. La quantia retributiva ha estat una de les poques novetats legislatives en la matèria i em sembla que la solució donada no resulta plenament satisfactòria.

7. El compliment de l'encàrrec

En aquest punt, la Llei es refereix substancialment als terminis i a la rendició de comptes. Les solucions són en principi plausibles. El termini principal és el fixat pel causant (amb una limitació de trenta anys o, si es fixa amb referència a la vida de determinades persones, no pot excedir els límits dels fideïcomisos) i pot ser ampliat «per tots els hereus de comú acord». Resulta curiós constatar com la solució legal és totalment coherent amb els principis successoris generals (els cohereus ocupen el lloc i el dret del causant), però no tant amb la regulació específica de la institució que ens ocupa, la qual dóna un paper rellevant als altres interessats en la successió i, en conseqüència, al fet que la marmessoria funcioni. Aquests, si no són hereus, no tenen cap paraula a dir en la pròrroga del termini.

El termini legal d'un any per al compliment de l'encàrrec quan el títol no n'ha fixat un altre, que estableix l'article 429-13.2, sembla correcte, però probablement es deixa massa discrecionalitat al jutge, atès que no se li assenyala, almenys orientativament o com a màxim, un nou termini.

La rendició de comptes a les persones en interès de les quals ha d'actuar, o si escau, a l'autoritat judicial, i no sols als hereus, com a successors de qui els ha nomenat, constitueix també un encert de la regulació.

8. El cessament i la finalització

La regulació del cessament i la finalització de la marmessoria s'avé amb els principis generals en la matèria. Les causes subjectives de pèrdua de les condicions personals, les objectives de compliment de l'encàrrec i les temporals del transcurs del termini, no són objectables.

En matèria de remoció potser només cal retreure a la Llei que no fixi un procediment més expeditiu que el declaratiu ordinari al qual s'ha d'acudir per a la remoció del càrrec. És cert que, com de costum, la Llei d'enjudiciament civil no té presents les normes de dret civil que no figurin en el Codi civil, però no sembla difícil aplicar analògicament alguns dels processos especials del llibre IV o que eventualment puguin figurar en la futura Llei de jurisdicció voluntària. I això mateix es pot dir per a la declaració d'impossibilitat d'exercir-lo. Cal tenir present que els conflictes sobre la remuneració en alguns casos es fan precedir del litigi sobre remoció. Les ja esmentades sentències de 3 de desembre de 2001 (TSJC) i 18 de juny de 2001 (AP Barcelona) abordaren la qüestió de la remoció del càrrec de marmessor per actuacions doloses o negligents, en les quals l'Audiència es va manifestar positivament i el Tribunal Superior, negativament.

La Llei acaba la regulació de la marmessoria possibilitant el nomenament d'un marmessor datiu (només per a la finalització de l'encàrrec), i d'una manera molt simptomàtica tanca la regulació atribuint a l'hereu el compliment de la voluntat del causant (retrobrament de la figura del marmessor legítim).

IV. MARMESSORS UNIVERSALS I PARTICULARS

Amb tota certesa aquesta és la part més controvertida de la regulació de la marmessoria i la que ha donat lloc a més conflictes i controvèrsies, tant de tipus teòric com pràctic. El capítol IX sobre els marmessors del títol IV de les successions del Codi civil de Catalunya dedica quatre llargs articles (429-7 a10) a la regulació de la marmessoria universal, un article (429-12) al marmessor particular i entremig un altre article (429-11) a la «destinació de l'herència a sufragis o als pobres». Prescindiré de la consideració d'aquesta darrera, que com diu l'exposició de motius, ha estat situada en aquest capítol (abans ho era al capítol de modalitats en la designació dels successors —art. 163 CS—) atès que la finalitat de la successió, en aquests casos, és el compliment d'un encàrrec de destinació i no l'atribució de béns per títol successori.

1. Classificació unitària o plural

En primer terme, és discutible la divisió binomial entre marmessors universals i particulars. Entenc que aquesta distinció és excessivament tributària del Codi civil (art. 894), tot i que la regulació posterior d'aquest no treu cap conseqüència rellevant de la distinció i sembla inspirada en la distinció entre el mandat general (universal) i l'especial (particular) de l'article 1712 del mateix Codi.

És cert, però, que en el nostre dret hi ha dues conseqüències fonamentals d'una classe i altra de marmessoria, ja que només la universal substitueix la manca d'institució d'hereu (art. 429-7. 2) i la remuneració és diferent, en el cas del marmessor universal (el 5% del valor de l'actiu hereditari líquid) i en el del particular que sigui comptador-partidor (el 2%), segons estableix ara l'article 429-5.1 del Codi civil de Catalunya. I aquesta és amb tota seguretat la raó de la configuració dual.

De tota manera i en línia de principi, es podria partir d'una concepció unitària de la marmessoria que abastés les tres situacions de marmessoria particular, marmessoria de lliurament i marmessoria de realització o, si es vol, configurar autònomament les tres situacions. Caldria tenir present, a més, que per a alguns autors l'herència de confiança hauria de ser tractada juntament amb la marmessoria, i constituir una mena de *quantum genus* d'aquesta, per la seva vinculació amb la marmessoria universal. Cal remarcar que tampoc no sembla gaire sòlida, llevat d'allò que ja s'ha dit sobre els efectes —suplència d'hereu i retribució—, l'agrupació en una mateixa categoria (art. 429-7.3) de la marmessoria universal de realització d'herència (art. 429-9) i la marmessoria universal de lliurament directe de romanent de béns (art. 429-10). En aquesta línia té sentit l'article 429-7.4 quan estableix que en cas de dubte s'entén que la marmessoria universal és de lliurament directe del romanent.

En tot cas, no sembla haver-hi dubte que la qualificació de la marmessoria com a universal o particular no depèn de l'expressió emprada pel testador, sinó de la naturalesa objectiva de la missió i les facultats que se li atribueixen. L'article 429-12.2 resulta definitiu sobre això.

Afegiré que em sembla desencertada i pot constituir un focus de problemes la redacció diferent que s'ha donat a la descripció de les dues figures de la marmessoria universal en l'article 429-7 (paràgrafs 1 i 3) i en els títols dels articles 429-9 i 429-10.

2. La marmessoria particular

De fet no planteja grans ni greus problemes. Es tracta de la figura de menor intensitat dins de la marmessoria i és probablement la que presenta més característica de mandat que de fidúcia. Han de complir o executar els encàrrecs o disposicions del causant i, amb aquesta finalitat, disposen de les facultats que aquest els atribueix i de les altres (legals) que siguin necessàries per complir uns i altres.

És amb relació a aquesta figura quan, al meu entendre, s'hauria de variar el plantejament legal. En aquests casos, en principi, hi ha un hereu instituït i, en conseqüència, la figura del marmessor no es justifica només com a executor testamentari (la qual cosa ja és *per se* l'hereu), sinó com a encarregat de complir un missió que, a judici del causant, l'hereu podria no executar (fonamentalment a causa d'eventuals interessos contraris). Per tant, penso que la figura del marmessor en aquests supòsits és subordinada i vicària de l'hereu i, en conseqüència, només hauria d'intervenir a requeriment dels titulars dels interessos que, per encàrrec del causant, ha de tutelar.

Els marmessors particulars no perceben cap retribució, llevat del cas que siguin comptadors-partidors (cas en el qual la remuneració s'ha mantingut en el 2% del valor de l'actiu hereditari líquid), però tenen dret al reemborsament de totes les despeses a càrrec de l'herència.

El Codi civil de Catalunya regula allò que podríem denominar el contingut típic de la funció dels marmessors particulars: cura de l'enterrament o la incineració, dels funerals i sufragis piadosos, de la destinació dels òrgans o del cos i de demanar el compliment dels modes. Sobre alguna d'aquestes actuacions no hi ha problema, però sobre d'altres hi ha més bona voluntat que efectivitat. Són aquelles molt immediates a l'obertura de la successió amb la mort del causant (destinació dels òrgans o cos i enterrament o incineració) que es produeixen quan encara no hi ha constància formal (i sovint tampoc material) de l'existència de marmessoria (desapareguda l'antiga possibilitat d'acceptació del càrrec en el mateix instrument successori), i per aquest motiu és bo que, com sol succeir, es deixin a la discreció de la família més pròxima.

3. La marmessoria universal, en general

Cal recordar que la marmessoria universal és la que constitueix l'origen de la institució (supòsits d'institució de caràcter pietós o benèfic, o de distribució dels béns entre els pobres). Fou posteriorment (projecte de Compilació i text d'aquesta que modificà en aquest punt el Codi civil) que se subdividí en dues figures (entrega directa o realització dinerària). Entre

les dues no hi ha diferències substancials quant als efectes (suplència de la institució d'hereu i retribució), però sí quant a la funció institucional i a algunes de les facultats del marmessor (singularment l'abast de la possibilitat d'alienació a títol oneros dels béns de l'herència). Cal remarcar la persistència a explicitar la facultat d'interpretar el testament, codicil, memòria o pacte successori que hagi d'executar. Com és sabut, aquesta facultat es va introduir en la Compilació a iniciativa d'una persona concreta i, tot i que se li atribueix una indubtable eficàcia pràctica i es basa en la millor doctrina, pot ocasionar —si s'entén de manera àmplia— disfuncions notables.

Per cloure aquest apartat cal assenyalar que no pocs teòrics i pràctics del dret veuen en la figura de la marmessoria universal l'eina idònia per acostar el nostre sistema successori al propi dels països de tradició anglosaxona i nord-americana, cosa que, dit sigui de passada, em sembla totalment rebutjable.

4. La marmessoria universal de lliurament directe

Com ja he insinuat abans, aquest tipus de marmessoria, al meu entendre, està situat a la frontera amb la marmessoria particular. La Llei és conscient d'aquest fet i així s'ha d'entendre en vista del que estableix l'article 429-12.2. En efecte, pot donar-se el cas que un causant efectui determinats encàrrecs a un marmessor concret i disposi que, una vegada executats i sense que sigui necessari cap acte de realització dinerària, lliuri l'herència íntegrament bé a l'hereu o bé a persones (o persona) designades per ell sense atribuir-los condició d'hereu; en el primer supòsit el marmessor serà particular (encara que el causant el qualifiqui d'universal) i en el segon cas, conforme a la lectura de la Llei, podrà ser qualificat d'universal. Ja hem indicat que en matèria de marmessoria la qualificació com a particular o universal no deriva del títol ni cap altre element subjectiu, ni tampoc d'elements estrictament objectius, sinó de la funció o missió que li atorga el causant.

La solució del supòsit apuntat pot ser considerada justa des d'un punt de vista pràctic ja que, en cas contrari, el testament seria nul per manca d'institució d'hereu, però és difícil de justificar des del punt de vista de la coherència interna del sistema i de la iniquitat que deriva del fet que en el primer cas no tingui dret a retribució (si el marmessor no és comptador-partidor) i en el segon cas efectivament la tingui.

Afegim en darrer terme que el nomenament de marmessor amb l'encàrrec d'efectuar alguna actuació de naturalesa menor i de lliurar l'herència íntegrament a l'hereu, sovint a la pràctica s'ha volgut considerar com a

marmessoria universal, especialment als efectes retributius, singularment quan el causant ha utilitzat aquest qualificatiu. Per aquest motiu resulta especialment útil la disposició, ja esmentada, de l'article 429-12.2.

5. La marmessoria universal de realització d'herència

Aquest constitueix el supòsit més clar de marmessoria universal. I és el que justifica que es reconegui a la marmessoria una naturalesa jurídica fiduciària. A més, en aquest cas no sembla discutible que la institució supleixi la manca d'institució d'hereu i que el marmessor rebi una retribució notable.

Les facultats que la Llei atorga al marmessor universal de realització són pràcticament les mateixes que ja li atribuïa l'article 316 CS i l'article 237 de la Compilació. No plantegen importants problemes pràctics. La jurisprudència s'ha ocupat d'alguna qüestió relativa a aquest tema darrerament en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 14 de setembre de 2006 (Sr. Ramos), però sense que hagi aportat cap tractament nou a la qüestió.

6. La retribució dels marmessors

Ja hem assenyalat també que el sistema de retribució dels marmessors ha estat l'única novetat substancial introduïda per la Llei de 10 de juliol de 2008 al règim de la marmessoria. Sembla clar que el legislador ha mirat amb notable aprensió aquesta matèria i hi ha introduït diversos elements de desconfiança que al meu entendre no resulten justificats.

En realitat, el sistema continua igual. Només s'ha rebaixat al 5% del valor de l'actiu hereditari líquid, el tipus que abans era del 10%. En definitiva, la regulació general de la retribució dels marmessors fou obra de la Compilació, que fixà com a base el cabal hereditari líquid (en lloc de només els fruits i rendes) i resolgué la compatibilitat, llevat de disposició en contra, de la retribució amb els llegats o altres disposicions favorables, com havia mantingut una part de la doctrina.

Altres modificacions són de menor importància pràctica tot i que alguna no està exempta de polèmica. En concret, no encerto a veure la raó que en uns casos els honoraris professionals s'imputin al percentatge de retribució («si la marmessoria és exercida professionalment») i en altres no s'hi imputin i siguin a càrrec de l'herència. A part de la imprecisió de l'expressió reproduïda textualment (se suposa que no hi ha una marmessoria professional i que, en tot cas, la marmessoria pot correspondre a professionals), considero que no es pot acceptar que el marmessor que sigui professional estigui

obligat a prestar els seus serveis de manera gratuïta (cosa que contradiria el criteri en matèria de llegats i altres disposicions), mentre que si no és professional pugui encarregar-los a un tercer, satisfer els seus honoraris i ser-ne reemborsat com a despesa a càrrec de l'herència. Per tant, considero que, tot i que la Llei no ho digui expressament i per analogia amb el que disposa el paràgraf subsegüent, el causant pot disposar altrament i que, en un altre cas, tot marmessor que sigui un professional pot optar entre prestar els seus serveis professionals i incorporar els seus honoraris dins el percentatge de retribució o encarregar els serveis a un altre professional i rescabalar-se del seu import com a despesa de la marmessoria. En darrer terme, cal consignar que aquest nou afegitó només té aplicabilitat quan el marmessor té una retribució percentual i no s'aplicarà al marmessor particular que no sigui comptador-partidor, el qual podrà considerar els honoraris pels seus serveis com a despesa de la marmessoria.

Un judici més favorable mereixen els apartats 3 i 4 de l'article 429-5. Quant al primer i de tota manera, en especial atesa la reducció del percentatge, s'hauria pogut ser més sensible al fet que, quan els nomenats són més d'un, com que hi ha més treball també la retribució hauria de ser més gran. Hi ha moltes experiències que no cal explicitar (comptador-partidor judicial, àrbitre, etc.) de funcions dutes a terme de manera personal o col·legiada que comporten una retribució diferent en un cas i altre. Respecte del segon, la solució legal és irreprotxable, però en la seva formulació pot donar lloc a una situació injusta si en aquest cas el marmessor desenvolupa una funció que és diferent d'aquella per la qual ha estat retribuït, sense poder percebre no sols la retribució percentual de la nova funció, sinó també eventualment els seus honoraris professionals.

De tota manera, la qüestió més important és la reducció a la meitat de la taxa percentual. És cert que partíem d'algunes situacions que calia corregir, especialment l'autoatribució de la condició d'universal per part de marmessors que efectivament no ho eren (a això obeeix en gran part i com ja he indicat l'article 429-12.2). Però en lloc d'afrontar l'essència de la qüestió i establir millor les exigències per a la qualificació d'un marmessor com a universal, es va optar per reduir-ne la retribució, amb la qual cosa es continua retribuïnt exorbitantment els marmessors que efectuen poques actuacions (i que en realitat són marmessors particulars) i es redueix injustament la retribució dels autèntics marmessors universals que duen a terme unes tasques que poden arribar a ser molt importants.

Personalment crec que aquesta reducció de la retribució —i la de l'hereu de confiança— s'insereix en un corrent d'opinió que tendeix a treure importància a la figura de l'hereu i institucions i milans i al qual no foren aliens els intents de suprimir la quarta falcídia i la quarta trebel·liànica.

Finalment, aquestes atribucions tendents a refermar la posició de l'hereu gravat amb llegats o fideïcomisos resistiren l'escomesa, però no s'evità que figures vicàries de la institució d'hereu, com l'herència de confiança i la marmessoria universal, veiessin reduïdes les seves retribucions. I així ara ens podem trobar amb la realitat d'una herència que el causant atribueix i destina en la seva totalitat; si atribueix l'encàrrec a una persona a la qual dóna el títol d'hereu, aquest tindrà dret a la quota hereditària mínima del 25%; si el designa marmessor universal (o hereu de confiança), el seu benefici en l'herència serà del 5%. Sembla que la diferència és excessiva.

V. A TALL DE CONCLUSIONS

Un treball que es qualifica d'«acotació del món pràctic» tendeix a ser discutible i discutit. Amb aquesta finalitat ha estat redactat. I per facilitar el debat m'ha semblat oportú cloure'l amb algunes conclusions com les que exposo a continuació:

Primera: La marmessoria, tot i la dificultat del seu encaix en un sistema de *successio* romana, té encara ara una virtualitat pràctica que aconsella mantenir-la i millorar-ne la regulació. La marmessoria no hauria de ser utilitzada com a eina per transitar cap a un sistema general de realització d'herència que no és propi de la nostra tradició jurídica.

Segona: La regulació que de la marmessoria ha fet la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, mereix un judici favorable atès que ha mantingut i sistematitzat la regulació anterior. El judici, a parer meu, ja no és favorable quant a les novetats introduïdes.

Tercera: Hi ha molts aspectes de la regulació actual que resulten pacífics. Caldria, però, resoldre alguns dubtes i repensar algunes qüestions. Entre elles es pot assenyalar: a) la possibilitat, o no, de la marmessoria per part de persones jurídiques; b) l'actuació, bé d'ofici bé a instància de l'hereu o persones interessades en la successió, del marmessor designat pel causant; c) la retribució de l'anomenada legalment *marmessoria professional*; d) l'establiment d'un procediment especial, de naturalesa abreujada, per a la remoció del marmessor testamentari i el nomenament d'un marmessor datiu.

Quarta: Caldria repensar si la classificació de la marmessoria en particular i universal i la d'aquesta en marmessoria de lliurament i marmessoria de realització ajuda a resoldre els problemes que es plantegen o contribueix a dificultar-ne la solució. En tot cas caldria algun retoc en aquesta matèria.

Cinquena: La retribució del marmessor no pot ser la clau de volta del sistema. Ha de quedar molt clar quan el marmessor té dret a una retribució percentual sobre el cabal hereditari i excloure tots els altres supòsits. Quan el marmessor universal exerceix efectivament les seves funcions i així supleix de veritat la institució d'hereu, l'antiga remuneració del deu per cent sembla més justa que l'actual del cinc per cent.

LA INEFICÀCIA DELS ACTES I DISPOSICIONS D'ÚLTIMA VOLUNTAT*

JOAN MARSAL GUILLAMET
PROFESSOR TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ. II. LA NUL·LITAT DEL TESTAMENT. 1 Les causes de nul·litat del testament. 1.1 Per manca de capacitat per testar. 1.2 Per defectes formals. 1.3 Per vicis de la voluntat del testador. 2 L'acció de nul·litat. 3 La conversió del testament nul. 3.1 La conversió formal. 3.2 La conversió material. III. LA PRETERICIÓ ERRÒNIA DE LEGITIMARIS. 1 Introducció. 2 El supòsit de la preterició errònia. 3 L'exercici de l'acció. IV. LA REVOCACIÓ. 1 Els negocis *mortis causa* com a supòsits de fet de la revocació del testament. 1.1 La revocació expressa. 1.2 La manca de declaració revocatòria. L'anomenada revocació tàcita. 2 Els altres supòsits de fet de la revocació. 2.1 L'alienació voluntària del bé llegat. 2.2 L'alteració del testament hològraf per part del testador. V. LA CADUCITAT DELS NEGOCIS PER CAUSA DE MORT. 5.1 La caducitat dels actes hològrafs. 2 La caducitat del testament davant de rector. VI. LA NUL·LITAT I LES ALTRES CAUSES D'INEFICÀCIA DE LES DISPOSICIONS TESTAMENTÀRIES. 1 Les causes de nul·litat. 2 La indignitat o inhabilitat per succeir de l'afavorit. 3 La caducitat de les crides de confiança. 4 La ineficàcia sobrevinguda de les atribucions a favor del cònjuge o convivent en situacions de crisi.

I. INTRODUCCIÓ

El capítol II del títol II del llibre IV CCCat té com a rúbrica «[n]ul·litat i ineficàcia dels testaments i de les disposicions testamentàries». En relació amb el CS, no es destaca la revocació de les altres causes d'ineficàcia, i es distingeix entre la nul·litat o la ineficàcia del negoci i la d'alguna de les disposicions contingudes en ell. També s'ha reduït l'abast, perquè en el CS la nul·litat o ineficàcia es predicava de testaments, codicils i memòries testamentàries, i en el CCCat només de la del testament, tot i que el capítol també és aplicable als altres negocis per causa de mort i de darrera voluntat admesos pel dret català, per remissió de l'article 421-22 final.

* jmarsal@ub.edu. L'autor forma part del Grup de Recerca Consolidat 2005 SGR00759. Els treballs per a l'elaboració de la ponència s'insereixen dins del Projecte d'investigació SEJ 2005-08987 i la revisió del text per a la publicació, en el DER 2008-03992/JURI. En tots els casos, l'investigador principal és el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

A les tres causes d'ineficàcia dels negocis *mortis causa* i de les disposicions que contenen establertes pel CS —la nul·litat, la revocació i la caducitat—, el CCCat hi ha afegit la preterició errònia de legitimaris, que en el CS era una causa de nul·litat (art. 126-1). A més, la incapacitat i la inhabilitat successòries també han passat de causes de nul·litat de les disposicions testamentàries (art. 126.2 CS) a causes d'ineficàcia (art. 412-6.1), i la presumpció de revocació de les atribucions a favor del cònjuge (ara també a favor del convivent) ha esdevingut una causa d'ineficàcia sobrevinguda. Es recomana la lectura del preàmbul III.b de la Llei 10/2008. El que segueix a continuació desenvolupa sistemàticament la recensió del capítol que fa el legislador.

II. LA NUL·LITAT DEL TESTAMENT

1. Les causes de nul·litat del testament

1.1. Per manca de capacitat per testar

Són nuls els testaments atorgats per les persones que tenen menys de catorze anys o per les que no tenen capacitat natural per testar en el moment de l'atorgament del testament (art. 421-4). També ho seran els testaments hològrafs atorgats per persones menors d'edat no emancipades (art. 421-17.1).

En els testaments notariais, el notari identifica el testador i formula un judici sobre la seva capacitat per testar (art. 421-7). El judici notarial de capacitat ha estat interpretat pels tribunals com una presumpció *iuris tantum* (STSJC 3.1.1994, MP: Somalo Giménez; STSJC 4.2.2002, MP: Vidal Andreu), per la qual cosa es pot desvirtuar mitjançant la prova de la incapacitat (ex. en sengles plets resolts mitjançant STSJC 1.7.1999, MP: Puig Ferriol, i STSJC 26.1.2009, MP: Anglada i Fors).

L'article 421-9 conté essencialment la regulació de l'article 116 CS en la interpretació que n'havíem fet,¹ confirmada per la jurisprudència menor.²

¹ Joan MARSAL GUILLAMET. *El testament*. Barcelona, 2000, p. 162; en el mateix sentit, Antoni VAQUER ALOY. «La capacitat per a testar en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya». *Revista Catalana de Dret Privat*, 2002, p. 173 i seg.

² Sentències AP Lleida (sec. 2a) 10.9.1999 (CENDOJ 25120370021999100118), 13.4.2000 (CENDOJ 25120370022000100270) i 26.3.2007 (CENDOJ 25120370022007100005). També SAP Barcelona (sec. 17) 27.4.2005 (CENDOJ 08019370172005100624) i (sec. 14) 14.10.2005 (CENDOJ 08019370142002100715). En la SAP Barcelona (sec. 19) 16.5.2007 (CENDOJ 08019370192007100260) es va entendre que el dictamen de dos facultatius no era necessari malgrat que el testador estava incapacitat parcialment, «limitándola

Quan el testador no ha estat incapacitat judicialment, es deixa a criteri del notari la decisió de donar suport al seu judici de capacitat amb el dictamen de dos facultatius. En canvi, quan qui vol testar està incapacitat judicialment, el dictamen de dos facultatius, acceptats pel notari, sobre la capacitat del testador és un requisit de validesa del testament, per tal de desvirtuar la presumpció d'incapacitat derivada de la sentència d'incapacitació (art. 421-9.2).

Tant si la intervenció dels facultatius és discrecional del notari o requisit de validesa, «els facultatius han de fer constar llur dictamen en el mateix testament i l'han de signar amb el notari i, si escau, amb els testimonis» (art. 421-9.3). La interpretació d'aquest precepte de dret notarial català és complexa. El redactor del testament és el notari (art. 421-13.1), per la qual cosa, atès que el subjecte del «fer constar» són els facultatius i no el notari, cal entendre que els facultatius són presents en l'acte d'atorgament del testament, i manifesten al notari que el testador es troba en aquells moments en estat de lucidesa mental. Potser hauria estat millor haver establert que els dictàmens dels facultatius es transcriguessin en l'escriptura pública, o es protocol·litzessin amb ella.

Persisteix un problema derivat del pas de l'històric testament nuncupatiu (oral) amb intervenció notarial al testament notarial manifestat en forma oberta. L'examen del testador pels facultatius (també el judici notarial de capacitat) hauria de ser (o reiterar-se) en l'autorització de l'escriptura pública i no en l'atorgament del testament pel testador. El testament notarial no existeix fins que el notari autoritza el testament després que el testador li hagi manifestat la conformitat del document redactat per aquell amb la seva darrera voluntat. El testador podria haver perdut la capacitat en el lapse temporal que hi ha entre atorgament i autorització.

1.2. Per defectes formals

En l'article 422-1 es contenen tres causes que provoquen la nul·litat del testament per defecte de forma: l'atipicitat, la infracció d'alguna formalitat essencial en l'atorgament, i la manca del requisit intern propi del testament, la institució d'hereu o el nomenament de marmessor universal.

a la facultad de disposición de los bienes del finado mas no afectándole para regir su persona». Tampoc no s'havia considerat necessari en la SAP Tarragona (sec. 1) 4.1.2005 (CENDOJ 43148370012005100008), malgrat que el testador estava afectat de la malaltia d'Alzheimer en un grau inicial. Tanmateix, exigeixen la intervenció dels facultatius per provar la lucidesa del testador no incapacitat la SAP Barcelona (sec. 13) 10.6.2008 (CENDOJ 08019370132008100360) i la STSJC 3/2009, de 26.1.2009 (MP: Anglada Fors). Vegeu el comentari de Míriam Anderson a aquesta darrera Sentència a *Indret* 2/2009.

A) La nul·litat per atipicitat (art. 422-1.1) és una conseqüència del caràcter formal del testament, que provoca que els tipus testamentaris admesos tinguin caràcter taxat. En la STSJC 23.4.1998 (MP: Puig Ferriol) es va declarar nul un document privat redactat per un autor desconegut i signat pel testador i dos testimonis «per no ajustar-se a cap dels tipus que admet la legislació catalana».

B) Si en l'atorgament del testament no s'han observat totes les formalitats essencials exigides per la llei, el testament també és nul (art. 422.1.1). Quant al testament hològraf, la manca de formalitats exigides per la llei ha portat la jurisprudència a declarar en alguns casos que el document autògraf no era un testament veritable, sinó un esbós (STSJC 7.1.1993, MP: Díaz Valcárcel; STSJC 8.6.1998, MP: Feliu Llansà), mentre que en altres casos ha declarat la nul·litat per defecte de forma (STSJC 25.1.2001, MP: Puig Ferriol).

A més de l'hora de l'atorgament del testament (art. 125-1 CS), en l'article 422-1.2 s'estableix que tampoc són essencials la constància del lloc de l'atorgament i de la data. Malgrat que estiguin formulats amb caràcter general, l'hora només és una formalitat del testament notarial; la constància del lloc i la data s'ha d'entendre que es refereix al testament hològraf. Els arguments són dos: en primer lloc, l'origen jurisprudencial del precepte; segonament, perquè sense constància del lloc i de la data d'autorització l'escriptura pública és nul·la segons el dret notarial, i el testament notarial no pot ser vàlid si el document públic que conté el negoci és nul.

L'hora d'atorgament del testament no és un requisit essencial del testament notarial, si el testador no ha atorgat cap altre testament en aquella data. Tanmateix, s'ha de tenir en compte que si el testador atorga el mateix dia un testament notarial en el qual consta l'hora de l'atorgament i un testament hològraf (en el qual l'hora no és una formalitat), ambdós testaments seran nuls llevat que del contingut d'aquests es pugui deduir quin es va atorgar en darrer lloc, o en resulti que són complementaris.

En la STSJC 23.4.1998 (MP: Puig Ferriol) es va declarar que la constància del lloc d'atorgament del testament hològraf «és un formalisme més que un requisit essencial de forma», en un supòsit en què aquesta circumstància es podia determinar de manera indirecta: el testador estava ingressat en un hospital i va escriure el testament hològraf en un full en què estava imprès el logotip del centre mèdic. Aquest és l'origen del fet que a partir de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008 la constància del lloc deixi de ser un element de forma essencial en els testaments (hològrafs), sempre que es pugui acreditar d'una altra manera.

La Resolució esmentada en l'apartat anterior devia ser al·ludida en el plet resolt mitjançant la STSJC 8.6.1998 (MP: Feliu Llansà), en el qual el document autògraf no duia data. El Tribunal va deduir de l'absència de data la manca d'*animus testandi*. Tanmateix, en la Sentència s'afirma *obiter dicta* que:

«És cert que en el cas la referència que conté l'escrit qüestionat a una persona nascuda el 30 de desembre de 1953 impossibilita que hagués estat elaborat en data anterior a l'efemèride, i essent l'únic testament notarial atorgat pel Sr. D el de data 21 de febrer de 1951, que, a més a més, va esdevenir ineficaç per l'esmentada premoriència de l'hereva, no podria existir cap mena de conflictivitat per tal causa. També és cert que no s'ha qüestionat formalment la capacitat del testador i que, en qualsevol cas, en absència de prova sobre el particular, caldria atènyer-se a la coneguda jurisprudència segons la qual s'ha de presumir que qualsevol persona està en el seu judici com a atribut normal del seu ésser, mentre no es demostrï el contrari».

Aquest és sens dubte l'origen que la indicació de la data sigui un element no essencial de l'atorgament del testament (hològraf) si es pot acreditar d'alguna altra manera. Tant per al lloc com per a la data, aquesta altra manera d'acreditar ha de resultar del document que conté la darrera voluntat. Així resulta dels esmentats antecedents.³

A més de manca d'indicació del lloc i de la data de l'atorgament, també es pot salvar la indicació inexacta d'aquestes circumstàncies. Augurem en aquesta disposició una font de litigis, perquè, quan del testament resulta que es va atorgar en una data diferent de la indicada pel testador, es pot col·legir l'absència d'intenció de testar, o que la voluntat del testador no és lliure, o àdhuc la manca de capacitat per testar, segons els casos.

C) Semblantment a la DT tercera.² CS, la DT segona.¹ L 10/2008, de 10 de juliol, estableix la convalidació dels testaments nuls per manca d'una formalitat exigida per la legislació vigent en el moment d'atorgar-los, però que serien vàlids de conformitat amb el CCCat, sempre que la successió s'hagi obert després de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008. Val a dir que

³ En el plet resolt mitjançant la STSJC 25.1.2001 (MP: Puig Ferriol) la causant havia atorgat un document autògraf datat el 5 de setembre sense indicació de l'any. «Este documento fue redactado con posterioridad al testamento notarial de 1964 y después de la muerte de la hija de la testadora, y según resulta de las actuaciones lo entregó en vida y dentro de un sobre cerrado a su nieto.» El Tribunal va dictaminar que el codicil era nul per manca de data. Potser la solució hauria estat diferent si la successió s'hagués obert després de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008.

la jurisprudència del TSJC ha declarat vàlids testaments amb defectes formals, que haurien estat vàlids segons el CS, però que regien successions obertes abans de l'entrada en vigor del CS (STSJC 7.1.1992, MP: Corbal Fernández; STSJC 3.1.1994, MP: Somalo Giménez). Entre els arguments emprats en ambdues sentències, hi destaca la interpretació de les normes de conformitat amb la realitat social del temps en què han de ser aplicades (art. 3.1 CC). El ponent no té una bola de vidre que li permeti endevinar el futur, però es limita a constatar que, quan el defecte formal no era imputable al testador (ex. un testimoni no havia signat), els tribunals han buscat arguments per declarar vàlid el testament. I no té cap dubte que s'aplicarà a successions obertes durant la *vacatio legis* de la Llei 10/2008.

D) Els testaments també són nuls si el testador que no està sotmès al dret local de Tortosa no ha instituït hereu o nomenat un marmessor universal de lliurament del romanent dels béns o de realització dinerària de l'herència (art. 422-1.3). La jurisprudència va aplicar el precepte equivalent en el CS (art. 125.3) a les STSJC 11.10.1999 (MP: Bruguera Manté) i 25.1.2001 (MP: Puig Ferriol). Aquesta causa de nul·litat és una conseqüència del caràcter de fonament successori del testament: s'hi ha d'establir la destinació completa de l'herència del causant, llevat que es tracti d'un testament complementari d'un heretament (art. 431-21.1) o d'un testament anterior que el testador declara subsistent (art. 422-9.3 i 4), o del nou testament merament revocatori (art. 422-9.5).

L'article 422-1.3 reitera el defecte de què pecava l'article 125-3 CS. Un testament atorgat amb institució d'hereu és vàlid. En obrir-se la successió, la institució d'hereu provoca la delació a favor de l'instituït hereu. L'efecte de la delació és que el cridat pot decidir acceptar-la o repudiar-la. Tant si el cridat a l'herència l'ha acceptada o repudiada, la institució d'hereu ha produït efectes. Si l'ha repudiada (o el cridat ha premort al testador) i no hi ha cap altre cridat subsidiàriament, s'obrirà la successió intestada. Pot haver-hi successió intestada malgrat que el testador hagi mort amb un testament vàlid? La resposta és afirmativa, perquè s'ha frustrat la crida testamentària a l'herència. Ara bé, aquest supòsit no és la ineficàcia del testament per manca d'institució d'hereu, a què deu voler al·ludir l'article 422-1.3, perquè hi havia institució d'hereu i ha produït un dels efectes possibles. L'article 422-1.3 no és equivalent a l'article 411-3.2. En aquest s'estableix que la successió intestada només pot tenir lloc a manca d'hereu instituït. En l'article 422-1.3 s'estableix la ineficàcia del testament per manca d'instituït hereu. En el primer article, es fa referència a un títol successori eficaç; en el segon, una clàusula testamentària.

Ni en el CCCat ni en el CS s'inclou el supòsit del *testamentum destitutum* del dret romà, en què tot el contingut del testament s'entenia com una

càrrega imposada específicament al cridat, amb la qual cosa la frustració de la delació duia a la ineficàcia de tot el testament (i s'acudia a la ficció de tenir la institució d'hereu per no posada). A més a més, fer dependre la validesa d'un negoci format per una declaració de voluntat no receptícia de l'acceptació d'un tercer comporta la contractualització (bilateralització) de la successió testamentària.

1.3. Per vicis de la voluntat del testador

El legislador català ha desaprofitat l'oportunitat de definir els vicis de la voluntat en seu testamentària, que s'haurien pogut aplicar analògicament als negocis entre vius. Per tant, la definició de cadascun dels vicis de la voluntat s'ha de trobar en l'aplicació analògica dels vicis de la voluntat dels contractants en el Codi civil espanyol.

El testament és nul si el testador el va atorgar com a conseqüència d'algun d'aquests vicis de la voluntat: engany, violència o intimidació greu (art. 422-1.1). El que caracteritza aquests vicis de la voluntat és la intervenció determinant d'un tercer en l'atorgament del negoci de darrera voluntat. Per això, i a diferència del que succeeix amb les disposicions testamentàries (art. 422-2), l'error no és un vici de la voluntat del testador en l'atorgament del negoci, perquè no afecta la llibertat de testar.

En el testament atorgat amb violència, el testador no té una veritable voluntat de celebrar el negoci, la qual li és arrencada per la força d'un tercer. En el cas de la intimidació greu, el testador formula la seva declaració davant l'amenaça que ell o una persona propera pateixin algun mal greu.

En el cas de l'engany, el testador té voluntat negocial, encara que induïda per un tercer. Hi ha engany encara que la persona que el provoca no resulti directament afavorida pel contingut del negoci.

2. L'acció de nul·litat

Perquè és un negoci *mortis causa*, el testament no adquireix valor negocial fins a la mort del testador. Per això, l'acció de nul·litat del testament (o d'una de les clàusules testamentàries) només es pot exercir a partir de l'obertura de la successió (art. 422-3.1) i, necessàriament, per persones diferents de l'atorgant. El causant que vol impedir l'eficàcia d'un negoci o disposició viciats en té prou a atorgar un nou negoci que revocui l'anterior.

Un cop oberta la successió, només tenen legitimació per demanar la nul·litat del testament, o d'alguna de les clàusules, les persones que poden obtenir algun benefici *mortis causa* de la declaració de nul·litat (art. 422-

3.1). L'article 429-8.2 legitima el marmessor per intervenir en tots els litigis que se suscitin sobre la validesa del testament. Si s'interpreta literalment l'article 422-3.1, el marmessor hauria d'intervenir, però no pot incoar el procediment de nul·litat. Només poden exercitar l'acció de nul·litat les persones que tenien una vocació a la successió del causant, i que no van arribar a transformar-la en *ius delationis* com a conseqüència de l'acceptació del cridat preferentment. Per aquesta raó, els creditors de l'herència no tenen legitimació activa. L'acció de nul·litat és transmissible als hereus de les persones legitimades (art. 422-3.4).

L'acció és renunciable expressament i tàcitament. S'entén renunciada si s'executa voluntàriament el testament o la disposició testamentària nul·la tot i conèixer la causa de la nul·litat (art. 422-3.3). Atès que el negoci o la disposició era nul·la, la renúncia a l'acció per tots els afavorits provoca la convalidació del negoci o disposició. Si hi ha diversos afavorits i només alguns l'han renunciat, entenem que té lloc la convalidació parcial i no l'acreixement a favor de qui exerceix l'acció de nul·litat.

El termini durant el qual es pot interposar l'acció de nul·litat és de quatre anys, comptats des que la persona legitimada per exercir-la coneix o pot conèixer la causa de nul·litat (art. 422-3.2). En el CS, no hi havia un termini per exercir les accions de nul·litat dels negocis *mortis causa* fonamentades en la manca de capacitat del testador o en defectes de forma; era de quatre anys, comptats des de l'obertura de la successió, si la causa que s'invoca era un vici de la voluntat del testador (art. 128.2 CS), i de cinc anys en els casos d'indignitat de l'afavorit i de preterició errònia, a comptar, respectivament, des de la presa de possessió dels béns com a hereu o legatari per part de l'indigne, o des de l'obertura de la successió (art. 15 i 378.2 CS).

3. La conversió del testament nul

La conversió és un instrument tècnic que possibilita que un negoci nul arribi a produir efectes si es pot mantenir com un altre tipus negocial. En el cas del testament, la conversió persegueix l'eficàcia de la voluntat del testador; és una de les manifestacions del principi *favor voluntas testantis*.

Tradicionalment, la doctrina ha distingit dues classes de conversió, la material i la formal. En la conversió material, el negoci originàriament nul es transforma en un altre tipus negocial, mentre que en la formal es conserva el tipus negocial inicialment nul —el testament— i l'únic que es transforma en la modalitat testamentària. El manteniment del tipus negocial en el cas de la conversió formal ha portat alguns autors a afirmar que més que conversió el que hi ha és manteniment del negoci. Però s'ha de tenir en compte que les diferents modalitats testamentàries es distingeixen

per les solemnitats observades en atorgar-les (art. 421-5), per la qual cosa també hi ha una transformació en la conversió formal, tot i que limitada al subtipus negocial.

3.1. La conversió formal

En l'obertura del testament tancat (art. 421-16), si el document extret del sobre clos no reuneix totes les formalitats exigides per l'article 421-14 serà nul com a testament tancat, però es pot convertir en hològraf si reuneix els requisits de l'article 421-17 (art. 422-6.2). Això es produirà quan el testador no hagués signat tots els fulls del document, requisit exigít per al testament tancat (art. 421-14.2), però no per a l'hològraf, en què n'hi ha prou amb la signatura del testador al final del document (art. 421-17.2.a).

Atès que el document estarà incorporat a un protocol notarial (art. 421-15), el procediment d'adveració judicial del testament hològraf, establert en l'article 421-18, s'haurà de desenvolupar a la notaria, perquè la legislació notarial prohibeix que el protocol notarial surti de la notaria (art. 32.1 LN).

3.2. La conversió material

A) L'article 422-6.1 converteix en codicil els testaments nuls per manca de solemnitat intrínseca, si compleixen els requisits de forma en l'atorgament. La conversió material només tindrà lloc en aquella part del contingut que sigui compatible amb el codicil. En la STSJC 25.1.2001 (MP: Puig Ferriol) es va establir que una substitució vulgar d'un cohereu premort ordenada en un testament hològraf nul per manca d'institució d'hereu no hauria pogut ser eficaç per la conversió d'aquell en codicil.

B) La interpretació de l'article 125.4 CS, precedent de l'article 422-6.1, no és pacífica. Hi ha tres línies doctrinals. La que defensa el ponent manté que la conversió material només té lloc en els casos d'inexistència originària de la solemnitat intrínseca exigida a la modalitat testamentària de què es tracti (institució d'hereu o nomenament de marmessor).⁴

En canvi, la doctrina més estesa considera que la frustració de la delació a favor de l'instituït hereu i dels seus substituïts constitueix un supòsit d'inexistència sobrevinguda de la institució d'hereu, per la qual cosa defensen que, també en aquests casos, té lloc la conversió del testament que entenen nul en codicil.⁵ Aquesta ponència no és el lloc per argumentar

⁴ Vegeu Joan MARSAL GUILLAMET. *El testament*. Barcelona, 2000, p. 104-107.

⁵ Vegeu Lluís PUIG I FERRIOL, Encarna ROCA I TRIAS. *Institucions del Dret civil de Catalunya III*. València, 2009, p. 184.

que tant el CS com la Llei 10/2008 preveuen que les disposicions testamentàries produeixin efectes independentment les unes de les altres, per la qual cosa la frustració de la delació al títol d'hereu no té repercussió sobre la resta del contingut del testament ni sobre la validesa del negoci. No hi ha cap precepte, ni en un text legal ni en l'altre, que estableixi que, en cas de frustració de la crida a favor de l'hereu, aquesta es tingui per no posada.

Finalment, dins la doctrina notarial es defensa que la conversió material del testament en codicil només es pot produir quan es frustra la delació a favor de l'instituït hereu i dels seus substituïts. Aquesta qualifica com a impossible el supòsit de l'article 125.3 CS, un testament nul per manca d'institució, perquè neguen qualsevulla transcendència a la qualificació efectuada pel causant i consideren que aquest negoci ja és originàriament un codicil. Tanmateix, s'ha de recordar que l'article 105.2 CDCC establí el supòsit invers: un document qualificat pel causant com a codicil malgrat contenir una institució d'hereu, i el que corregia l'esmentat precepte no era la qualificació del negoci, sinó la de l'atribució.⁶

III. LA PRETERICIÓ ERRÒNIA DE LEGITIMARIS

1. Introducció

Aquesta causa d'ineficàcia del testament té el seu origen en l'obligatorietat d'atribuir la llegítima mitjançant la institució d'hereu imposada pel dret justinianeu. Com és sabut, fa més de cinc segles que a Catalunya la llegítima es pot atribuir per qualsevol títol. El manteniment d'aquesta causa de nul·litat del testament xoca amb la progressiva debilitació dels drets dels legitimaris en el dret civil de Catalunya fins a l'avui simple dret de crèdit d'origen legal. Fóra més lògic generalitzar la regulació de la preterició intencional (art. 451-16.1). Al cap i a la fi, el preterit en el testament pot haver rebut totalment o parcial el que li correspon com a llegítima individual mitjançant atribucions entre vius del causant imputables a la llegítima.

⁶ En el cas que el codicil contingui institució d'hereu, els instituïts anteriorment en testament, o en llur defecte els abintestat, tindran el caràcter d'hereus subjectes a fideïcomís pur, i el designat en codicil, el d'hereu fideïcomissari.

2. El supòsit de la preterició errònia

Per tal que la preterició d'un legitimari sigui causa d'ineficàcia del testament (art. 422-7), cal que el subjecte preterit sigui descendent del causant, legitimari per dret propi (art. 451-16.3), i que la seva filiació s'hagi determinat després de l'atorgament del testament, però en vida del causant (art. 451-16.2.c).

La Llei 10/2008 ha ampliat els supòsits en què, per excepció, el testament és eficaç. En el CS s'exceptuaven els casos en què el testador que tenia més d'un fill, o almenys un fill i una estirp d'un fill premort, va instituir com a hereu únic el seu cònjuge/convivent o algun dels seus descendents (art. 367.3.1a CS). En el CCCat, el testament en què el cònjuge o convivent ha estat instituït hereu no és mai ineficaç per preterició errònia de legitimaris, àdhuc si en el moment d'atorgar el testament el testador no tenia descendència (art. 451-16.2.a). A més, també és eficaç el testament en què el testador que podia instituir més d'un fill (o estirp de descendents) va instituir hereu únic un fill o descendent (art. 451-16.2.b).

3. L'exercici de l'acció

Malgrat distingir la preterició de les causes de nul·litat del testament, en el CCCat s'unifica el termini de caducitat per impugnar el testament. Així, l'exercici de l'acció d'impugnació del testament ineficaç per preterició caduca als quatre anys comptats des de l'obertura de la successió (art. 451-16.5).

La DT vuitena.1 L 10/2008 té un contingut semblant a la DT única.c de la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Atès que el nou termini (quatre anys) és inferior a l'anterior (cinc anys), l'acció dels legitimaris preterits erròniament caducarà als quatre anys després de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008, si no ho ha fet prèviament segons el termini establert pel CS. De manera més planera: l'acció dels legitimaris preterits erròniament caduca l'1 de gener de 2013 si la successió s'ha obert durant el 2008; si s'ha obert abans de l'1 de gener de 2008, caduca als cinc anys comptats des de la mort del causant. No és aquesta ponència el lloc de discutir si en l'article 378.2 CS el terme *prescripció* s'ha d'interpretar literalment o com a caducitat.

IV. LA REVOCACIÓ

Cal distingir entre revocació com a efecte jurídic i com a supòsit de fet (Badosa Coll). Com a efecte jurídic, la revocació impedeix que una declaració de voluntat arribi a adquirir valor negocial en el moment de la mort del testador, perquè ha deixat de ser la darrera voluntat del causant.

El supòsit de fet que provoca l'efecte revocatori també es designa *revocació*. Pot ser un negoci *mortis causa* (art. 431-23.1; 422-9.1,2; 422-11, 422-12.1,2,3; 427-37.1) o no (art. 422-10.1; 427-37.2.3).

1. Els negocis *mortis causa* com a supòsits de fet de la revocació del testament

La revocació total d'un testament, fonament successori, només es pot aconseguir amb un altre fonament successori, un nou testament (art. 422-9.1) o un heretament (art. 431-23.1). En canvi, els codicils i la memòria testamentària només poden revocar una «part del testament» (art. 422-11). Per tant, no revoquen el negoci, sinó el contingut d'aquest. L'article 422-11 no estableix l'eficàcia revocatòria del testament (o d'un codicil) per part de la memòria testamentària.

Els articles 422-9.3 i 427-37.1 mantenen la novetat introduïda pel CS (art. 130.3; 306.2) de permetre la revocació de part del contingut d'un testament mitjançant un altre testament. A més, l'article 422-9.5 introdueix en el dret civil català el testament merament revocatori.⁷

La validesa és el pressupòsit de la producció de l'efecte revocatori per part d'un negoci de darrera voluntat. Per validesa s'ha d'entendre tipicitat i compliment dels requisits i formalitats establerts, sense que s'arribi a impugnar per preterició errònia de legitimaris. La destrucció irreparable del document que conté la darrera voluntat s'equipara amb la invalidesa (art. 422-9.2).

1.1. La revocació expressa

En atorgar un negoci per causa de mort, el causant pot haver-se pronunciat sobre el valor negocial que volia atribuir a declaracions anteriors de darrera voluntat o a llur contingut. Aleshores, se seguirà el que estableixi el testador, tant si és en sentit afirmatiu (art. 422-9.3) com negatiu (art. 422-9.1; 422-12.3; 427-37.1).

⁷ En l'Avantprojecte de compilació de 1955, una de les causes de revocació del testament era l'atorgament d'una escriptura pública revocatòria, atorgada amb les formalitats exigides per al testament (art. 473.1). La novetat del CCCat és la qualificació del negoci com a testament. Per a Encarna Roca Trias (a PUIG I FERRIOL; ROCA I TRIAS. *Institucions del Dret civil de Catalunya III*. València, 2009, p. 194), «la llei prefereix acceptar la voluntat testamentària que aplicar de forma rígida els principis successoris, per la qual cosa estableix aquesta excepció a la norma segons la qual el testament no és vàlid si no conté institució d'hereu».

El testador pot atorgar un testament que tingui com a únic contingut la revocació expressa del testament anterior. Si manifesta que revoca el testament anterior perquè vol morir intestat, fa una institució d'hereu *per relationem* als cridats a la successió intestada, els quals tindran la consideració d'hereus voluntaris en una successió testada (STSJC 23.4.1998, MP: Puig Ferriol). En canvi, si el testament és «merament revocatori», produirà com a efectes la revocació dels anteriors i l'obertura de la successió intestada. Com molt bé assenyala Míriam Anderson,⁸ el problema sorgirà si el testament té algun altre contingut a més del merament revocatori, és a dir, algun llegat a càrrec dels hereus intestats.

1.2. La manca de declaració revocatòria. L'anomenada *revocació tàcita*

Quan el testador no ha manifestat una voluntat revocatòria, l'efecte legal de la revocació s'obté a partir de la combinació de dos criteris: el cronològic i el de la compatibilitat de continguts.

El CS aplica diferentment el criteri cronològic segons que el supòsit de fet revocatori sigui un fonament successori o no. En el primer cas, l'efecte revocatori és absolutament rígid (art. 422-9.2; «de ple dret», 422-12.1), llevat que el testador manifesti la seva voluntat contrària (art. 422-9.3; 422-12.1). En conseqüència, l'atorgament d'un heretament o d'un testament provocarà l'efecte revocatori de qualsevol declaració de darrera voluntat anterior, tant si és fonament successori (testament, art. 431-23.1; 422-9.2) com si no ho és (codicil i memòria testamentària, art. 431-23.1; 422-12.2; donació *mortis causa*, art. 431-23.1; 432-5). En aquest sentit, vegeu la STSJC 23.9.1997 (MP: Bruguera Manté).

En canvi, quan el negoci de darrera voluntat és accessori d'un fonament successori (codicil, memòria testamentària), l'efecte revocatori només es produeix en el cas d'incompatibilitat de continguts (art. 422-12.2), en què s'aplica el criteri cronològic: la disposició posterior revoca l'anterior incompatible o modificada.

El criteri de la incompatibilitat també regeix quan el testament posterior confirma l'anterior (art. 422-9.3).

⁸ Míriam ANDERSON. «Comentari a l'art. 422-9». A: EGEA FERNÀNDEZ; FERRER RIBA. *Comentaris al llibre IV CCCat* (en premsa).

2. Els altres supòsits de fet de la revocació

La revocació del testament o de part del contingut testamentari pot ser el resultat de negocis entre vius i, fins i tot, mitjançant actes no negocials.

2.1. L'alienació voluntària del bé llegat

L'article 427-37.2 presumeix que el testador volia revocar el llegat en alguns casos en què aquest es desprèn de la titularitat sobre l'objecte de l'atribució. Es tracta d'una voluntat presumpta perquè l'interessat en l'eficàcia del llegat pot provar quina era la voluntat veritable del testador en el moment de l'alienació.

Continuen sent supòsits difícils de sistematitzar per l'heterogeneïtat. En principi, sembla que qualsevol alienació voluntària portaria a presumir la voluntat de revocar el llegat (art. 427-37.2), mentre que l'alienació forçosa indicaria la persistència de la voluntat del testador d'atribuir l'objecte llegat o el valor d'aquest (art. 427-37.3.b). Tanmateix, es presumeix la voluntat revocatòria fins i tot quan l'alienació voluntària ha estat declarada nul·la (ex. per vicis de la voluntat del testador, art. 427-37.2) i no es considera que hi hagi voluntat revocatòria en l'alienació del bé llegat per permuta o aportació a societat (art. 427-37.3.b). Tampoc es presumeix voluntat revocatòria si l'alienació s'ha fet mitjançant una compravenda a carta de gràcia (art. 427-37.3.a) o bé quan la finca ha estat substituïda per una altra de resultes d'una actuació urbanística (art. 427-37.3.c).

2.2. L'alteració del document privat per part del testador

L'article 422-10 presumeix que l'alteració o destrucció d'un document privat amb contingut testamentari ha estat efectuada pel testador, i en un moment en què gaudia de capacitat natural per testar. En aquests casos, s'atribueix *ex lege* l'efecte revocatori a l'acte del testador, amb independència de l'existència efectiva de voluntat revocatòria.

La presumpció d'autoria sent capaç és *iuris tantum*, per la qual cosa es pot impedir l'efecte revocatori provant que el testador no tenia capacitat natural per testar en el moment de la destrucció, o que l'autor va ser un tercer.

La revocació material pot abastar tota la voluntat continguda en el document privat o només una part.

V. LA CADUCITAT DELS NEGOCIS PER CAUSA DE MORT

És una modalitat d'ineficàcia que no és considerada en el capítol objecte d'examen, sinó que s'ha d'espigolar dins de la Llei 10/2008. En el CS, la caducitat era una causa d'ineficàcia exclusiva del testament i dels codicils hològrafs (art. 134). Transitòriament, la Llei 10/2008 l'ha estesa als testaments davant de rector (DT tercera).

1. La caducitat dels actes hològrafs

Per tal que el testament hològraf produeixi efectes, cal que es comprovi judicialment l'autenticitat del document (art. 421-17.2.b, 421-18). El termini màxim per incoar el procediment judicial d'adveració és de quatre anys comptats a partir de la mort del causant (art. 421-19.1). Un cop passat aquest termini, caduca qualsevol testament o codicil hològraf.

Com a novetat de la Llei 10/2008, la caducitat no s'evita amb l'adveració, sinó que a més cal protocol·litzar el testament en una notaria en els sis mesos comptats des de la resolució de l'expedient (art. 421-19.1) o des de la fermesa de la sentència que declara la validesa del testament (art. 421-19.2).

En canvi, no hi ha cap termini per incoar el procediment d'adveració de les memòries testamentàries («en qualsevol temps», art. 421-21.1).

2. La caducitat del testament davant de rector

El contingut de la DT tercera.1 és tota una sorpresa. Com és sabut, fins a la derogació del CS, a Catalunya hi havia dues menes de fedataris públics pel que fa als negocis per causa de mort: els notaris i els rectors, aquests només a les localitats sense notaria demarcada o amb notaria vacant (vegeu la interpretació que en va fer la STSJC 25.11.1996 MP: Corbal Fernández). En el CS, els rectors no podien autoritzar qualsevol testament, sinó només l'atorgat en forma oberta, i sempre amb la intervenció de dos testimonis (art. 117). L'article 118.1 CS va convertir en provisional el protocol de testaments del rector, en imposar la necessitat de protocol·litzar-los en una notaria a iniciativa del rector o de l'atorgant abans de l'obertura de la successió (art. 118.2). Un cop oberta la successió, qualsevol interessat pot instar la protocol·lització del testament (art. 118.2 CS), requisit imprescindible per a l'obtenció de còpies (art. 119.2 CS).

La DT tercera estableix la caducitat del testament davant de rector si no es protocol·litza en un termini de quatre anys. Introduir un nou requisit per a l'eficàcia dels testaments davant de rector, que només es poden haver atorgat abans de l'entrada en vigor de la Llei, hauria estat més propi

d'una disposició final que d'una de transitòria. L'exigència abasta tant les successions no obertes com les obertes. Per a les primeres, el termini de quatre anys comença a comptar a partir de l'entrada en vigor de la Llei 10/2008. Per a les segones, a partir de la mort del testador.

La DT tercera manifesta més una animadversió cap al testament davant de rector que una mesura eficaç. A diferència del testament hològraf, hi ha constància de l'atorgament del testament davant de rector en el Registre General d'Actes d'Última Voluntat. Per tant, no hi ha l'element de sorpresa que justifica la caducitat del testament hològraf. Atès que, vigent el CS, no es podia obtenir una còpia del testament si no estava protocol·litzat en una notaria (art. 119.2 CS), la destinació última d'aquests testaments era un protocol notarial. Amb la caducitat es vol incentivar aquest procés. Ara bé, sancionar amb la ineficàcia del testament la inactivitat dels interessats en la successió una vegada oberta aquesta sembla excessiu, atès que és una conducta futura imprevisible per al causant, i màximament quan l'acció de petició d'herència és imprescriptible (art. 465-1.3) (si el darrer testament del causant segons el RGAUV és en un protocol notarial).

VI. LA NUL·LITAT I LES ALTRES CAUSES D'INEFICÀCIA DE LES DISPOSICIONS TESTAMENTÀRIES

1. Les causes de nul·litat

La nul·litat pot afectar exclusivament alguna de les disposicions del negoci *mortis causa* (art. 422-2). En aquests casos, la declaració de nul·litat d'una part del negoci no afecta les altres disposicions que s'hi contenen (art. 422-5).

En el CS, la nul·litat podia tenir l'origen en un vici de la voluntat del testador o en una qualitat de la persona beneficiada per l'atribució. En el segon cas, eren causes de nul·litat (art. 126.2 CS) que la persona afavorida pel testador fos declarada indigna per succeir per una de les causes de l'article 11 CS, o que es trobés afectada per una de les prohibicions de succeir establertes en l'article 147 CS. En el CCCat, la indignitat (art. 412-3) o la inhabilitat successòria (art. 412-5) de l'afavorit no són causes de nul·litat, sinó d'ineficàcia de la disposició (art. 412-6.1).

Els vicis de la voluntat que pot patir el testador en ordenar una atribució són l'error en la persona o en l'objecte, l'engany, la violència, la intimidació greu i l'error en els motius, quan aquest ha estat determinant de l'atribució (art. 422-2.1). Si l'error en els motius no és determinant, l'atribució és vàlida (art. 423-11).

Si el testador va instituir un nou hereu perquè creia erròniament que l'instituït en el testament anterior havia mort, «és hereu l'instituït anteriorment, però subsisteixen els llegats i les altres disposicions a títol particular ordenades en el darrer testament» (art. 422-2.2).

Amb relació a l'exercici de l'acció de nul·litat, vegeu l'apartat 3.3.

2. La indignitat o inhabilitat per succeir de l'afavorit

Els supòsits d'indignitat successòria estan enumerats en l'article 412-3. Els d'inhabilitat per succeir es troben en l'article 412-5. L'article 412-6.1 estableix la ineficàcia de les crides a favor de les persones indignes o inhàbils per succeir el testador, posat que aquest no s'hagués reconciliat o hagués perdonat l'indigne (art. 412-4). L'article 128.3 CS estableix la convalidació tant per als supòsits de nul·litat com per a aquestes causes d'ineficàcia. En el CCCat, l'article 422-3.3 només estableix la convalidació per als supòsits de nul·litat, tot i que és probable que els tribunals l'entenguin aplicable per analogia a aquestes disposicions.

Els legitimats per exercitar aquesta acció són els que resultarien afavorits per la ineficàcia de la crida (art. 412-6.2), i si cal acudir als tribunals, l'acció declarativa de la indignitat prescriu als quatre anys, comptats segons el que estableix l'article 412-7: quatre anys des que l'afavorit coneix la causa d'indignitat sempre que l'indigne o inhabilitat per succeir no hagi posseït els béns hereditaris durant més de quatre anys. El primer termini és de caducitat; el segon, de preclusió.

Cal fer notar una discordança de l'article 412-7.1 amb la regla general de l'article 121-2 (amb la qual concorda plenament, en canvi, l'article 465-1.3, l'acció de petició d'herència). Segons la regla general, les accions merament declaratives són imprescriptibles. En canvi, l'acció merament declarativa de la indignitat de l'afavorit prescriu als quatre anys des que el legitimat va poder exercir l'acció. Prescriu una acció merament declarativa perquè l'acció mixta (declarativa i restitutòria) té el termini de preclusió dels quatre anys des de la presa de possessió dels béns per part de l'indigne, que si és hereu (art. 411.6, i en alguns casos també si és legatari, art. 427-22.4, 429-8.1, 429-9.1.e, 429-10.b) pot haver tingut lloc sense la intervenció del legitimat actiu. En realitat, per als béns mobles, no s'arribarà mai a esgotar el termini de preclusió, perquè l'indigne o inhabilitat per succeir els haurà adquirit per usucapió (art. 531-27.1).

Entenem que hauria estat millor una redacció semblant a l'acció de petició d'herència, afegint-hi si escau un termini de preclusió de l'acció restitutòria.

Com és sabut, en el CS l'acció caducava als cinc anys de la presa de possessió dels béns per l'afectat per una prohibició de succeir. La reducció a quatre anys fa que també sigui aplicable a aquest supòsit la DT vuitena.¹ L 10/2008, explicada en seu de preterició errònia (epígraf 3.3).

3. La caducitat de les crides de confiança

L'article 424-15 es refereix a la caducitat de les institucions d'hereu i llegats de confiança. Es tracta d'un supòsit d'ineficàcia diferent de la dels actes de darrera voluntat, perquè la caducitat produeix en aquest cas l'extinció de les titularitats fiduciàries que fins aleshores tenien l'hereu i el legatari de confiança, mentre que la caducitat del testament i del codicil hològraf i la del testament davant de rector no incorporat a un protocol notarial impedeix que aquests puguin produir cap efecte. Aquí el motiu de la ineffectivitat és que no es pot arribar a conèixer la voluntat del testador manifestada reservadament a l'hereu o al legatari de confiança.

Si el que caduca és un llegat de confiança, l'objecte del llegat incrementa l'herència (art. 424-15.3). En canvi, si el que caduca és la institució d'hereu de confiança es poden produir els supòsits següents:

- a. herència de confiança sobre una alíquota de l'herència: la quota que pertanyia formalment a l'hereu de confiança acreix els altres hereus;
- b. herència de confiança sobre tota l'herència: si el titular fiduciari no ha revelat en absolut la voluntat del testador amb relació als hereus, s'obre la successió intestada del testador; en canvi, si ha revelat la identitat d'algun cohereu, són cridats els successors intestats del causant a títol de legataris de part alíquota. Com és sabut, la crida legal a títol particular té com a finalitat salvar el principi *nemo pro parte*.

4. La ineffectivitat sobrevinguda de les atribucions a favor del cònjuge o convivent en situacions de crisi

L'article 422-13 té com a precedent l'article 132 CS, amb relació al qual la recent STS 5.5.2008 (MP: Gullón Ballesteros) ha establert la constitucionalitat de la DT tercera.¹ CS.9 Com és sabut, l'article 132 CS presumia revocades les atribucions a favor del cònjuge del testador «en els casos de nul·litat, divorci o separació judicial posteriors a l'atorgament i en

¹ Vegeu-ne el comentari de Joan MARSAL GUILLAMET a *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 78 (set./des. 2008), p. 1469-1479.

els supòsits de separació de fet amb trencament de la unitat familiar per alguna de les causes que permeten la separació judicial o el divorci, o per consentiment mutu expressat formalment».

En l'article 422-13 el legislador ha preferit no intervenir en la polèmica doctrinal sobre la naturalesa de la presumpció de revocació de l'article 132 CS, i es qualifica el supòsit com a ineficàcia sobrevinguda. S'ha adequat el dret successori català a la modificació de la regulació del divorci feta pel Parlament de l'Estat mitjançant la Llei 15/2005, de 8 de juliol. Qualsevol separació de fet dona lloc a l'aplicació de l'article 412-13.1, per la qual cosa el punt clau serà determinar si va arribar a tenir lloc la reconciliació entre els cònjuges. Com a novetat, s'afegeix que l'article 422-13.1 també s'aplica quan el causant mor estant pendent un procediment de separació, divorci o nul·litat matrimonial. És el criteri adoptat en la successió intestada per l'article 422-6.1, mentre que l'equivalent d'aquest en el CS (art. 335) establí la successió processal del causant per part dels hereus cridats en defecte del cònjuge.

Una altra novetat de la Llei 10/2008 consisteix a aplicar la ineficàcia sobrevinguda a les atribucions a favor del convivent en unió estable de parella, si la unió estable es va extingir en vida del causant (art. 422-13.2).

L'atribució és eficaç si del context de l'acte en què està ordenada (o, entenem, d'un altre de posterior que el complementi) resulta que el testador va ordenar l'atribució amb independència de la condició de cònjuge o convivent de l'afavorit (art. 422-13.3).

TERCERA PONÈNCIA
LA SUCCESSIÓ CONTRACTUAL

LA SUCCESSION CONTRACTUAL EN EL NOU LLIBRE IV DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

RAMON PRATDESABA I RICART

ADVOCAT

SUMARI: I. EL DRET ROMÀ, EL DRET ALEMANY, LA COMPILACIÓ I RAMON M. ROCA SASTRE. II. EL CODI DE SUCCESSIONS. III. EL PROTOCOL FAMILIAR I LA NECESSITAT DE REGULAR LA SUCCESSION CONTRACTUAL. IV. EL LLIBRE IV DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. 1. Necessitat de la reforma. 2. El contingut de la Llei. Comentaris. V. BIBLIOGRAFIA.

Tot i la importància de les reformes que significa per al dret de successions català l'aprovació de la Llei 10/2008, de 10 de juliol —en vigor a partir de l'1 de gener de 2009—, del llibre IV del Codi civil de Catalunya, no hi ha dubte, i cito el preàmbul de la Llei, que «el règim dels pactes successoris és [...] la innovació de més volada que presenta el Llibre IV respecte a l'anterior Codi de Successions».

Abans de comentar com queda el règim de la successió contractual després de l'aprovació de l'esmentada Llei 10/2008, em sembla necessari, per tal de fer més entenedora la regulació actual de la successió contractual, fer una referència a la seva evolució històrica.

I. EL DRET ROMÀ, EL DRET ALEMANY, LA COMPILACIÓ I RAMON M. ROCA SASTRE

Tal com ha estat assenyalat per la doctrina, el dret romà —base del dret català— no admetia que la successió pogués regir-se per pactes, atès que repugnava als seus principis qualsevol limitació de la llibertat de testar. Amb anterioritat a la Compilació de 1960, aquesta dificultat dogmàtica va salvar-se admetent l'heretament com una donació universal que s'acceptava sempre que no exclogués la llibertat de testar del donant. Aquesta solució jurídica, potser una mica forçada, va sorgir de la necessitat de resoldre d'una manera eficaç l'assumpte que constitueix el rerefons d'aquesta matèria: la planificació i l'assegurament de la transmissió intergeneracional del patrimoni familiar. Efectivament, l'objectiu social de l'heretament és la conservació de la unitat del patrimoni familiar, «zelant la conservació de les cases principals».

En paraules de Joaquim de Camps (1953): «L'heretament és l'antídoto contra el fraccionament del bloc patrimonial familiar. Aquesta ha estat la preocupació major de tots els temps del nostre ordenament legal».

Per a aquest autor, la indivisió del patrimoni familiar constitueix el valor social mereixedor de la màxima protecció jurídica, i la funció del dret és la de materialitzar aquesta voluntat col·lectiva en les institucions corresponents.

Com ja hem assenyalat, abans de la Compilació, la regulació de l'heretament estava excessivament influïda per la difícil conciliació entre els principis romans i la necessitat de les famílies de pactar el seu futur patrimonial i personal. Devem a la influència de Ramon M. Roca Sastre la incorporació a l'Avantprojecte de 1955 i a la Compilació de 1960 de diverses institucions importades del dret alemany: l'afecció legitimària, en seu de protecció del dret de llegítima, la regulació detallada del fideïcomís, mentre aquest està pendent, i l'admissió i la regulació consegüent dels heretaments entesos com a successió contractual.

En l'àmbit d'aquest dret alemany, antecedent de la regulació actual, la primera figura a la qual hem de referir-nos, per tal d'anar-nos acostant a l'heretament, és el testament mancomunat: segons aquest, diverses persones atorguen testament en comú mitjançant un mateix instrument públic. Aquest negoci troba els seus antecedents a l'última edat mitjana i està vinculat a l'adjudicació recíproca entre els cònjuges del patrimoni compartit. Inicialment, comportà l'atorgament de diversos testaments en un sol acte, però que eren revocables per cadascun dels atorgants; la institució va evolucionar cap a una vinculació i interdependència entre les diverses manifestacions de voluntat que l'acostà als contractes successoris.

El nostre dret, al contrari, es caracteritza pel caràcter personalíssim de l'acte de testar, caràcter que, si bé no estava expressat en la Compilació sinó per les seves excepcions, sí que va ser regulat pel Codi de successions en els seus articles 101, 102, 105 i 106. En l'esquema del Codi l'herència i la personalitat del causant són dos aspectes inseparables de la successió. Aquest caràcter personalíssim té diversos aspectes —a la pràctica, molts notaris fan sortir de la sala on es firma el testament tota persona que no sigui l'atorgant— i sembla incompatible amb el testament mancomunat, però s'escau anticipar que al final de l'apartat IV del seu preàmbul, el llibre IV del Codi civil de Catalunya diu que «...si el testador no ho dispensa, la revocació unilateral d'una disposició preventiva s'ha de notificar als altres atorgants del pacte, com a requisit d'eficàcia (art. 432-21, 2n.). Aquest tret permet conferir als pactes successoris, si es dissenyen adequadament, la funcionalitat pròpia del testament mancomunat».

Així doncs, considerant aquesta part del preàmbul del llibre IV, sembla que la reforma objecte d'aquestes Jornades ha obert la porta en el nostre dret, ni que sigui de manera indirecta, al testament mancomunat. De fet, va haver-hi un avantprojecte de Codi de successions que pretenia introduir-lo i que es va deixar estar per ser massa «innovador».

Reprement el fil del dret alemany, diré ara que aquest testament mancomunat es diferenciava dels contractes successoris pel fet que en el primer la revocació unilateral no estava completament exclosa com a principi, la qual cosa sostreu la figura de l'àmbit contractual. A partir del segle XIX, aquests contractes successoris sí que van ser admesos com a acords contractuals relatius a la futura transmissió de l'herència. Durant el procés de codificació alemany els contractes successoris van ser definitivament admesos, i l'únic punt de discussió va ser si havien de permetre's només entre els cònjuges, com en el testament mancomunat, o ampliar-se a més persones. Finalment, va acceptar-se no limitar aquesta possibilitat als cònjuges, però sí restringir-ne el contingut a la institució d'hereu, llegats i disposicions modals. Darrere d'aquesta solució —i aquest aspecte entra en contacte directe amb el nostre dret— hi havia la necessitat de regular la successió sense dividir les finques agrícoles per assegurar-ne la continuïtat, i s'establia un sistema de compensacions per als no instituïts hereus. Els pactes tenien caràcter vinculant i, per tant, eren irrevocables. Per això, en el dret alemany, el contracte successori és un vertader contracte que té com a conseqüència principal limitar la capacitat de testar del causant. No hi són possibles canvis unilaterals. Això sí, el causant podia disposar del seu patrimoni per a actes entre vius.

En el dret alemany actual, mitjançant els contractes successoris (Erbvertrag, estan regulats pels articles 2274 al 3302 del BGB) el testador pot establir disposicions successòries obligatòries que, en general, són irrevocables. En contrast amb el testament mancomunat, qualsevol persona pot atorgar els contractes successoris sempre que s'acompleixin els estrictes requisits formals, que es justifiquen per la importància jurídica del seu objecte i la seva vocació de causar efectes a llarg termini. Pel que fa al seu contingut, els contractes successoris poden contenir tant disposicions unilaterals de caràcter successori, que estaran regulades per les normes que regulen les successions, com també podran incloure acords, disposicions contractuals, que seran de compliment obligatori per a les parts. Per exemple: la designació d'hereus, legataris o la imposició de càrregues.

Atès que les clàusules de caràcter unilateral, d'acord amb els principis del dret successori, són revocables, és molt important que les parts estableixin d'una manera clara l'abast i relació de les disposicions testamentàries i contractuals. També, el paràgraf 2289 I 1 del BGB estableix que el

contracte successori revoca qualsevol testament anterior i que, degudament redactat, invalida també qualsevol testament posterior, ja que el testador resta definitivament i irrevocable vinculat pel contracte successori, que limita la seva capacitat futura de disposar mortis causa (2289 I 2). El contracte successori només podrà quedar sense efecte per l'acord entre les parts atorgants.

A més a més, els beneficiaris tenen reconeguda la possibilitat d'actuar en vida del testador contra aquells actes d'aquests que siguin contraris o posin en perill els seus drets. Així i tot, com ja hem dit, el testador conserva el dret de transmetre entre vius el seu patrimoni.

No voldria acabar aquest apartat relatiu a la concepció de la successió contractual en el dret alemany, com a inspiració del sistema de la Compilació, sense fer esment dels heretaments mancomunats. En el dret alemany, ambdues parts s'atorguen disposicions vinculants. No s'exigeix que hi hagi atribució mútua, però sí que es considera que les parts han disposat en consideració al que ha fet l'altra. En el dret català, trobem la figura molt semblant de l'heretament mutual (article 95.1 de la Compilació), però en el nostre cas només s'admetia entre cònjuges: «Cadascun dels cònjuges confereix a l'altre, amb caràcter irrevocable, la qualitat d'hereu contractual».

La seva regulació és, per remissió expressa, la dels heretaments simples, encara que podia modificar-se, o deixar-se sense efectes, si hi concorrien els requisits que la Llei exigia per a la modificació de les capitulacions.

Em sembla interessant haver fet en aquest moment aquesta breu referència al dret alemany actual perquè, com veurem, la regulació que el llibre IV fa de la successió contractual adopta definitivament, tot i les diferències, aquest model.

En el cas espanyol, contràriament a l'alemany, i reprenent el fil del seu dret històric, en el procés de codificació va adoptar-se una posició contrària, o si més no molt restrictiva sobre la possibilitat d'aquests pactes successoris. A tall d'exemple, signifiquen una restricció, limitació o impediment de la successió contractual els articles 1271, 658, 816, 991 del Codi civil. Al contrari, encara que posteriorment, la Compilació de 1960 i el seu Avantprojecte de 1955 —seguint l'empremta del dret alemany modern i amb voluntat d'afrontar el problema plantejat— sí que va admetre'ls com a novetat i van fer-ho com un dels tres fonaments successoris: testament, contracte o llei (vegeu l'article 63 i el 97.1, sens perjudici del que disposa l'article 97.2, tots ells de la Compilació).

Dit això, val a dir que la Compilació, si bé va innovar en tipificar el contracte successori, no va fer sinó fer un primer pas, i molts aspectes van quedar

pendents de regulació. El que sí que va fer és un pronunciament exprés sobre la incompatibilitat dels títols successoris que, si bé és relativament senzilla d'establir entre la intestada i la voluntària, presenta una dificultat major entre la successió testamentària i la contractual. En aquest punt la tesi majoritària està a favor de la incompatibilitat entre ambdós títols successoris —contracte i testament— sobre la base de la tipificació que la Compilació fa de l'heretament, per primera vegada, com a successió contractual i l'expansivitat del títol d'hereu establert en heretament, que té vocació d'universalitat.

La Compilació, a diferència del dret alemany, permet, en el seu article 64, que els pactes puguin contenir condicions, limitacions, etc. Aquesta amplitud ha de ser entesa com la possibilitat que en un mateix instrument hi concorrin disposicions, totes elles vàlides però de naturalesa diversa, i caldrà atènyer-se a cadascuna d'elles per tal d'establir la seva possibilitat de revocació. En el sistema de la Compilació, el principi general d'irrevocabilitat està matisat, és més o menys rígid, tot depenent de la intervenció d'altres persones. La vinculació és d'una tal naturalesa que facultava fins i tot la inscripció dels pactes successoris en el Registre de la Propietat a l'empara de l'article 80 del Reglament hipotecari. Pel que fa a la revocació, tampoc no era possible, tret de pacte en contrari, ni tan sols en el cas d'indignitat ni per voluntat de l'afavorit (art. 67 1r. de la Compilació).

Del sistema de la Compilació podem afegir:

- a) Tot i l'amplitud del contingut possible de l'heretament (vegeu l'article 64), el seu aspecte subjectiu queda restringit als cònjuges per raó del matrimoni (art. 63). Aquesta és una altra de les diferències amb el dret alemany.
- b) En tot cas, es tracta d'un contracte formal que només pot atorgar-se en capitulacions matrimonials (art. 63.1 de la Compilació).
- c) L'heretament comportava una limitació de la capacitat de disposar dels béns propis, encara que cal distingir entre els diferents tipus d'heretaments; així, en l'heretament simple l'heretant no podia disposar-ne a títol gratuït, però sí a títol oneros.
- d) En els heretaments cumulatiu, la capacitat de disposició, atès que hi havia transmissió de present, restava encara més restringida.
- e) L'hereu té sempre una acció d'anul·labilitat contra els actes de disposició en perjudici de l'heretament que pot exercir fins i tot en vida de l'heretant (art. 75).
- f) La Compilació considerava la possibilitat de modificació o revocació de l'heretament, sempre que ho possibilités un pacte exprés, o la

- lleï, o l'acord de tots els atorgants, i emprant en tot cas la forma que fou necessària per al seu atorgament.
- g) No considerava les causes d'impugnació dels pactes; la qual cosa comportava la intervenció supletòria del Codi civil espanyol sobre la base de l'article primer de la Compilació en la seva redacció anterior al 1984.

Aquest primer apartat, relatiu a la Compilació de 1960 i els seus antecedents, no pot acabar-se sense reprendre el fil que seguïem al principi en parlar de la necessitat social que aquestes figures jurídiques resollien: mantenir més enllà de la pròpia mort el patrimoni familiar sense divisions i en mans de la família. Aquesta voluntat de continuïtat i no divisió s'emmarcava en un tipus de família àmplia en la qual es donava la convivència de diferents generacions i en la qual prevalien principis molt allunyats de l'individualisme i la visió de curta volada d'avui. També l'entorn socioeconòmic era molt diferent i l'economia tenia una base principalment agrària. En aquest context, se'ns fa entenedor el pacte d'unitat econòmica familiar en virtut del qual l'heretant, l'hereu i els seus respectius cònjuges i fills contreuen l'obligació d'ajuntar els seus esforços, sota la direcció i lliure administració del primer, d'aportar a la comunitat familiar tots els seus ingressos i les rendes dels seus propis béns per atendre les necessitats dels seus membres i de «la casa». Mort l'heretant, l'hereu quedava subrogat en el seu lloc amb facultats i obligacions idèntiques (vegeu el text complet de l'article 71 de la Compilació). En aquest mateix context, l'anomenat usdefruit de regència (art. 70). El pacte d'unitat econòmica familiar és una autèntica norma que es presumeix en els heretaments a favor dels contraents, els més freqüents, i la seva vulneració té conseqüències legals per als seus infractors, però és també un principi que dóna sentit a tot el conjunt.

Per tant, la Compilació tipificà per primer cop la successió contractual com a fonament successori, però restringida a l'àmbit estrictament familiar i sota el principi de la unitat econòmica familiar. I tot això en un entorn econòmic de base principalment agrícola i sota un model familiar basat en la convivència en una mateixa «casa» de diverses generacions governades per la més antiga.

II. EL CODI DE SUCCESSIONS

La Llei 40/1991, de 30 de desembre de 1991, reguladora de les successions i que ha estat substituïda el primer de gener de 2009 amb l'entrada en vigor del llibre IV del Codi civil de Catalunya, va significar una reforma

important i l'actualització del règim successori català. Tot i que el règim dels heretaments va ser objecte de certes reformes —la més important va ser establir com a simplement voluntari el pacte d'unitat econòmica familiar; també va establir que l'heretament podia atorgar-se a favor d'un, més d'un o de tots els fills, o va possibilitar que l'heretament mutual pogués pactar-se amb caràcter preventiu—, el cert és que el legislador no va voler en aquell moment afrontar una reforma en profunditat d'una institució que ja aleshores estava pràcticament en desús, en haver deixat de ser útil per resoldre els problemes per als quals havia estat pensada. Efectivament, modificada la base socioeconòmica quan la societat industrial va substituir l'agrícola i alterades fins a fer-les irreconeixibles les estructures bàsiques de les relacions familiars, fallaven les bases per a la seva aplicació; no hi havia casos que els advocats poguéssim resoldre amb aquestes eines.

En aquest context, la vigència del Codi de successions ha significat per als heretaments un llarg període d'estancament que ara mira de trencar el llibre IV del Codi civil de Catalunya.

Nogensmenys, cal dir que el Codi de successions dedica als heretaments 34 articles (67 al 100) i que aporta una important novetat sistemàtica en regular els heretaments en seu de successions, quan en la Compilació es regulaven en el llibre primer «De la família».

En aquesta matèria, el CS té els principals trets característics següents:

Primer. El pacte d'unitat econòmica familiar —que estava en la base del sistema anterior— esdevé simplement voluntari en virtut d'una redacció que per la seva contundència reproduceix (art. 75 CS): «Els heretaments a favor dels contraents no obliguen l'hereu i l'heretant, ni les seves respectives famílies, a compartir una sola llar ni a constituir una comunitat familiar. Això no obstant, poden ser atorgats sota pacte d'unitat econòmica familiar...».

Segon. L'heretament, en especial el preventiu, pot establir-se a favor d'un, més d'un o de tots els fills.

Tercer. Es fa possible que l'heretament mutual sigui pactat amb caràcter preventiu. Aquest plantejament permet que els esposos puguin disposar conjuntament, en un sol acte i en un sol document, dels seus béns amb caràcter revocable, o no, a decisió seva.

Quart. Per primer cop, s'estableix un rang dels fonaments successoris en el qual la successió contractual ocupa el primer lloc (art. 3.2 i 3.3 del CS). Tot i això, com assenyala Joan Marsal, el CS evita l'expressió successió contractual en referir-se a l'heretament en genèric, atès que aquest caràcter contractual es dona només en aquells casos en els quals hi ha la

concurrència de dues o més voluntats; és a dir, els heretaments «a favor dels contraents» i els «mutuals».

Dit això, els heretaments sota el CS queden configurats de la manera següent:

- a) És un negoci formal: l'heretament és una institució contractual d'hereu que només pot atorgar-se en capítols matrimonials (art. 67-1 del CS en relació amb el 15.1 del Codi de família).
- b) No és un negoci *mortis causa* i no necessita que mori l'heretant per causar efectes, atès que l'heretament té valor negocial des del seu atorgament perquè limita la facultat de disposar a títol lucratiu de l'heretant.
- c) No pot parlar-se en tot cas de «successió contractual» atès que, com ja he dit, aquest caràcter contractual es dona només en aquells casos en els quals hi ha la concurrència de dues o més voluntats; és a dir, els heretaments «a favor dels contraents» i els «mutuals».
- d) És un negoci jurídic irrevocable, amb excepcions.
- e) L'heretant no pot disposar a títol lucratiu dels seus béns no exclosos de l'heretament.
- f) L'heretant pot ordenar la seva successió, però sense contradir l'heretament.
- g) La capacitat exigida als atorgants no és uniforme i dependrà del contingut de les seves disposicions.
- h) Classes:
 - Heretaments a favor d'un o d'ambdós contraents
 - Heretaments atorgats a favor dels fills dels contraents
 - Heretaments que s'atorguen recíprocament els esposos

III. EL PROTOCOL FAMILIAR I LA NECESSITAT DE REGULAR LA SUCCESSION CONTRACTUAL

El fet que els heretaments, tot i la seva tradició i les reformes que s'hi han fet per tal d'adaptar-los a les noves necessitats, hagin caigut en desús és perquè no eren un instrument adequat per resoldre el problema del trànsit intergeneracional del patrimoni familiar en les societats modernes. En canvi, perviu en la societat catalana actual (que és, en definitiva, sobre la que tractem) la voluntat de transmetre ja en vida del futur causant el

seu patrimoni als seus descendents, patrimoni que avui està organitzat empresarialment, per tal d'assegurar-ne la continuïtat; però és també ben cert que ha sorgit la necessitat de regular aspectes nous i en un context familiar completament diferent del de fa només trenta anys.

Tot i aquesta necessitat social de regular la successió de l'empresa familiar, que ens sembla tan evident, el cert és que no ha estat regulada com a tal i ha donat lloc al sorgiment d'un instrument a-legal: el protocol familiar.

En aquest sentit, com assenyala Joan Egea amb molt d'encert (tot fent referència al RD 171/2007, pel qual es regula la publicitat dels protocols familiars): «...*Sorprende que sea la primera vez que un texto normativo del ordenamiento jurídico español hace una mínima regulación y esboza su contenido, aunque sólo sea a propósito [...] de publicar en el Registro Mercantil los protocolos que recogen los acuerdos que han alcanzado los miembros de la familia entre ellos, o con terceros...*».

I més endavant, tot cercant els motius d'aquesta inactivitat legislativa, assenyala «...*que la causa de ello es, simplemente, que la realidad socioeconómica del país en el momento de la aprobación del Código Civil, el año 1889, era muy diferente a la actual, o, en otras palabras, que cuando el Código Civil español fue redactado nadie pensaba en la empresa familiar de la sociedad industrializada*».

Si tenim en compte la importància de les empreses familiars i la dificultat i necessitat d'assegurar-ne la transmissió i continuïtat i la inadequació dels instruments jurídics existents, aquest buit legal costa de comprendre. Però com que la necessitat hi és, els advocats hem optat per un instrument que s'ha revelat com a utilíssim: el protocol familiar.

Es tracta d'un document, el protocol familiar, que mira de facilitar el desenvolupament en harmonia de dos nivells d'interessos no sempre coincidents: el de la família i el de l'activitat empresarial. No tots els seus pactes comporten una vinculació jurídica estricta, sinó que alguns d'ells serveixen per identificar «l'ideari» o «la filosofia» d'aquella empresa familiar concreta.

Dit això, cal assenyalar que ens trobem en la situació que la manca de regulació i de previsió sobre una necessitat social tan evident pot provocar casos com ara que la legislació existent (i la manca d'una regulació específica) sigui no sols insuficient i no apta per donar solucions, sinó que pugui plantejar problemes de validesa d'algunes de les clàusules del protocol familiar. Així, per exemple, el Codi civil espanyol només permet que la designació d'hereu es faci en testament, per la qual cosa seria nul·la la designació feta en un altre instrument (pacte successori), i, en canvi, caldria l'atorgament d'un testament que, recordem-ho, és essencialment

revocable. No oblidem la prohibició expressa que fa dels pactes successoris l'article 1271.2 del Codi civil.

El mateix autor fa també referència a alguns problemes del mateix estil que es plantegen fora de l'àmbit estrictament successori. Així, en seu del dret de família, el fet que el règim econòmic matrimonial comú sigui el de guanys pot causar, en morir un dels cònjuges i haver de dissoldre's i liquidar-se la societat de guanys, la dissolució i liquidació de l'empresa familiar. Aquest fet ha provocat en els territoris de dret comú «...un fuerte aumento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales», suposem que, en molts casos, com a complement dels protocols familiars.

En aquest sentit, segons dades d'Albert Lamarca Marqués esmentades pel mateix autor, l'any 1990 van autoritzar-se a tot Espanya 24.432 escriptures de capitulacions i l'any 2003, 78.710 escriptures. Curiosament, per aquesta via indirecta, moltes persones sotmeses al règim comú estan adoptant el de separació de béns ja que, en paraules del mateix Joan Egea, «...es un régimen que excluye la participación del cónyuge ajeno a la familia [...] y mitiga las consecuencias de una hipotética crisis matrimonial». Aquest fet sembla donar la raó, si més no en aquesta matèria, a Joaquim de Camps, que en el seu Modernitat del Dret Civil Català defensa que la modernitat de les institucions catalanes fa que altres ordenaments (bàsicament es refereix al Codi civil) vagin adoptant els seus principis i solucions.

És per això que els protocols acostumen a redactar-se com un document marc que necessita que les parts atorguin posteriorment diversos negocis jurídics coherents amb el protocol i dels quals el protocol és l'eix vertebrador.

El mateix Joan Egea, en el seu mateix treball, diu que «...*en efecto, el protocolo es un instrumento muy útil para garantizar el mantenimiento del control de la empresa dentro del círculo familiar, pero hay que tener en cuenta que es, a su vez, un documento jurídicamente incompleto, que necesita un desarrollo posterior: testamento, capitulaciones matrimoniales, o la estipulación de determinados pactos para sociales*».

I continua: «*Se ha llegado a decir que el recurso a los protocolos surge de la clara insuficiencia del testamento para regular la sucesión de la empresa, ya que, dado su carácter esencialmente revocable, no otorga ninguna clase de seguridad a las personas que están llamadas a suceder al empresario individual*».

A partir d'aquestes dificultats, diversos autors han plantejat la necessitat d'ampliar el paper dels pactes successoris de la manera que, si més no prima facie, sembla que fa el llibre IV del Codi civil de Catalunya ja en vigor.

Seguint el fil d'aquest autor, centra la seva crítica de la legislació civil catalana —en aquell moment encara el Codi de successions— en el fet de la poca utilitat dels heretaments, aleshores necessàriament vinculats al matrimoni i, en conseqüència, a la forma capitular.

IV. EL LLIBRE IV DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

1. Necessitat de la reforma

Tal com ja hem anticipat, el Codi de successions —que ha estat vigent divuit anys— va reformar els heretaments, tot millorant-ne els aspectes tècnics que ja hem destacat anteriorment, per exemple introduint l'expressió «successió contractual d'hereu» (art. 67), encara que la successió contractual no figura expressament designada en l'article 3 com a un dels tres fonaments successoris. Va ser una reforma tímida que en realitat no va afrontar el problema real de la institució: la seva pèrdua d'utilitat. El mateix llibre IV en el seu preàmbul diu que «malgrat la importància històrica dels heretaments, llur regulació, ancorada en una realitat socioeconòmica i una concepció de les relacions familiars pròpies d'una altra època, resultava més útil per a interpretar capítols matrimonials antics que com a instrument de planificació successòria».

L'exposició de motius del Projecte que inicialment va presentar-se al Parlament era encara més dura en qualificar-la «...d'absolutament inservible per a la planificació patrimonial successòria d'avui dia».

Per tal de superar aquesta situació, la Llei ha adoptat l'única solució possible: ampliar les possibilitats per tal de convertir la successió contractual en un instrument útil de planificació successòria i, més concretament, encabir-hi els protocols familiars. Tot i això, crida l'atenció que ni la Llei ni el seu preàmbul parlin de manera expressa de «protocol familiar» i que només ho faci de manera indirecta l'article 431-8 en referir-se a la publicitat dels pactes successoris. Queda també clar en el nou llibre IV que pactes successoris i protocol familiar no són la mateixa cosa. En aquest sentit, l'article 431-7 diu que «l'escriptura de pactes successoris pot contenir també estipulacions pròpies d'un protocol familiar...».

Una vegada palesa la diferència, coincidirem amb Joan Egea que «...aquesta nova regulació presenta uns perfils que faciliten la interrelació dels pactes successoris amb el protocol familiar».

2. El contingut de la Llei. Comentaris

Comentarem ara les modificacions importants que incorpora la Llei i que sistematitzarem de la mateixa manera que ho fa aquesta.

Primer: Admissió expressa de la successió contractual

Com a primera gran novetat, el títol III porta com a títol «La successió contractual i les donacions per causa de mort». Per tant, el text legal esvaeix qualsevol dubte sobre l'existència en el dret civil català de la successió contractual. Una altra cosa és que l'article 411-13 primer estableix que «els fonaments de la vocació successòria són l'heretament, el testament i la Llei», amb la qual cosa diferencia, per tant, la successió contractual i l'heretament. Només el segon és fonament de la vocació successòria. A més a més, l'apartat tercer del mateix article és taxatiu en establir la preferència de l'heretament sobre el testament (art. 431-23: «L'heretament vàlid revoca el testament, el codicil, la memòria testamentària i la donació per causa de mort anteriors al seu atorgament, encara que hi siguin compatibles.»).

Això ens planteja d'entrada el problema d'interpretació següent: el capítol I del títol III porta per títol «Els pactes successoris» i el capítol II també del títol III porta per títol i regula «Els heretaments». Si els heretaments, com ja hem vist, constitueixen el fonament primer en jerarquia de la successió (411-13), hem d'entendre que els pactes successoris no són fonament successoris? La resposta és que, efectivament, no tots ho són, només els heretaments, atès que el concepte de pacte successoris és més ampli i pot incloure pactes d'atribució particular sobre béns concrets.

Així doncs, de la mateixa disposició sistemàtica de la Llei en resulten les categories següents:

- Els pactes successoris
- Els heretaments
- Els pactes successoris d'atribució particular
- Les donacions per causa de mort (capítol II)

I que només els heretaments són fonaments successoris (art. 411-13) i gaudeixen de preferència jeràrquica sobre la resta de fonaments (art. 431-23).

Aquesta qüestió de la jerarquia ha estat estudiada per Joan Marsal —i encara que el seu estudi està referit al Codi de successions, considero que les seves conclusions continuen sent vàlides, atès que aquest aspecte no ha canviat amb l'entrada en vigor del llibre IV—, el qual conclou que aquesta

jerarquia és important en la compatibilitat entre la successió i la liquidació quan aquestes no s'ordenen alhora, sinó en instruments diferents. En virtut d'aquesta jerarquia, si hi ha un heretament, la liquidació només serà possible si s'ordena en heretament o en un codicil posterior.

En el seu mateix treball, el professor Marsal afegeix que «la jerarquia hauria d'ésser impermeable si no se la vol convertir en il·lusòria». Així, una vegada produïda la successió regida un fonament successori no és possible ordenar-la per un altre de rang inferior.

Segon: Capítol I, Secció primera (Disposicions generals)

N'assenyalaré els trets següents, que considero els més importants:

A) Tot i que l'àmbit subjectiu dels pactes continua sent el familiar (en un sentit molt més ampli), els pactes successoris es desvinculen del fet matrimonial i de les capitulacions matrimonials, i desapareixen les limitacions que imposava l'article 67 del Codi de successions.

B) Els pactes successoris amplien els intervinents, que ja no queden restringits a la família estricta, sinó que poden intervenir-hi els parents per consanguinitat o afinitat dels atorgants en línia directa sense limitació de grau i, fins i tot, els parents del cònjuge de l'atorgant, també per consanguinitat o afinitat, però només en línia directa i fins al segon grau (art. 431-2). Podrà aduir-se que el legislador hauria pogut no establir cap limitació i permetre'n l'atorgament entre estranys, però com diu en el mateix preàmbul «...el llibre quart ha optat per una solució intermèdia prudent». Aquesta regla té en compte el risc més elevat dels contractes successoris entre no familiars.

C) En els pactes successoris, dues o més persones poden convenir la successió de qualsevol d'elles mitjançant la institució d'un o més hereus, però també a la disposició d'atribucions a títol particular. A més, els beneficiaris poden ser-ne els atorgants, però també tercers (art. 431-1.2).

Darrerament, el professor Egea han coincidit a assenyalar que si bé la regulació dels pactes successoris exclou la possibilitat que en el seu atorgament hi participin tercers —fins al punt que la seva participació comportaria la nul·litat dels pactes—, la Llei permet que aquests tercers puguin ser afavorits pels pactes, tot i que, en paraules de Joan Egea, «... els tercers no adquireixen cap dret fins a la mort del causant i no es poden aplicar tampoc les regles que, per al contracte a favor de tercer, conté l'article 1257.2 del Codi civil espanyol, ja que, en els pactes successoris, preval la naturalesa de negoci mortis causa [...] Tan sols un cop mort el

causant i amb la seva acceptació prèvia, el tercer passarà a succeir-lo a títol universal o particular, segons escaigui».

És a dir que, atès que el tercer beneficiari no és part del pacte, no adquireix cap dret fins a la mort del causant i la disposició a favor seu podria ser revocada en qualsevol moment pels atorgants del pacte. És per això que sorprèn que l'article 431-6.1 permeti que a aquest tercer, insisteixo, que no adquireix cap dret, se li puguin imposar càrregues.

D) El tipus bàsic és el d'un negoci *mortis causa*, amb causa gratuïta, que l'eventualitat de càrregues, modes o limitacions no desvirtua, atès que no comporten contraprestacions en un sentit contractual.

Aquest assumpte ha estat un dels principals objectes del treball recent del professor Joan Egea, publicat fa poc per la Revista jurídica de Catalunya (número 1 de 2009). Per a aquest autor: «Són [els pactes] un negoci unilateral perquè no es fonamenten en l'estructura pròpia dels contractes que comporten relacions obligatòries recíproques».

Les càrregues com per exemple tenir cura del causant no són contraprestacions i el seu incompliment podria, en tot cas, permetre la revocació unilateral del pacte (vegeu l'article 431-14-1), però no exigir-ne el compliment.

El llibre IV configura la successió contractual a la manera d'un negoci gratuït, sense que el beneficiari hagi de fer res a canvi. Així, en conseqüència, el règim del pacte successori exclou que calgui recórrer a l'aplicació de les normes generals dels contractes.

E) En els pactes successoris hom pot fer constar la finalitat que es pretén assolir amb el pacte i s'haurà de fer constar si la finalitat pretesa té un caràcter determinant (vegeu l'article 436-1 apartat primer). Aquest matís em sembla prou important i cal posar-lo en relació amb les causes de revocació per voluntat unilateral; concretament, vegeu l'article 431-14 apartats c i d. Igualment, aquesta qüestió serà important pel que fa a la interpretació dels contractes successoris.

E.a) Si hem d'assenyalar alguna característica que defineixi els pactes successoris, aquesta és, sens dubte, la seva irrevocabilitat, que té com a conseqüències principals limitar la llibertat de testar i de disposar sobre els béns objecte del pacte. Per tant, cal considerar la seva ineficàcia per revocació, entesa com la possibilitat d'actuar unilateralment una de les parts, com a excepcional, només possible en aquells casos expressament establerts per la Llei. En aquest punt, hi hauria causa de revocació

unilateral quan per part del causant de la successió contractual es considerés que:

- a) 431-14.c: Es dóna la impossibilitat de compliment de les finalitats determinants del pacte. Si no es diu res en els pactes, la valoració de la concurrència de la circumstància que faculta la revocació unilateral correspondrà al causant. Joan Egea assenyala que «...si la revocació del pacte o de la disposició comporta un enriquiment per a la part que revoca, com a conseqüència que l'afavorit ha complert les càrregues o les obligacions que se li havien imposat per tal d'assolir la finalitat determinant del pacte, i el compliment d'aquesta finalitat ha esdevingut impossible o les circumstàncies han canviat de forma substancial, sobrevinguda o imprevisible, l'afavorit pot exigir una compensació» (art. 431-16.2).
- b) 431-14.d: L'esdeveniment d'un canvi substancial, sobrevingut i previsible de les circumstàncies que van constituir el fonament del pacte successori faculta també de la mateixa manera que en el supòsit anterior a la revocació unilateral del pacte successori.

En ambdós casos —apartats c i d de l'article 431-14—, l'apreciació de la causa de revocació correspon al causant i, com ja hem dit, l'afavorit pot exigir una compensació si la revocació comporta un enriquiment injust de la part que revoca. Igualment, si la revocació deixa sense efecte un pacte successori que va comportar la transmissió de béns de present es produeixen els efectes propis de la revocació de donacions (art. 431-16).

E.b) Pel que fa a la interpretació dels contractes successoris direm que, tot i que la Llei no incorpora cap regla d'interpretació, hem d'entendre que hi són aplicables les normes generals d'interpretació dels contractes establertes en l'article 1281 i següents del Codi civil espanyol i els concordants. En aquest sentit, tindrà una importància especial, en seu d'interpretació, tenir en compte els actes coetanis i també els posteriors al pacte per tal d'establir la vertadera voluntat de les parts.

Un cop vistos els apartats immediatament anteriors, convindria pararse en aquest punt per tal de reflexionar sobre la importància que pot tenir el fet que considerem essencial en redactar els pactes successoris que aquests continguin una primera part (antecedents), en la qual de manera expressa i detallada s'assenyalin els interessos en joc i la finalitat principal del pacte, i que en les clàusules es detallin àmpliament els drets i les obligacions, principals i accessòries, de les parts tot indicant-ne la importància en relació amb la finalitat principal i les conseqüències del seu incompliment. Aquest tipus de redactat —de model anglosaxó, si se'm permet de dir-ho així— ens ajudarà de moltes maneres: a interpretar

els pactes adequadament en cas de conflicte, a poder fer-ne constar l'existència en el Registre Mercantil o de la Propietat, quan la finalitat és el manteniment o la continuïtat d'una empresa familiar (art. 431-8 apt. 4t), o per poder revocar el pacte sobre la base de les causes de l'article 431-14 apartats c i d.

No oblidem tampoc el principi general de llibertat civil que regeix l'ordenament civil català (art. 111-6), que cal relacionar amb els articles 431-17 i 431-21 i, en general, la possibilitat d'establir mitjançant un pacte una causa de revocació específica.

A més a més, com ja hem dit, moltes vegades el pacte successori va acompanyat d'altres documents que li són complementaris i, posat el cas d'incompliment o d'haver-hi problemes en la seva aplicació i/o interpretació, necessitarem acudir al pacte successori —document principal— per esbrinar-ne el fil conductor que dona sentit al conjunt.

F) Invalidesa i eficàcia. Si bé per raons de coherència ja hem tractat en l'apartat immediatament anterior una part d'aquesta matèria ens referirem ara a la resta, tot seguint el fil de la Llei.

Com ja hem dit, en principi, els pactes successoris són irrevocables, que és l'única manera de donar a les parts contractants la seguretat necessària. De tota manera, atesa la seva naturalesa contractual, les causes de revocació, modificació, resolució o nul·litat ja no són només les que provenen de la dogmàtica successòria, sinó també de les donacions i dels contractes.

En aquest punt, considero adequat seguir la mateixa sistemàtica que el professor Egea en el seu recent Nou règim jurídic de la successió contractual (op. cit.).

F.a) La nul·litat

Són nuls de ple dret els pactes següents:

- a) Els que no es corresponen amb cap dels tipus establerts en el Codi (vegeu l'article 431-9.1).

Efectivament, tot i la seva nova regulació, l'article 411-7 manté el principi prohibitiu dels pactes:

«Són nuls els contractes o pactes sobre la successió no oberta, llevat dels que admet aquest Codi.»

En aquest mateix sentit, l'article 431-5.2 prohibeix els pactes de no succeir i els de renúncia a l'herència no deferida.

- b) Els atorgats per persones no legitimades (articles 431-2 i 451-26, per al cas de renúncia a la llegítima).
- c) Els atorgats sense observar els requisits de forma (art. 431-7 i 451-24.2).

Són anul·lables:

- a) Els pactes atorgats per persones a les quals manca la capacitat necessària per al seu atorgament.

L'acció d'impugnació té un termini de caducitat de quatre anys i només pot exercir-la qui l'ha patit. L'afavorit pel pacte només al·legarà la pròpia incapacitat o afectació per un vici de la voluntat si amb el pacte assumeix alguna càrrega excessivament onerosa que considera que no ha de complir. Encara que, assenyala el professor Egea, «fins i tot en aquest cas, el més probable és que tampoc no la impugni, ja que no sent la càrrega susceptible d'execució forçosa, n'hi haurà prou amb esperar a veure si el disponent revoca o no el pacte per incompliment de càrregues».

- b) Els pactes atorgats amb la concurrència d'algun vici del consentiment (vegeu els articles 439-9.1 i 439-9.2).

L'acció caduca als quatre anys, comptats des que el vici desapareix i, si és per error, des de l'atorgament.

L'article 439-9.2 només considera rellevant l'error que afecta la persona, l'objecte i la finalitat o els motius i, en aquest darrer cas, només si és excusable i ha resultat determinant per a l'atorgament del pacte.

Destaquem que els pactes no es poden impugnar en cap cas per causa de preterició ni revocar per supervivència o superveniència de fills, això sens perjudici del dret dels legitimaris. (En aquest sentit l'article 431-9 apartat tercer del llibre IV és coincident amb el que regulaven l'article 70 paràgraf 2n. del Codi de successions i l'article 66, també paràgraf 2n., de la Compilació).

F.b) Atès el seu caràcter contractual, el llibre IV considera la possibilitat de la resolució i la modificació dels pactes (art. 431-12).

La modificació de mutu acord serà possible sempre que hi intervinguin els mateixos atorgants del pacte i compleixin els requisits formals i de capacitat legalment establerts.

F.c) També és possible la seva revocació unilateral (vegeu l'article 431-14), que ja hem comentat anteriorment, però està restringida a supòsits molt concrets i els seus efectes són limitats. En aquest sentit, cal esmentar la

possibilitat de revocació per indignitat successòria regulada per l'article 431-13.

A més a més, s'exigeix la notificació fefaent a les altres parts i amb els efectes i requisits que disposa l'article 431-15.

F.d) L'article 431 apartats primer i segon regula les conseqüències de les crisis matrimonials o de convivència. La crisi matrimonial d'un dels atorgants no afectarà el pacte successori, llevat de pacte en contrari, o llevat que s'hagi fet una atribució a favor del cònjuge o convivent (o dels seus parents) que no s'hauria fet si no hagués estat per raó del matrimoni o de la convivència. Atès aquest cas, estarem parlant d'ineficàcia sobrevinguda de la disposició feta a favor de la persona amb la qual, posteriorment, estarem en situació de crisi.

F.e) Revocació per incompliment de càrregues

Com ja hem vist, mitjançant el pacte successori pot gravar-se l'afavorit amb càrregues que en cap cas comporten una contraprestació, en el sentit contractual del terme. L'incompliment d'aquestes càrregues no dóna dret a la reclamació judicial del seu compliment, però sí que possibilita la revocació del pacte per aquesta causa (431-14.1 b).

G) El contingut dels pactes successoris pot ser tan ampli com el d'un testament (art. 431-5) i contenir totes aquelles disposicions legítimes i lícites sense limitacions. Dit això, el que no hi pot haver són els anomenats pactes de *non succedendo*, que l'article 431-5.2 admet de manera molt restringida. Concretament, l'article 451-26.2 estableix la nul·litat dels actes unilaterals, i les estipulacions o contractes de qualsevol tipus atorgats abans de la mort del causant i que impliquin la renúncia al dret de llegítima o que en perjudiquin el contingut, llevat de les excepcions del mateix article.

Els pactes successoris no poden contenir disposicions d'última voluntat (art. 431-7.1).

H) La publicitat dels pactes successoris i el protocol familiar

Com ja hem dit, un dels objectius principals de la nova Llei és de proveir la societat d'una regulació ajustada a les necessitats que genera la transmissió intergeneracional de l'empresa familiar. De manera expressa, que no exclusiva, la Llei pretén donar cobertura legal i publicitat als pactes als quals arribin els implicats en el «manteniment i continuïtat d'una empresa familiar»; és a dir, els protocols familiars. Des d'aquest punt de vista, la nova regulació faculta tant que en un contracte successori puguin incloure's pactes relatius a la transmissió de l'empresa familiar, a

més d'altres regulacions, com que el pacte successori tingui precisament com a finalitat el manteniment i continuïtat d'una empresa familiar o que qualsevol protocol contingui algun pacte successori necessari per a aquestes esmentades continuïtat i manteniment.

La publicitat dels pactes és regulada per l'article 431-8.

H.a) Registre Mercantil. En aquest sentit, l'apartat quart de l'article 431-8 fa referència als pactes successoris i a la seva constància en el Registre Mercantil de «la mateixa manera» que els protocols familiars quan els pactes tinguin com a finalitat el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar. Aquesta redacció deixa establertes dues categories diferents: d'una banda, els pactes successoris que tinguin com a finalitat el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar; de l'altra, els protocols familiars, tot i que podran tenir constància en el Registre Mercantil de la mateixa manera. Entenem que en ambdós casos, protocols i pactes successoris, l'accés al Registre fa referència als aspectes mercantils que són propis d'aquest Registre.

Arribats en aquest punt, cal esmentar la publicitat del protocol familiar que regula el RD 171/2007, de 9 de febrer (referida al Registre Mercantil). Encara que considero que és un aspecte imminentment mercantil, no voldria deixar de comentar-lo breument.

Cal assenyalar que, paradoxalment, el RD estableix que el protocol familiar com a tal no té accés al Registre i això pels principis de tipicitat i inclusió registral. A més a més, s'ha de tenir en compte que, en virtut de la Llei de protecció de dades personals, també queden exclosos de la publicitat registral els pactes que constitueixin el règim personal, és a dir, no patrimonial, de la família.

Tot i això, el RD estableix tres maneres en què el Registre pot publicar el protocol:

- a) La simple constància de la seva existència amb informació del lloc web de l'empresa per tal d'accedir al seu contingut.
- b) El dipòsit del protocol, o part d'ell, com a part de la documentació que acompanya el dipòsit anual de comptes.
- c) La inscripció d'un acord adoptat de conformitat amb el protocol familiar.

En tot cas, la publicitat dels protocols familiars és absolutament voluntària i, en aquest camp, ens movem en l'àmbit de l'autoregulació i la transparència.

Cal fer notar que, tot i el RD 171/2007 i la remissió que fa l'apartat quart de l'article 431-8, ara per ara no hi ha una norma legal que permeti la inscripció directa del protocol familiar en el Registre Mercantil.

H.a*) Una referència breu als heretaments. En aquest punt (publicitat dels pactes successoris i la seva relació amb els protocols familiars) farem un salt a la secció següent de la Llei per anar a la part relativa als heretaments per tal de referir-nos a l'article 432-25, que parla específicament dels heretaments en aquells casos en què «si la finalitat de l'heretament és el manteniment o la continuïtat d'una empresa familiar o d'un establiment professional es pot convenir que llur transmissió onerosa, o de les accions o participacions socials que la representin, i també la renúncia al dret de subscripció preferent, s'hagi de fer amb el consentiment exprés de la persona instituïda si és atorgant del pacte successori, o de tercers. També es poden establir normes sobre l'administració de l'empresa o establiment per l'heretant o l'hereu, que es poden incloure en els estatuts socials de l'empresa familiar i publicar en el Registre Mercantil».

H.b) Registre d'Actes de Darrera Voluntat

Al seu torn, l'article 431-8 apartat primer estableix el seu registre en el Registre d'Actes de Darrera Voluntat.

H.c) Registre de la Propietat

Igualment, l'apartat següent, 431-8.2, estableix que «els heretaments i les atribucions ordenades en pacte successori es poden fer constar en el Registre de la Propietat en vida del causant, per mitjà de nota al marge de la inscripció dels béns immobles inclosos en l'heretament i que no hagin estat transmesos de present o dels béns immobles que siguin objecte d'una atribució particular».

Aquest accés al Registre de la Propietat dels pactes successoris es fonamenta en el fet que, ja des del moment del seu atorgament, els pactes comporten una modificació de transcendència real sobre les facultats dispositives del causant sobre aquell determinat bé.

L'article 431-8.2 incorpora la novetat d'establir un règim específic de publicitat registral respecte dels béns immobles objecte de pacte successori. Parteix de la base que els béns pertanyen encara al causant, però troba en la fórmula de la «nota al marge» la manera d'acreditar que s'ha produït una modificació en la posició del dret inscrit. La nota, a diferència de la inscripció, no acredita ni pot acreditar tota sola la transferència del domini o de drets, però afecta, això sí, el dret inscrit i informa els tercers d'una modificació en la seva posició jurídica.

I) La capacitat per atorgar un pacte successori és la capacitat d'obrar plena (art. 431-4). Ara bé, per a l'afavorit, si no està gravat amb cap càrrega, n'hi ha prou amb la capacitat natural, atès que el pacte no pot perjudicar-lo i només vincula el causant.

Amb relació a la possibilitat d'instituir com a beneficiari d'un pacte un no nascut, el professor Egea assenyala que «per afavorir un no concebut cal que el causant convingui el pacte successori amb alguna de les persones de l'article 431-2 (relatiu als atorgants) i que s'atorgui a favor d'aquest no concebut que es considerarà un tercer i, per tant, subjecte al règim de l'article 431-3». És a dir, que no adquirirà cap dret fins al moment de la mort del causant i el pacte a favor seu esdevindrà ineficax si premor al causant, llevat que el pacte disposi una altra cosa.

Pel que fa al tercer afavorit que no és part del pacte, la seva capacitat es regirà per les normes generals sobre acceptació i repudiació de l'herència (art. 461-9).

J) Forma. Els pactes successoris són un negoci jurídic formal i han d'atorgar-se en escriptura pública que ja no cal que sigui de capítols matrimonials.

Tercer: Capítol I, Secció segona (els heretaments)

1. El concepte d'heretament que estableix l'article 431-18, mantenint la tradició del dret històric, és continuista amb els de la Compilació i el Codi de successions: confereix a la persona instituïda la qualitat irrevocable d'hereu, així com el caràcter inalienable i inembargable de la condició d'hereu (vegeu el contingut de l'article 71 del Codi de successions i el 75 de la Compilació). Tot i aquest caràcter continuista, és rellevant com a novetat de l'esmentat article 431-18 l'expressió heretament o pacte successori d'institució d'hereu.

La configuració de l'heretament com a fonament successori té com una de les seves conseqüències principals la seva vocació d'universalitat en la successió del causant i es concreta, per exemple, en el que estableix l'article 431-28, apartats segon i tercer, ambdós en el sentit que els béns exclosos de l'heretament, en morir el causant, s'incorporen a aquest.

2. La irrevocabilitat de la institució d'hereu feta en heretament, expressament mencionada per l'article 431-18, té una sèrie de conseqüències que són coherents amb la solidesa jurídica de la institució, la qual cosa provoca que, encara que l'hereu no adquireixi els béns fins a la mort del causant, sí que se li reconeix una certa titularitat de drets. En aquest punt,

ens convindrà distingir entre la posició jurídica de l'atorgat (futur causant) i la de l'afavorit. Per a uns i altres l'heretament causarà efectes des del moment mateix del seu atorgament. En aquest sentit:

A) Per a l'heretant, la limitació de disposar dels seus béns a títol gratuït sense el consentiment exprés de l'hereu (art. 431-25 i 431-26). A títol oneros, en general, no opera aquesta limitació, tret que s'hagi convingut una altra cosa, i en el supòsit de l'article 431-25 apartat segon, que disposa que en els heretaments instituïts amb la finalitat d'assegurar el manteniment o la continuïtat d'una empresa familiar o d'un establiment professional, es pot convenir que llur transmissió onerosa, o la de les accions o participacions socials que la representin, així com la renúncia del dret de subscripció preferent, s'hagi de fer amb el consentiment exprés de la persona instituïda, si és atorgant del pacte successori, o de tercers.

En aquest mateix context, el professor Egea assenyala i desenvolupa la possibilitat de limitar en el mateix pacte els actes de disposició a títol oneros que afectin l'empresa, les accions i participacions socials, així com fixar regles sobre l'estructura i composició de l'òrgan d'administració. Trobem aquesta previsió en l'article 431-25.2 per als casos en què l'heretament té com a finalitat el manteniment i la continuïtat de l'empresa familiar.

L'hereu que era descendent del causant i premor a aquest deixant descendents transmet a aquests el seu dret (art. 431-24); altrament, l'heretament esdevé ineficaç.

B) Per a l'heretat, l'hereu futur, si bé en vida de l'heretant no és titular d'un dret subjectiu complet, sí que ho és d'un dret eventual, des del mateix moment de l'atorgament del pacte i en vida de l'heretant. Aquest dret eventual confereix a l'heretant certs drets com el d'impugnar els actes que consideri fets en perjudici del seu heretament (art. 431-25 apt. 4t) o poder obtenir la menció d'aquest en el Registre de la Propietat.

En el cas que l'afavorit pel pacte sigui un tercer, aquest, durant la vida del causant, té només una simple expectativa de dret i no pot fer res per garantir l'efectivitat de la institució o de l'atribució particular.

L'article 431-28 estableix que, un cop mort l'heretant, l'hereu no pot repudiar l'herència llevat que es tracti d'una persona no atorgant del pacte.

C) Afectant la posició jurídica d'uns i altres, la possible reversió de l'heretament rep en el nou llibre IV un tractament restrictiu perquè constitueix una excepció al principi general d'irrevocabilitat.

Així i tot:

C.1) S'admet el pacte reversional.

C.2) El pacte reversional no impedeix de reclamar les llegítimes.

C.3) El dret a exercir el pacte de reversió no s'estén als hereus de l'heretant.

C.4) L'heretant pot deixar sense efecte en qualsevol moment el pacte reversional (en escriptura pública).

3. Es mantenen les classes tradicionals d'heretament

A) Simples (art. 431-19). Atribueix a l'heretant la qualitat d'hereu i no perd aquest caràcter encara que hi hagi donació de present de béns concrets.

Aquest conferiment en vida només es produeix si la persona afavorida és també atorgant del pacte successori, ja que, si no ho és, no l'arribarà a assolir fins a la mort del causant i després d'acceptar l'herència. El seu règim, que ja hem vist abans, serà el del tercer afavorit.

B) Cumulatiu (art. 43-9). És aquell pacte successori que, a més de conferir la qualitat d'hereu, comporta l'atribució en aquell moment de tots els béns presents, encara que en quedin exclosos béns concrets. Plantegen com a qüestió principal el fet que, en fer l'heretant transmissió de present de béns a l'hereu, cal preveure la possible afectació d'aquests béns pels deutes de l'heretant. La Llei fa distinció entre els deutes contrets abans o després de l'atorgament de l'heretament. En tot cas, fins a la mort de l'heretant no hi ha confusió de patrimonis amb el de l'hereu, que, a més a més, si li convé pot acollir-se al benefici d'inventari (vegeu l'article 431-26). Des d'una altra perspectiva, pot pactar-se la possibilitat que l'heretant pugui reservar-se el poder de disposició sobre els béns transmesos de present, amb més o menys límits (ex. en cas de necessitat).

C) Mutuals. Aquesta figura prové del dret alemany i fou incorporada com a novetat per la Compilació. Possibilita que els cònjuges puguin instituir-se recíprocament i irrevocable hereus en capítols matrimonials. Actualment, superada la restricció als cònjuges, significa la institució recíproca d'hereu entre qualsevol de les persones a les quals fa referència l'article 431-2 a favor del que sobrevisqui. També pot pactar-se el destí dels béns sobrants en morir el sobrevivent a elecció d'aquest o d'un tercer, d'acord amb els articles 424-1 al 424-4.

D) Preventius. Són una excepció, atès que es configuren com a essencialment revocables. Tot i això, una de les novetats que incorpora el nou llibre IV és

la d'exigir que la revocació hagi de notificar-se notarialment (vegeu l'article 431-21 apartat segon). Tal com diu el preàmbul, l'heretament preventiu ha estat pensat per conferir a aquesta classe de pactes la funcionalitat pròpia dels testaments mancomunats.

4. En tot cas, l'heretant pot reservar-se part dels seus béns per disposar-ne lliurement per qualsevol títol o per pagar les llegendes (art. 431-22).

Quart: Capítol I, Secció tercera (Pactes successoris d'atribució particular)

Aquesta és una de les novetats del llibre IV que estableix l'article 431-1 i que desenvolupen els articles 431-29 i 431-30, i que troben el seu antecedent en el nostre dret en les compres amb pacte de supervivència.

La seva regulació és breu perquè els són aplicables les disposicions generals de la secció primera i per la remissió expressa de l'article 431-30 apartat cinquè a les «normes que regulen els llegats en allò en què siguin compatibles amb llur naturalesa irrevocable».

Per a la resta:

a) En pactes successoris poden convenir-se atribucions particulars irrevocables a favor dels atorgants o de tercers. Aquestes atribucions poden fer-se amb caràcter preventiu (art. 431-29).

b) Amb relació als béns objecte d'atribució, la facultat de disposició del causant queda limitada, tret que hi hagi consentiment exprés de l'afavorit (art. 431-30 apt. 1r).

c) L'afavorit té accions de defensa del seu dret contra l'hereu (art. 431-30 apt. 2n). En morir el causant, l'afavorit pot prendre possessió dels béns per ell mateix i amb independència que l'hereu accepti o no l'herència (art. 431-30 apt. 4t).

d) L'article 431-30 apartat tercer estableix que «en cas de premoriència de l'afavorit, s'aplica el 431-24 apt. 1r», que determina la ineficàcia de la disposició, tret de pacte en contrari.

Cinquè. Capítol II (Les donacions per causa de mort)

1. La seva ubicació sistemàtica

Tot i les diferències entre les donacions per causa de mort, els heretaments i la successió contractual, el legislador ha decidit la seva col·locació sistemàtica dintre del mateix títol III. Aquesta decisió pot sorprendre atès

que fins ara la dogmàtica les considerava un model d'adquisició dels drets reals i que el Codi de successions les havia ubicat al final de tot, als articles 392 al 396, després de les reserves i abans de les disposicions finals, en el títol VI. Encara abans, la Compilació de l'any 1960 les regulava en els seus articles 245 al 247, ubicades entre la successió testada i la intestada.

Aquests dubtes sobre la seva col·locació els reflecteix el preàmbul del Codi de successions, que les qualifica d'«institució especial». Sobre aquesta qüestió, el llibre IV no ens dóna gaires pistes: en l'apartat I del preàmbul (principis i sistemàtica) es limita a anunciar, com de passada, la seva ubicació dintre del nou títol III. Del final de l'apartat IV del preàmbul sembla deduir-se que els heretaments i les atribucions particulars tenen en comú amb les donacions, i d'aquí la seva ubicació en el nou Codi, precisament, aquesta nota de possibilitar l'atribució particular de béns i drets. Així, podríem dir que unes i altres comparteixen certs caràcters de les donacions, però s'assimilen en altres aspectes als llegats (vegeu l'article 392 del CS).

La doctora Lauroba assenyala que aquestes diferències en la seva ubicació responen a l'evolució que ha anat fent la discussió sobre la naturalesa jurídica de les donacions per causa de mort durant el decurs del temps. Tot un clàssic!

2. Els trets fonamentals

Primer. Les donacions per causa de mort són un negoci entre vius de caràcter dispositiu i de darrera voluntat. En canvi, el testament, les memòries testamentàries i els codicils són actes de destinació.

Segon. La mort no és un element accidental, sinó un pressupòsit d'eficàcia. En morir el donant, i no abans, per causa de la seva voluntat, es produeix la transmissió de la titularitat.

L'article 432-1.3 diu:

«La transmissió de la propietat de la cosa donada se supedita al fet que la donació sigui definitivament ferma...»

Per això, si el donant premor al donatari, la donació esdevé ineficaç (art. 432-5.d).

Tercer. La mort només pot ser la pròpia del donant.

Quart. Les donacions per causa de mort es caracteritzen perquè són essencialment revocables encara que el donatari l'hagi acceptada. I això és perquè, com ja hem dit, són negocis jurídics de darrera voluntat que poden ser modificats i substituïts per una nova darrera voluntat. Aquesta darrera

voluntat revocària pot expressar-se de manera tàcita; per exemple, si aliena o llega els béns donats (vegeu l'article 432-5.b).

Cinquè. Per tant, fins a la mort del donant, el títol adquisitiu del donatari no és ferm (art. 432-3). I, en conseqüència, i a contrari sensu, hom entén que no és fins que mort el donant —el pressupòsit d'eficàcia— que la donació passa a ser «definitivament ferma».

La conseqüència d'aquest caràcter revocable és que fins a la mort del causant el donatari no adquireix cap dret ni cap expectativa. Per això, en seu de donacions per causa de mort, no hi ha l'equivalent de l'article 431-30 relatiu als «efectes de les atribucions particulars», perquè en les donacions per causa de mort no hi ha cap efecte fins a la mort del causant.

En aquest punt, cal fer referència a la discussió doctrinal sobre si el règim de les donacions atorgades amb la condició suspensiva que el donatari sobrevisqui al donant —article 432-1.2 i també 393 del Codi de successions— és un assumpte de dret imperatiu o dispositiu i les conseqüències d'una posició i altra.

L'article 432-1.2 diu: «Les donacions atorgades sota la condició suspensiva que el donatari sobrevisqui al donant tenen el caràcter de donacions per causa de mort i estan subjectes al règim jurídic d'aquestes, sens perjudici de les disposicions en matèria de pactes successoris».

En el mateix sentit, l'article 393 del Codi de successions diu: «Les donacions atorgades sota la condició suspensiva de sobreviure el donatari al donant tenen el caràcter de donacions per causa de mort, i estan subjectes al règim d'aquestes, sens perjudici de les disposicions en matèria d'heretaments».

En aquest cas, ambdues regulacions coincideixen a establir que «les donacions atorgades sota la condició suspensiva de sobreviure al donant tenen el caràcter de donacions per causa de mort i estan subjectes al règim d'aquestes», però una cosa és que tinguin el mateix caràcter i una altra de diferent que siguin la mateixa cosa.

En aquest punt, recentment, Joan Marsal, en comentar la Resolució de 18 d'abril de 2008 de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, destaca que aquesta assimilació legal no és compartida per un sector important de la doctrina, que considera que «l'article 393 del CS (i l'actual 432-1.2) atribueixen el caràcter de donació per causa de mort al que en realitat és una donació entre vius amb eficàcia post mortem, sense aquesta assimilació legal aquestes donacions serien irrevocables».

Aquesta qüestió és de gran transcendència perquè, si no fos que els articles esmentats n'ordenen la subjecció al règim de les donacions per causa de

mort, tindrien la condició d'irrevocables i, per exemple, podrien tenir accés al Registre de la Propietat.

Des d'aquest punt de partida, el professor Marsal es pregunta si l'article 393 del CS i l'actual 432-1.2 tenen un caràcter imperatiu o, al contrari, les parts atorgants de la donació podrien establir de comú acord la irrevocabilitat d'una donació atorgada sota la condició suspensiva de sobreviure al donant i, com a conseqüència d'aquest pacte, que aquesta donació tingués accés, de la manera establerta per la Llei (ara per nota al marge), al Registre de la Propietat.

Una part de la doctrina (Garrido, acte resolutori del TSJC de 29 de juliol de 2003) entén que l'article 393 del CS té caràcter dispositiu, de manera que es podria atorgar una donació subjecta a la condició suspensiva de supervivència del donatari al donant que fos irrevocable «...pero para ello tiene que constar claramente que la voluntad de las partes es la de no someterse a la disciplina de las donaciones mortis causa».

I continua: «Si admitimos la posibilidad de convenir la irrevocabilidad de las donaciones mortis causa, nos encontramos con que el donatario adquiere un derecho desde el momento mismo de la donación (aunque sometido a la condición de supervivencia), derecho que tendría que tener acceso a los libros registrales».

Tanmateix, la RDGDEJ estableix que la norma de l'article 393 del CS (i l'actual 432-1.2) té caràcter imperatiu, i que, per tant, està fora de la capacitat d'autoregulació de les parts i, en conseqüència, «s'assimila necessàriament a la donació mortis causa».

Sisè. En morir el donant, una vegada ferma la donació, aquesta és independent del testament i les seves vicissituds (432-4.1) i el donatari fa seus els béns donats i «pot prendre per ell mateix la possessió, sense necessitat que l'hereu o el marmessor la hi lliuri».

En aquest mateix sentit, l'article 395.1 del Codi de successions deia que «en morir el donant el donatari fa seus els béns, independentment que l'hereu accepti l'herència i de la validesa o subsistència del testament del donant o de les seves disposicions».

I això perquè els béns objecte de donació per causa de mort no arriben a integrar la massa hereditària, sinó que tenen un règim independent i, per tant, segons la doctora Lauroba, «les vicissituds dels negocis mortis causa del donant (bàsicament el testament com a negoci de destinació del seu patrimoni) o l'actitud dels delats a l'herència li resulten aliens i irrelevant».

Com a conseqüència d'aquesta adquisició automàtica, independent de les vicissituds de la successió, en l'àmbit processal, el donatari estaria legitimat per exercitar l'interdicte d'adquirir la possessió.

Setè. L'article 432-2 del llibre IV i, en el mateix sentit, l'article 392 del CS prohibeixen que l'objecte de la donació sigui universal. La doctora Lauroba interpreta aquest concepte d'universalitat en el sentit que, com a negoci de caràcter dispositiu, la donació per causa de mort es limita a allò que es té ara; però respectant aquest condicionament, sí que podria abastar la universalitat dels béns del donant en el moment del seu atorgament.

Vuitè. Capacitat

El llibre IV i el CS comparteixen el mateix esquema (art. 432-3): la capacitat exigida al donant (capacitat per testar o majoria d'edat depenent del títol) és superior a la del donatari, que necessita només «capacitat per contractar».

La doctrina s'ha decantant per considerar que persones jurídiques poden ser donataris.

L'article 392 del Codi de successions regulava l'aplicació a les donacions per causa de mort de les normes relatives a la incapacitat per succeir (art. 147 CS) i a la indignitat (art. 11 CS).

Novè. Tant l'article 432-2 del llibre IV com l'article 392 del CS estableixen l'aplicació a les donacions per causa de mort de determinades normes dels llegats. Per a les qüestions que no queden subjectes expressament a la normativa reguladora dels llegats, l'article 432-2.2 remet a les normes de les donacions entre vius (igualment, en el Codi de successions).

3. Pactes successoris d'atribució particular i donacions per causa de mort. Resum de les diferències i elements comuns

Una vegada vistos els trets fonamentals de les donacions per causa de mort, s'escau tornar a dedicar un cert temps a establir el perquè de la seva ubicació sistemàtica en el llibre IV dintre del títol III, dedicat a la successió contractual, i just després dels pactes successoris d'atribució particular. Per començar cal dir que ambdós són substancialment diferents:

D'una banda, perquè la donació per causa de mort és un acte unilateral dispositiu, essencialment revocable, que necessita un altre acte unilateral de disposició, no per a la perfecció del negoci, sinó per fer possible l'adquisitiu en el donatari. Donació i acceptació de la donació són dos actes unilaterals que tenen la mort com a pressupòsit d'eficàcia.

Com ja hem vist, encara que s'hagi produït l'acceptació pel donatari, fins a la mort del donant el títol adquisitiu del donatari no és ferm i d'aquí el

seu caràcter essencialment revocable; així l'article 432-1 diu que «...sense que el donant quedi vinculat personalment per la donació» i el 432-1 apartat tercer diu que «la transmissió de la propietat de la cosa donada se supedita al fet que la donació sigui definitivament ferma». En definitiva, les donacions per causa de mort es configuren com a negocis post mortem.

En canvi, els pactes successoris d'atribució particular són irrevocables.

Precisament aquest tret diferencial, i essencial, és el que determina la diferència substancial entre la situació jurídica del beneficiari en el pacte successor (art. 431.30) —titular d'una expectativa de dret— i la del donatari, que, fins a la mort del causant, podem dir que no pot fer altra cosa que esperar la mort del causant, el qual, com ja hem vist, «...no resta vinculat personalment per la donació».

En segon lloc, la donació pot ordenar-se amb el lliurament immediat del bé donat sotmès a la condició de premoriència del donant o amb eficàcia a la mort del donant, mentre que els pactes successoris a títol particular només tindran eficàcia a partir de la mort.

Tot i les diferències, no podem deixar d'esmentar els trets comuns entre una institució i l'altra, que són, pensem, els que han portat el legislador a la seva ubicació actual. En ambdós casos, es tracta d'atribucions a títol particular fetes en vida dels atorgants i que tenen molt en comú amb els llegats i amb les donacions.

4. Una última consideració relativa a l'àmbit fiscal que palesa també les diferències entre ambdues institucions

Com que els pactes successoris no són considerats en el Codi civil espanyol, el més probable és que tampoc no figurin en la Llei i el Reglament de l'impost de successions. Atès el caràcter irrevocable de l'atribució, quan s'ha de pagar l'impost: en acceptar el pacte successor o en morir el causant, o bé hi ha un fraccionament entre els dos moments? Penso que fóra bo que es fes una consulta a la Direcció General de Tributs de la Generalitat abans de començar a aplicar la nova institució.

Contràriament, en la donació mortis causa no es produeix el fet imposable —l'adquisició del bé per part del donatari— fins a la mort del donant, que, com ja hem dit, constitueix el seu pressupòsit d'eficàcia. Fins aleshores, la donació «no és definitivament ferma» (art. 432-2).

V. BIBLIOGRAFIA

- DE CAMPS I ARBOIX, Joaquim. *Modernitat del Dret català*. Barcelona: Bosch, 1953.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan. «Protocolo Familiar y Pactos Sucesorios». *InDret*, juliol 2007.
- «El nou règim jurídic de la successió contractual». *RJC*, núm. 1, 2009, p. 9-58.
- KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho civil. Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1976.
- LAUROBA LACASA, M. Elena. «Drets reals. Els modes d'adquirir-los». *Manual de Dret civil català*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- MARSAL GUILLAMET, Joan. *El testament*. Barcelona: Departament de Justícia, 2000.
- «Els heretaments». *Manual de Dret civil català*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques». *InDret*, 4/2008.
- PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRÍAS, Encarna. *Institucions de Dret civil de Catalunya*. Barcelona: Bosch, 1984.
- *Institucions del Dret civil de Catalunya. Vol. III: Dret de successions*. València: Tirant lo Blanch, 2009.
- VICENT CHULIÀ, Francisco. «La publicidad del protocolo familiar». *RJC*, núm. 1, 2008.

LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR

FERNANDO CERDÀ ALBERO
CATEDRÀTIC DE DRET MERCANTIL
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI: I. LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR: UNA VELLA QÜESTIÓ AMB NOUS DESENVOLUPAMENTS NORMATIUS. 1. L'activitat de les institucions europees. 2. Les reformes en la normativa espanyola. 3. El llibre quart del Codi civil de Catalunya. II. DIVERSITAT DE PROBLEMES PRÀCTICS I COMBINACIÓ D'INSTRUMENTS JURÍDICS. 1. Objectius i problemes específics. 2. Exigències de les tècniques jurídiques aplicables. III. INSTRUMENTS JURÍDICO-SOCIETARIS PER A LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR. 1. El protocol familiar. a) Publicitat del protocol familiar. b) Contingut del protocol familiar. 2. Previsions estatutàries: restriccions a la transmissió mortis causa de participacions socials o accions. a) L'atribució estatutària del dret d'adquisició: requisits. b) La determinació del valor raonable. i) Funció de l'auditor. ii) Mètodes de valoració. iii) El pacte estatutari i unànime de determinació prèvia del valor raonable. c) Altres requisits. IV. INSTRUMENTS JURÍDICO-SUCCESSORIS. 1. Previsions testamentàries. a) Patrimoni empresarial, protocol familiar i estatuts socials. b) Disposicions a favor del cònjuge vidu: usdefruit d'accions o participacions socials. c) Algunes prevencions en l'atribució del patrimoni empresarial als descendents. i) Fideïcomís. ii) Administració de la comunitat hereditària. iii) Marmessoria. 2. Pactes successoris. 3. El problema de les donacions en la successió de l'empresa familiar.

I. LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR: UNA VELLA QÜESTIÓ AMB NOUS DESENVOLUPAMENTS NORMATIUS

Amb la sagacitat que li era pròpia, fa ja gairebé cinquanta anys que don José Puig Brutau situava el tema que és objecte d'aquesta anàlisi (la successió en l'empresa familiar) en aquella «última assignatura» dels estudis de postgrau que es cursa durant tota la praxi professional i que es caracteritza per la seva interdisciplinarietat jurídica: per la combinació i unificació pràctica de normes que procedeixen de disciplines diverses.¹

¹ José Puig Brutau, «El testamento del empresario. (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)», *Revista de Derecho Privado*, novembre 1960, t. XLIV, p. 845-858.

La successió adequada en l'empresa familiar és un problema que ocupa en les últimes dues dècades la política empresarial a casa nostra i que també està tenint una atenció normativa específica.

1. L'activitat de les institucions europees

D'aquesta qüestió ja es va fer ressò la Recomanació 94/1069/CE, de la Comissió, de 7 de desembre de 1994, sobre la transmissió de les xicotetes i mitjanes empreses² (amb la corresponent Comunicació de la Comissió mateixa),³ es confirma en la Decisió del Consell de 9 de desembre de 1996, relativa al tercer Programa plurianual,⁴ i es palesa sobretot en el Fòrum Europeu sobre la transmissió d'empreses, que va organitzar la Comissió europea a Lille els dies 3 i 4 de febrer de 1997, els resultats del qual es descriuen en la Comunicació de la Comissió sobre la transmissió de les xicotetes i mitjanes empreses (98/C 93/02).⁵ D'aquesta Comunicació cal destacar, entre les mesures jurídiques sobre transmissió d'empreses referides a la millora de la continuïtat de les empreses, la referència expressa als pactes d'empresa o protocols familiars com a via per pal·liar les conseqüències de la prohibició dels pactes sobre la futura successió [sub A.4.d)], així com el paper dels assessors professionals en la preparació del pla de successió empresarial [sub C.2.b)].

2. Les reformes en la normativa espanyola

A Espanya, aquesta preocupació es manifesta en l'Informe de la Ponència d'Estudi constituïda al si de la Comissió d'Hisenda del Senat, datat el 12 de novembre de 2001,⁶ amb una consideració especial pels problemes jurídics (cívils, mercantils i fiscals) en la successió de l'empresa familiar (sub V.2, p. 28-36) i la conveniència del protocol familiar (sub VII, p. 37-38). Així, la conclusió segona d'aquest informe recomana a les empreses familiars la formalització d'un protocol familiar que, entre altres aspectes, ha d'establir la successió empresarial, a fi de garantir-ne la continuïtat; i la conclusió tercera recomana la possibilitat de gaudir de la publicitat del Registre

² Diari Oficial núm. L 385, de 31 de desembre de 1994, p. 14-17. (Text pertinent als fins de l'EEE).

³ Diari Oficial núm. C 400, de 31 de desembre de 1994, p. 1-9.

⁴ Diari Oficial núm. L 6, de 10 de gener de 1997, p. 25.

⁵ Diari Oficial núm. C 93, de 28 de març de 1998, p. 2-25. (Text pertinent als fins de l'EEE).

⁶ Butlletí Oficial de les Corts Generals – Senat. VII Legislatura, sèrie I, núm. 312, de 23 de novembre de 2001, p. 1-40.

Mercantil en els aspectes del protocol familiar que afectin les relacions de l'empresa familiar amb tercers.

En el terreny normatiu, aquesta inquietud té dues fites importants. D'una banda, la reforma del Codi civil espanyol operada per la disposició final 1a de la Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa, per la qual es modifica la Llei 2/1995, de 23 de març, de Societats de Responsabilitat Limitada.⁷ Aquesta disposició modifica els articles 1056.II (que, per preservar indivisa una explotació econòmica, permet que el pagament de la quota legitimària es faci amb metàl·lic, també extrahereditari, i admet ajornar aquest pagament fins a cinc anys des de la mort del testador),⁸ 1271.II i 1406.2n CC. Segons l'Exposició de Motius (II, apartats quart i sisè): «[...] amb l'objecte de proporcionar (a les xicotetes i mitjanes empreses) els mitjans suficients perquè puguin [...] superar els canvis generacionals dintre d'aquestes, la present Llei intenta resoldre tres problemes que s'han identificat a la majoria de les nostres empreses: [...] i els problemes de supervivència de la societat derivats de la successió generacional [...] Per últim, s'introdueixen transformacions en la legislació civil vigent en aquells preceptes en els quals s'ordenen les relacions entre els membres d'una família i la successió de la unitat productiva per dotar-la d'instruments que permetin dissenyar, en vida de l'emprenedor, la successió més adequada de l'empresa en totes les seves configuracions possibles: societàries, empresa individual, etc. Aquestes modificacions es fan atenent, a més, a un criteri integrador de l'ordenament privat en el conjunt de les legislacions civils de l'Estat.»⁹

En segon lloc, s'ha de subratllar el (tècnicament lamentable)¹⁰ Reial decret 171/2007, de 9 de febrer, pel qual es regula la publicitat dels protocols familiars,¹¹ del qual tractarem en breu. Aquesta norma procedeix de l'habilitació reglamentària continguda en la disposició final 2a.3 de la Llei

⁷ BOE núm. 79, de 2 d'abril de 2003.

⁸ Sobre això, vegeu Juan Manuel Llopis Giner, «La libertad del testador: su facultad de partir. Comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales* (coord. M^a J. Reyes López), Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 51-71.

⁹ Cal fer notar que aquest últim apartat ja apareix, probablement per error, en l'últim apartat de l'epígraf I de la mateixa Exposició de Motius de la Llei 7/2003. Tot i que la literalitat d'aquests dos apartats és pràcticament la mateixa, hi ha, però, una addició notable en l'últim apartat de l'epígraf I, que desapareix en l'apartat 6è de l'epígraf II, ja que aquell afegeix: «Aquestes modificacions, aplicables exclusivament al territori comú, que es regeix pel Codi civil, d'acord amb l'article 149.1.8a de la Constitució espanyola, ...».

¹⁰ Ho critica enginyosament i amb sòlids arguments Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 37, 41-43, 102-104, 123, 176, 178-181, 197, 200-202.

¹¹ BOE núm. 65, de 16 de març de 2007.

7/2003, que ordenava establir les «condicions, forma i requisits per a la publicitat dels protocols familiars, així com, si fos el cas, l'accés al Registre Mercantil de les escriptures públiques que continguin clàusules susceptibles d'inscripció». Tanmateix, les novetats més importants que introdueix aquest Reial decret 171/2007 són les aplicables a qualsevol societat tancada (i no sols a les societats familiars), amb les modificacions del Reglament del Registre Mercantil:¹² concretament en els seus articles 114.2, 124.2.d), 175.2, 185.3.d), 186.5, 187.1 i l'addició de l'article 188.5 RRM. Aquestes modificacions possibiliten la publicitat registral de previsions contingudes anteriorment en pactes parasocials (és a dir, extraestatutaris), i que ara poden gaudir de l'oposabilitat davant de tercers derivada de la publicitat material registral.

3. El llibre quart del Codi civil de Catalunya

La recent Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions,¹³ també conté algunes previsions pensades per a la successió de l'empresa familiar.

L'aspiració general d'adequar el règim successori català a les transformacions de l'economia (Preàmbul I, apartat 3r) es concreta en previsions específiques per al cas en què en el patrimoni del causant hi hagi accions o participacions socials [com a béns fideïcomesos: articles 426-22.1.c), 426-26.3 CCCat; o com a objecte del llegat: article 427-33 CCCat], o per al fideïcomís d'empresa (article 426-3.3 CCCat) o el llegat d'empresa (article 427-29 CCCat). Però, sobretot, la transmissió mortis causa de l'empresa familiar és particularment considerada en el marc dels pactes successoris (Preàmbul IV, apartat 2n, articles 431-6.2, 431-7.1, 431-8.3.4, 431-25.2 CCCat).

II. DIVERSITAT DE PROBLEMES PRÀCTICS I COMBINACIÓ D'INSTRUMENTS JURÍDICS

1. Objectius i problemes específics

La successió en l'empresa familiar consisteix en un dels dos conjunts d'objectius que s'han d'assolir en dissenyar l'estructura jurídica de l'empresa familiar.¹⁴ En la immensa majoria dels casos, aquesta empresa familiar

¹² Aprovat pel RD 1784/1996, de 19 de juliol. BOE núm. 184, de 31 de juliol de 1996.

¹³ DOGC núm. 5175, de 17 de juliol de 2008.

¹⁴ No he d'insistir ara en els problemes que comporta definir l'empresa familiar. Per a un estudi del tema em sigui permès remetre a Fernando Cerdà Albero, «La empresa familiar:

estarà organitzada en forma de societat mercantil de capital, i sobre aquest model de freqüència centrarem aquestes reflexions. Assegurar la successió adequada (i, en general, regular l'entrada i sortida de socis) en l'empresa familiar comporta resoldre els problemes en la successió en el doble àmbit de la propietat i de la gestió. El segon conjunt d'objectius en la configuració jurídica de l'empresa familiar persegueix l'organització òptima i eficient del poder familiar i del seu funcionament.¹⁵

Per ser més concrets, amb l'ordenació de la successió en l'empresa familiar es persegueix una pluralitat d'objectius.

En primer lloc, mantenir les participacions socials o accions dintre del nucli familiar, és a dir, assegurar la pertinença dintre la línia de consanguinitat, o la preferència dels parents consanguinis del causant, abans que entri qualsevol estrany. Aquesta aspiració resulta òbvia per la mateixa essència de la noció de l'empresa familiar, en la qual l'element clau és el control de l'empresa per la família, i per assegurar aquest control s'exigeix una regulació adequada de la transmissió de l'empresa familiar, especialment quan es tracta de la transmissió mortis causa. També ací es fa present un doble objectiu o interès de la família: (i) evitar l'entrada no desitjada de tercers externs al grup familiar; (ii) mantenir l'equilibri de poder entre les diferents línies o branques familiars que descendeixen de la mateixa estirp.

En segon lloc, resoldre el relleu generacional amb el lideratge adient (assegurant la unitat de la gestió de l'empresa, però atribuint als descendents un benefici patrimonial equivalent). Açò implica gestionar adequadament les emocions en l'empresa familiar: evitar els freqüents problemes de rivalitat entre generacions, germans i cosins, de favoritisme entre ells, de direcció familiar amb escàs talent o compromís, o poc professionalitzada, o de descendents no interessats en la gestió empresarial.

En tercer lloc, avançar la successió, a fi de motivar els descendents en l'empresa, reconèixer la labor que hi fan, i cercar-ne el compromís empresarial. Tan humà és desviure's per tota la família en sentit ampli, com humà és també que un fill del titular de la societat (el fill de l'«empresari» en la terminologia col·loquial) vulgui ser també «empresari» (i, per tant, propietari) i no sols un simple directiu; vol quedar-se en l'empresa per treballar fonamentalment per a ell i la seva branca familiar.

una noció relativa», en AA.VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Aranzadi-Cuatrecasas, Cizur Menor, 2004, p. 67-103.

¹⁵ És lloc comú entre els autors referir-se a aquesta dualitat de finalitats i problemes: entre daltres, al ja citat llibre col·lectiu *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, vegeu els treballs de Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», p. 287-311 (p. 291); Juan Grima Ferrada, «Pactos entre socios familiares», p. 139-180 (p. 145).

Aquestes finalitats plantegen uns problemes propis, que se sumen als generals de tota successió i que potser s'agreugen quan s'esdevenen en l'empresa familiar, pel valor d'aquesta: v. gr. les disposicions a favor del cònjuge vidu, la captació de voluntat del testador a última hora, la desconfiança davant algun descendent, els problemes derivats de crisis matrimonials...

A més, de vegades, en dissenyar la successió en l'empresa familiar i organitzar l'estructura empresarial més adient s'ha de posar remei a l'oposició entre les perspectives fiscals (generalment tendents a estructures amb societats hòlding) i les successòries (que acostumen a preferir filialitzacions societàries).

2. Exigències de les tècniques jurídiques aplicables

Davant aquesta multiplicitat d'objectius i problemes pràctics, en planificar la successió en l'empresa familiar s'ha de tenir cura dels instruments jurídics (diversos i inconnexos) que ofereix l'ordenament, i l'assessor jurídic ha de procurar l'engranatge més adient entre aquestes peces. En precisar les tècniques jurídiques específiques que resulten aplicables, convé tenir en compte les exigències següents.

D'antuvi, la sort de l'empresa familiar no pot deixar-se a les regles de la successió intestada.¹⁶ Com a mostra d'aquest risc inassumible, n'hi ha prou a pensar en l'aplicació de l'opció de commutar l'usdefruit universal per l'atribució d'una quarta part alíquota de l'herència (i, a més, l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar) que l'article 442-5 CCCat ofereix al cònjuge vidu (o convivent en unió estable de parella). L'exercici d'aquesta opció pot tenir conseqüències terribles al si de l'empresa familiar. En efecte, el tipus de patrimoni que, per la seva composició i naturalesa, considera com a inspiració i fonament normatiu aquesta regla de commutació de l'usdefruit, no sembla tenir en compte el cas en què l'objecte de l'herència inclogui una empresa familiar.

A més, cal adaptar les diverses tècniques jurídiques a les necessitats particulars de l'empresa familiar concreta, atès que aquest tipus d'empresa és un fenomen que sovint presenta múltiples variants.

D'altra banda, s'ha de tenir cura de la complexitat de la mateixa successió, ja que —com s'ha esmentat— no s'esgota en el mer vessant patrimonial,

¹⁶ Aquesta advertència ja la va fer Julián Dávila, «La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, t. III, p. 573-591 (p. 576), al qual es referia també José Puig Brutau, «El testamento del empresario. (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)», op. cit., p. 847, nota 9.

sinó que s'estén també als aspectes de la gestió empresarial. A més, en el mateix vessant patrimonial, la qüestió successòria es complica per l'objectivació freqüent en l'estructura successòria: val a dir que normalment no es tracta de la mera transmissió de pares a fills, sinó de participacions socials o accions en societats que són titularitat dels progenitors (o estan controlades per ells) a favor de societats patrimonials que són titularitat dels fills respectius (o controlades per cadascun d'ells). Aquesta situació ens connecta amb el problema de determinar els últims beneficiaris de la transmissió i, amb aquesta qüestió, la de les participacions indirectes en societats mercantils de capital.

En fi, també ací l'element temporal és clau: les solucions jurídiques proposades en els diferents instruments jurídics s'han de contrastar, revisar i adequar periòdicament als canvis en les circumstàncies subjectives i objectives de relleu que es puguin produir en la família o en l'empresa.

III. INSTRUMENTS JURÍDICO-SOCIETARIS PER A LA SUCCESSION EN L'EMPRESA FAMILIAR

1. El protocol familiar

a) Publicitat del protocol familiar

Amb poca precisió terminològica, l'article 2 RD 171/2007 defineix el protocol familiar com «aquell conjunt de pactes subscrits pels socis entre ells o amb tercers amb els qui tenen vincles familiars, que afecten una societat no cotitzada, en la qual tinguin un interès comú amb vista a assolir un model de comunicació i consens en la presa de decisions per regular les relacions entre família, propietat i empresa que afectin l'entitat».

El relleu que dona aquest Reial decret 171/2007 a la publicitat del protocol familiar contrasta amb el fet que en els darrers anys aquest instrument jurídic pateix certa pèrdua d'encant, fonamentalment a causa del procés de vulgarització de què ha estat objecte, i que ha produït no pocs documents amb escàs mèrit, gràcia i interès. I cal recordar que l'empresari, per damunt de tot, vol resultats. Això explica el reduïdíssim ús que es fa a la pràctica dels mecanismes de publicitat del protocol familiar establerts en aquesta norma reglamentària, de la qual —almenys a hores d'ara— hom pot afirmar que té una eficàcia simbòlica.

La publicitat del protocol familiar és voluntària, i la decidirà l'òrgan d'administració en consideració a l'interès social, i amb el consentiment

expres dels afectats les dades dels quals siguin incloses en el protocol (articles 2.3 i 3.1.2 RD 171/2007).

Les formes per a aquesta publicitat són diverses.¹⁷ Una és extraregstral: el protocol familiar es pot publicar en la pàgina web de la societat, el domini o adreça d'Internet que consti al Registre Mercantil (article 4 RD 171/2007).

Per a l'accés registral del protocol familiar, d'antuvi cal fer notar que —per molt sorprenent que pugui resultar— no s'estableix la possibilitat d'inscripció directa del protocol familiar; ans només es consideren formes de presentació circumstancials del protocol familiar (amb ocasió de la presentació dels comptes anuals per a llur dipòsit, o amb la inscripció d'acords socials adoptats en execució d'un protocol familiar publicat). No sembla que la raó d'aquesta paradoxal ommissió de la inscripció directa del protocol estigui en la falta d'una norma legal que ho permeti (amb la modificació consegüent de l'article 16 CCom).¹⁸ Aquesta previsió legal resulta innecessària, ja que el protocol familiar de les societats mercantils és una circumstància la inscripció de la qual pot estar determinada en les lleis o en el mateix Reglament del Registre Mercantil (com expressament estableix l'article 22.2 CCom).

Quant a les modalitats de publicitat registral, s'ofereixen tres vies diferents, amb distinta eficàcia: les dues primeres, de mera publicitat notícia; la tercera, amb eficàcia de publicitat material (apartat 19è de l'exposició de motius del RD 171/2007).

En primer lloc, simplement es pot fer constar en el full de la societat l'existència del protocol familiar, amb una ressenya identificativa que indiqui si el protocol és accessible en la web de la societat que consti en el full registral (article 5.1 RD 171/2007). Ara bé, cal subratllar que mitjançant aquesta modalitat de publicitat no consta al Registre el contingut del protocol, que òbviament tampoc és qualificat pel registrador mercantil (com s'emfatitza en l'article 5.2 RD 171/2007).

A aquesta manera de publicitat notícia es refereix la recentíssima resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 30 de setembre de 2008,¹⁹ en què es confirma la qualificació del registrador mercantil, que havia advertit dos defectes. D'una banda, s'afirma que el tancament registral del full obert a la societat (per la mancança del dipòsit dels

¹⁷ Sobre aquestes diverses modalitats de publicitat, vegeu també Francisco Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», *Revista Jurídica de Catalunya* 2008, núm. 1, p. 51-89 (p. 72-77).

¹⁸ Tot i que és el molt respectable criteri que sosté Francisco Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», op. cit., p. 57-58, 73.

¹⁹ «Familia Álvarez Protocolo Familiar Avantis El Grupo Gedeco». JUR 2008\341776.

comptes) impedeix la publicitat registral del protocol, ja que —per la via de publicitat del protocol establerta en l'article 5 RD 171/2007— s'hauria de consignar en el full obert a la societat l'existència del protocol mitjançant un assentament d'inscripció (argument ex article 5.2 RD 171/2007).²⁰ Com a segon defecte, la publicitat del protocol no havia estat sol·licitada, segons exigeix l'article 5 RD 171/2007, per l'òrgan d'administració.²¹ En consideració a aquesta circumstància, la resolució declara que «la publicitat que regula l'article 5 RD 171/2007 és una mera publicitat notícia, que dona a conèixer l'existència d'un protocol familiar, però no el seu contingut, que per la seva mateixa definició no enclou la qualificació de les seves clàusules, no genera un efecte de publicitat material, ni molt menys en garanteix el compliment».

Com a segona via, en presentar els comptes anuals, s'hi pot incloure una còpia o testimoni del document públic en què consti el protocol de la societat, que es diposita juntament amb els comptes anuals i es «qualifica» pel registrador, tot i que el document dipositat ha de ser rellevant només als efectes del bon govern de la societat familiar (article 6 i exposició de motius, apartat 16è, del RD 171/2007). No deixa de sorprendre la inidoneïtat del títol en el mitjà emprat per la norma per a la tècnica del simple dipòsit, la qual cosa revela l'obsessió d'aquest Reial decret pel recurs al document públic.²² D'altra banda, quan aquest article es refereix al fet que aquest document és objecte de «qualificació» per part del registrador, no s'ha

²⁰ Luis Fernández del Pozo, El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral, op. cit., p. 202, ja ha fet notar que la norma oblida indicar quin és l'assentament idoni per a aquesta menció registral, i s'avança a la resolució de la Direcció General en suggerir que el més apropiat és un assentament d'inscripció.

²¹ El cas analitzat és certament peculiar. El protocol familiar havia estat signat pel fundador (que era l'administrador únic de la societat) i pels seus quatre fills (segons sembla induir-se dels antecedents, dos dels quals eren fruit d'un matrimoni i els altres dos d'un segon matrimoni). El protocol establia la constitució d'un consell d'administració, amb representació de les dues branques familiars. Tanmateix, el fundador (i administrador únic) va morir abans de presentar-se el protocol al Registre Mercantil. Dos germanastres (que tenien la majoria del capital social) no van respectar el protocol familiar i van designar administrador únic un d'ells, el qual no permetia l'accés del protocol al Registre, ja que aquest protocol col·lidia amb el seu nomenament com a administrador únic. Un dels altres germanastres va presentar el protocol familiar al Registre Mercantil. El registrador assenyala, i la Direcció General confirma, que el fet que el protocol estigués signat per qui era administrador únic en la data de la seva protocol·lització notarial, però ja mort en el moment de presentar el document al Registre, no supleix la necessitat de sol·licitud expressa per part de l'òrgan d'administració inscrit en el Registre (segons exigeix l'article 5.1 RD 171/2007).

²² Així ho critica, amb la seva acostumada finor jurídica, Luis Fernández del Pozo, «El «enforcement» societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado», *Revista de Sociedades* 2007, núm. 29, p. 10/74.

d'entendre en el sentit tècnic-jurídic de la qualificació registral plena (que abasta la legalitat formal del document, la capacitat i legitimació dels atorgants o subscriptors, i la validesa del seu contingut: article 18.2 CCom, article 6 RRM), sinó com a simple qualificació formal, en el sentit que el document s'adequa a la naturalesa d'un protocol familiar (com a document que pot afectar el bon govern de la societat familiar) i que apareix signat pels administradors socials.²³

En fi, com a tercera modalitat de publicitat del protocol (i aquesta sí, amb eficàcia de publicitat material), la inscripció d'acords socials adoptats en execució d'un protocol familiar publicat ha de mencionar expressament aquesta circumstància, i s'exigeix la qualificació prèvia del registrador de l'escriptura d'aixecament a públic dels acords socials en execució del protocol (article 7 RD 171/2007). Com recorda també la ja esmentada resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 30 de setembre de 2008,²⁴ només està emparada per la fe pública registral la modificació estatutària inscrita com a conseqüència de l'execució d'un protocol familiar publicat (article 7 RD 171/2007) i, com a tal clàusula estatutària inscrita, obligaria els socis.

A Catalunya, la importància d'aquestes vies de publicitat del protocol familiar s'incrementa per la circumstància que l'article 431-8.4 CCCat remet a aquestes modalitats de publicitat dels protocols familiars per fer constar al Registre Mercantil l'existència dels pactes successoris que tinguin per finalitat el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar.

b) Contingut del protocol familiar

El protocol familiar té naturalesa negocial²⁵ («un conjunt de pactes subscrits pels socis entre ells o amb tercers amb els qui tenen vincles familiars», indica l'article 2.1 RD 171/2007). Com a tal, el seu contingut queda a l'empara del principi d'autonomia de la voluntat. Segons el mateix article 2.1 RD 171/2007, l'objecte d'aquests pactes es caracteritza per referir-se a una societat mercantil (no cotitzada) en la qual els signants del protocol tinguin un «interès comú amb vista a assolir un model de comunicació i consens en la presa de decisions per regular les relacions entre família, propietat i empresa que afectin l'entitat». D'antuvi, mereix ser criticada la

²³ En aquest sentit també, molt encertadament, Francisco Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», op. cit., p. 75-76.

²⁴ «Familia Álvarez Protocolo Familiar Avantis El Grupo Gedeco». JUR 2008\341776.

²⁵ Sobre aquesta naturalesa negocial del protocol familiar, remeto a l'excel·lent anàlisi de Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 46-82.

tècnica jurídica per la qual s'inclou en una definició normativa aquesta referència final als tres cercles secants (família, propietat i empresa) que integren un dels models explicatius gerencials més coneguts per il·lustrar els conflictes al si de l'empresa familiar.²⁶

A la pràctica, l'estructura i el contingut dels protocols familiars presenten un ampli i divers ventall.²⁷ Òbviament, cal determinar les parts vinculades pel protocol (socis que pertanyen a la mateixa família) i l'objecte del protocol (fonamentalment, les participacions socials o accions que pertanyen als membres de la família).

Entre els pactes més freqüents es troben dos capítols molt característics. D'una banda, els relatius a la composició, funcionament i presa de decisions en els òrgans socials. De l'altra, els pactes sobre drets econòmics: en especial, la política de dividendes; la valoració periòdica de participacions o accions; la institució d'un mercat interfamiliar per a aquestes participacions o accions (els coneguts «bolsíns») per facilitar la separació de socis i assegurar l'obtenció de liquiditat.

Amb relació als òrgans socials, i en el cas que l'òrgan d'administració tingui l'estructura de consell d'administració, els articles 124.2.d) i 185.3.d) RRM [en la redacció donada per la disposició final 2a.2.4 RD 171/2007, i desenvolupant la possibilitat oferta pels articles 114.2.e) i 175.2.e) RRM] permeten que estatutàriament es prevegi la constitució d'un comitè consultiu, que pot tenir una denominació específica en la qual es pot afegir, entre altres adjectius, el mot «familiar».²⁸ Si es considera l'existència d'aquest comitè consultiu, s'ha de determinar en els estatuts: quin òrgan (la junta de socis o l'òrgan d'administració) és el competent per nomenar i revocar el comitè consultiu; la composició i requisits per ser membre d'aquest comitè, i el nombre i la retribució

²⁶ Vegeu també la crítica a aquesta formulació normativa en Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 41-43.

²⁷ Sobre això, entre altres, Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 298-301; Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», en *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa* (coord. Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona), Girona, Documenta Universitaria, 2005, p. 123-147 (p. 133-136); Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 78-82.

²⁸ Precisament amb relació a un cas de societat de responsabilitat limitada familiar que volia dotar-se d'un «consell de família» i d'una «assemblea de família», la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de maig de 2005 (RJ 2005/5539) ja va admetre que, dintre del marc dispositiu de la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada i el principi de lliure autonomia de la voluntat que consagra l'article 12.3 LSRL, es poguessin constituir òrgans socials específics al marge dels establerts legalment, però en tot cas la incorporació d'aquests òrgans a l'estructura de la societat requereix la regulació adequada de llur composició, nomenament, funcions, etc.

dels membres; el funcionament i la manera d'adoptar acords el comitè consultiu; les competències consultives o informatives concretes d'aquest òrgan. Juntament amb aquest comitè consultiu, també es permet que s'institueixi estatutàriament qualsevol altre òrgan amb funció merament honorífica, indicant l'eventual sistema de retribució dels seus membres.

Pel que fa a la presa de decisions en els òrgans socials, és freqüent pactar sindicats de vot com a contingut del mateix protocol familiar, tot i que també es pot establir de manera separada com en qualsevol pacte extraestatutari o pacte parasocial. En virtut d'aquests sindicats de vot els socis s'obliguen, amb caràcter permanent, a votar a la junta de socis (o, si fos el cas, també al consell d'administració) en el sentit que prèviament s'hagi acordat al si del sindicat.

Per garantir el compliment dels pactes inclosos en el protocol familiar, resulta de gran importància la novetat introduïda també per la disposició final 2a.1.3 RD 171/2007, en permetre que es facin constar en les inscripcions registrals «les clàusules penals en garantia d'obligacions pactades i inscrites, especialment si estan contingudes en protocol familiar publicat en la forma establerta en els articles 6 i 7 RD pel qual es regula la publicitat dels protocols familiars» [art. 114.2.a) i 175.2.a) RRM].

2. Previsions estatutàries: restriccions a la transmissió *mortis causa* de participacions socials o accions

a) L'atribució estatutària del dret d'adquisició: requisits

Com a regla general, i com a conseqüència dels drets successoris dels hereus o legataris, se'ls han de transmetre per força les participacions socials o accions de l'herència. A aquest respecte no es pot demanar més claredat a l'article 32.1 LSRL: «L'adquisició d'alguna participació social per successió hereditària confereix a l'hereu o legatari la condició de soci.»

Nogensmenys, aquesta regla no és absoluta, ja que —com a punt d'equilibri entre els drets hereditaris i l'interès de la societat d'impedir que esdevinguin socis persones estranyes o no desitjades— l'ordenament societari permet atribuir estatutàriament a la resta de socis sobrevivents (o, subsidiàriament, a la mateixa societat) un dret d'adquisició (dret de rescat o dret d'opció) sobre les participacions o accions del causant. Aquesta restricció estatutària a la transmissibilitat *mortis causa* d'accions o de participacions socials es recull en l'article 64.1 LSA i en l'article 32.2 LSRL, que disciplinen els requisits per establir aquest dret estatutari

d'adquisició (i com a tal «dret d'adquisició» ho qualifica expressis verbis l'article 32.2 LSRL).²⁹

Aquest dret d'adquisició es pot reforçar mitjançant el compromís incorporat al protocol familiar de disposar testamentàriament de les participacions socials (o accions) únicament a favor de les persones que poden adquirir-les de conformitat amb els estatuts socials.³⁰ A més, si hi ha diferents branques familiars, i a fi de mantenir els percentatges de participació en el capital que corresponguin a cada branca familiar, aquest dret d'adquisició es pot atribuir de manera fragmentària i progressiva: primer, a la resta de socis de la mateixa branca familiar del transmissor; després, als socis de la resta de branques familiars; finalment, als eventuals socis que no pertanyin a ninguna de les branques familiars i, a falta d'uns o altres, a favor de la mateixa societat.³¹ Amb aquesta finalitat, es poden organitzar les participacions socials (o accions) en classes diferents.

Per centrar-nos en els requisits que s'han de complir en establir estatutàriament aquest dret d'adquisició, les exigències legals giren entorn a l'element més conflictiu d'aquesta matèria: la determinació del valor de les accions o participacions socials.

b) La determinació del valor raonable

En primer lloc, les accions o participacions socials en qüestió s'han d'apreciar per llur valor raonable. El moment al qual es refereix aquesta determinació del valor raonable canvia segons es tracti d'accions, per a les quals s'acudeix al criteri del moment en què l'hereu o legatari va sol·licitar la inscripció de la transmissió al llibre registre d'accions nominatives (article 64.1.I LSA), o de participacions socials, per a les quals s'opta pel valor raonable que tinguessin les participacions socials el dia de la mort del soci (article 32.2 LSRL).

²⁹ La mateixa expressió terminològica («dret d'adquisició») es recollia ja en l'article 174.11a del Reglament del Registre Mercantil de 1989 [aprovat pel RD 1597/1989, de 29 de desembre (BOE núm. 313, de 30 de desembre; correcció d'errades: BOE núm. 8, de 9 de gener de 1990)], seguint l'empremta de l'article 21.II LSRL de 1953 [Llei de 17 de juliol de 1953, sobre règim jurídic de les Societats de Responsabilitat Limitada (BOE núm. 199, de 18 de juliol; correcció d'errades BOE núm. 227, de 15 d'agost)] que es referia al «dret a adquirir».

³⁰ Així també, Juan Grima Ferrada, «Pactos entre socios familiares», op. cit., p. 159; Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 137.

³¹ En el mateix sentit, Juan Grima Ferrada, «Pactos entre socios familiares», op. cit., p. 149.

En segon lloc, i aquí hi ha el problema principal, s'ha de precisar què s'entén per valor raonable i qui el determina. Naturalment aquesta qüestió es planteja quan no hi ha acord entre les parts (els successors del causant, d'una banda, i la societat, de l'altra) sobre aquests aspectes: així ho assenyalen l'article 32.2 LSRL³² i l'apartat 4.c) de la resolució de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes (ICAC) de 23 d'octubre de 1991.³³

En cas de controvèrsia, i pel que fa a la persona que ha de determinar aquest valor raonable, ha de ser un auditor de comptes, distint a l'auditor que pugui tenir la societat. Ara bé, el subjecte que designa aquest auditor és diferent, segons es tracti de valorar accions en una societat anònima o de participacions en una societat de responsabilitat limitada. En el cas de les societats anònimes, l'auditor ad hoc és nomenat pels administradors socials, a sol·licitud de qualsevol interessat (article 64.1.II LSA).³⁴ Però tractant-se d'una societat limitada, aquest auditor de comptes ha de ser designat pel registrador mercantil del domicili social a sol·licitud de la societat o de qualsevol dels socis titulars de les participacions que hagin de ser valorades (article 32.2 LSRL, que remet a l'article 100 LSRL).

i) Funció de l'auditor

La funció d'aquest auditor no és emetre una opinió, sinó determinar un valor de transmissió sobre la base del seu judici, com a expert independent en assumptes comptables, econòmics i financers (apartat 8 de l'esmentada resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991). I l'apartat 9 de la mateixa resolució afegeix que, en aquest entorn, l'auditor actua efectivament com un àrbitre.

Nogensmenys, aquesta darrera afirmació ha estat molt controvertida recentment en les sentències dictades en la nissaga «El Corte Inglés», en delimitar l'abast de la revisió jurisdiccional de la valoració feta per l'auditor al voltant de l'aplicació de la clàusula estatutària restrictiva de la lliure transmissió d'accions. En un dels plets, la sentència de l'Audiència

³² La redacció actual d'aquest apartat prové de la Llei 7/2003, d'1 d'abril, de la societat limitada Nova Empresa, per la qual es modifica la Llei 2/1995, de 23 de març, de Societats de Responsabilitat Limitada (BOE núm. 79, de 2 d'abril).

³³ Resolució de 23 d'octubre de 1991, de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes, per la qual es publica la Norma Tècnica d'elaboració de l'informe especial en els supòsits establerts en els articles 64, 147, 149 i 225 del Text Refós de la Llei de Societats Anònimes (BOICAC núm. 7; BOE de 17 de desembre de 1991).

³⁴ La redacció vigent d'aquesta norma procedeix de la Llei 44/2002, de 22 de novembre, de mesures de reforma del sistema financer (BOE núm. 281, de 23 de novembre).

Provincial de Madrid (secció 28a) de 29 de juliol de 2008³⁵ es fa ressò de la crítica a la norma tècnica publicada per la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991, pel que fa a la consideració —que acabem de recordar— que l'auditor actua com a àrbitre (apartat 9 de la resolució); afirmació que la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid titlla d'una simple imprecisió, ja que —rectament entesa— aquesta funció de l'auditor consisteix en un arbitri de determinació (concretament de la determinació del preu: article 1447 del Codi civil), i és de naturalesa objectiva, atès que requereix que l'auditor s'ajusti a determinades regles en fer la seva valoració. En suma, aquesta sentència de l'Audiència Provincial madrilenya entén que l'auditor actua, no com a àrbitre, sinó com a arbitrador, per la qual cosa la seva decisió és impugnabile (ex articles 1690, 1447 i 1714 del Codi civil) i revisable pel tribunal quan l'auditor ha incomplert la *lex artis*. L'abast de la revisió d'aquest arbitri objectiu té efectes no anul·latoris, sinó revisors, de manera que es pot modificar el preu fixat incorrectament, tot mantenint el negoci la seva eficàcia, però les parts queden obligades a complir-lo segons el valor resultant de la revisió.

Tanmateix, en un cas paral·lel, s'afirma una consideració més estreta i limitada de les possibilitats de l'esmentada revisió jurisdiccional en la sentència del Jutjat Mercantil de Madrid (núm. 7) de 14 de juliol de 2008,³⁶ en sostenir que «aquesta revisió jurisdiccional té un caràcter restrictiu i només resulta pertinent en aquells casos en què la tasca de valoració s'ha efectuat infringint manifestament la *lex artis*, quan s'han vulnerat de manera grollera els estàndards propis de la professió [...] quan els resultats assolits resultin clamorosament extravagants o manifestament desvirtuats». En el cas, aquesta sentència considera que la valoració feta per l'auditor designat pels administradors socials no presenta els caràcters d'extravagància o irracionalitat que afavoririen la seva revisió jurisdiccional; ans, la sentència afirma que l'informe fet per aquest auditor s'ajusta als procediments reglats per la norma tècnica d'auditoria, s'ha elaborat segons la *lex artis*, està suficientment documentat i ofereix un resultat que està plenament dintre dels paràmetres encunyat per les normes tècniques.

³⁵ Magistrat ponent: Rafael Sarazá Jimena. «César Carlos Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Rotllo d'apel·lació núm. 402/2007. Diario La Ley núm. 7039, de 22 d'octubre de 2008.

³⁶ Magistrat: Andrés Sánchez Magro. «Ramón, M^a Jesús y M^a del Rosario Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Diario La Ley núm. 7004, de 3 de setembre de 2008.

ii) Mètodes de valoració

Amb relació als mètodes de valoració més usuals o generalment utilitzats, els apartats 6 i 7 de la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991 es refereixen, amb caràcter orientatiu, als quatre mètodes següents: valor de cotització en borsa, valor de l'actiu net real, valor de capitalització de resultats i valor actual de fluxos monetaris nets.

Precisament l'adequació i aplicació de la metodologia emprada per determinar el valor raonable de les accions és una altra de les grans qüestions que es plantegen i resolen amb detall —tot i que sostenint criteris força oposats— en les ja esmentades sentències de la nissaga «El Corte Inglés».

Així, d'una banda, la ja comentada sentència de l'Audiència Provincial de Madrid (secció 28a), de 29 de juliol de 2008,³⁷ revoca la dictada pel Jutjat Mercantil de Madrid (núm. 3) de 14 de març de 2007,³⁸ en revisar si la valoració donada per l'auditor designat pels administradors i l'efectuada per uns pèrits (en concret, uns professors, a instància de l'accionista demandant) s'ajusten o no a la *lex artis*. La sentència de l'Audiència Provincial de Madrid parteix del caràcter orientatiu dels quatre mètodes de valoració que ofereix la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991, per reafirmar que aquesta norma tècnica atorga a l'auditor la possibilitat d'escollir de manera no arbitrària entre els diversos mètodes de valoració. Ara bé, dit això, i pel que fa a l'actuació de l'auditor designat pels administradors, la sentència de l'Audiència Provincial madrilenya considera que l'elecció dels mètodes de valoració feta per l'auditor (el mètode de valor de l'actiu net real, combinat amb el «mètode de transaccions comparables») és raonable, però no ho és la manera en què l'auditor utilitza aquests mètodes. Així, concretament amb relació al mètode de valor de l'actiu net real, la sentència de l'Audiència entén que no ha estat raonable (i, per tant, s'ha de considerar arbitrària) l'exclusió de qualsevol variació en el valor teòric comptable per calcular el valor real de l'acció: en concret,

³⁷ Magistrat ponent: Rafael Sarazá Jimena. «César Carlos Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Rotllo d'apel·lació núm. 402/2007. Diari La Ley núm. 7039, de 22 d'octubre de 2008.

³⁸ Magistrada: Miriam Iglesias García. «César Carlos Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Judici ordinari núm. 406/2005. AC 2007\454. Aquesta sentència del Jutjat Mercantil núm. 3 de Madrid havia considerat que el valor fixat per l'auditor designat pels administradors (per import d'uns 37,5 milions d'euros) no es corresponia amb el valor real, però, en canvi, havia validat la valoració feta pels experts designats pel demandant (els quals, aplicant el mètode de valor actual de fluxos monetaris nets, havien fixat aquest import en més de 98,5 milions d'euros). Per tant, la sentència va condemnar El Corte Inglés, SA a complir forçosament el procediment de transmissió d'accions establert estatutàriament i, atès que havia exercitat el dret d'adquisició preferent, va condemnar El Corte Inglés, SA a adquirir les accions del demandant per la suma dinerària de 98.520.524,80 euros.

la correcció derivada de plusvàlues significatives de certs elements de l'actiu (com ara la marca «El Corte Inglés» o els immobles) que per la seva magnitud no poden considerar-se insignificants, ja que excedeixen els marges utilitzats en l'aplicació del principi d'importància relativa. I quant al que es refereix a l'anomenat «mètode de transaccions comparables», l'aplicació és també incorrecta, perquè l'auditor havia fet la comparació amb transmissions d'accions de directius segons una política de la societat de vendre accions al personal directiu a preu bonificat (un 20% inferior al valor teòric comptable no consolidat) i amb un pacte de recompra pel valor teòric comptable resultant del balanç no consolidat, mentre que —al contrari— l'accionista que en el cas analitzat volia transmetre les seves accions no les va adquirir com a conseqüència de l'esmentada política de la societat, sinó per herència de son pare (i per dissolució de la societat patrimonial constituïda per la seva família per a la tinença d'accions de la societat) i l'accionista en qüestió tampoc no és directiu ni conseller de la societat. No mereix un judici millor per a la sentència la valoració duta a terme pels experts designats per l'accionista demandant, que havien utilitzat el mètode de valor actual de fluxos de caixa descomptats, ja que l'Audiència Provincial de Madrid tampoc no considera fiables les hipòtesis de futur que van servir als experts, en triar un horitzó temporal concret (els anys 2005-2015) i una taxa de descompte determinada per utilitzar aquest mètode; no utilitzen dades fiables, sinó simplement aproximatives, i tampoc no apliquen cap mena de correcció per prima d'il·liquiditat. En conseqüència, la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid decideix que no pot condemnar-se la societat a adquirir a l'accionista demandant les seves accions pel valor raonable fixat en l'informe pericial que va aportar amb la demanda, ja que no s'admet la fixació del valor raonable efectuada en aquest informe, ni tampoc el tribunal disposa dels elements necessaris per fixar aquest valor en execució de sentència (ja sia amb el mètode del valor actual de fluxos monetaris nets sobre paràmetres menys discutibles que els emprats pels experts, ja sia amb el mètode del valor de l'actiu net real, utilitzant índexs de revaloració fiables dels immobles i de la marca, amb aplicació d'una prima d'il·liquiditat correcta), ja que això excediria una simple operació aritmètica (l'única que permet l'article 219.2 de la Llei d'enjudiciament civil), i el demandant va consentir la desestimació del pediment relatiu a què el valor fos fixat per un auditor designat pel Registre Mercantil, i no va formular cap pediment alternatiu per fer la valoració.

Tanmateix, en l'altre procés paral·lel, la també esmentada sentència del Jutjat Mercantil de Madrid (núm. 7) de 14 de juliol de 2008³⁹ valida la valoració efectuada per l'auditor nomenat pels administradors socials,

³⁹ Magistrat: Andrés Sánchez Magro. «Ramón, M^a Jesús y M^a del Rosario Areces Fuentes c. El Corte Inglés SA». Diario La Ley núm. 7004, de 3 de setembre de 2008.

basada en el mètode del valor de l'actiu net real, juntament amb un altre no expressament establert per la norma tècnica i que l'auditor anomena «mètode de transaccions comparables». Caldrà esperar el resultat del recurs d'apel·lació contra aquesta sentència.

iii) El pacte estatutari i unànime de determinació prèvia del valor raonable

Ara bé, tot i que —a falta d'acord entre les parts— aquesta determinació del valor raonable de les accions o participacions socials l'ha de dur a terme un auditor de comptes distint de l'auditor de la societat (i, com ja s'ha indicat, és una exigència de compliment obligat en les transmissions mortis causa), i tenint en compte els esmentats mètodes de valoració referits a la resolució de l'ICAC de 23 d'octubre de 1991, amb el RD 171/2007 s'ha incorporat al nostre ordenament un ampli marge per a l'autonomia estatutària en determinar aquesta valoració de les accions o participacions socials.

En efecte, sobre aquest punt resulta d'una importància particular la previsió introduïda per la disposició final 2a.1.3 RD 171/2007, en donar una nova redacció als articles 114.2.b) i 175.2.b) RRM, i permetre que s'inscrigui en el Registre Mercantil «l'establiment per pacte unànime entre els socis dels criteris i sistemes per a la determinació prèvia del valor raonable de les accions o participacions socials establerts per al cas de transmissions «inter vivos» o «mortis causa»», com també (en el cas de les participacions socials) per al supòsit d'obligació de transmetre segons el que disposa l'article 188.3 RRM.

Cal notar que, per incorporar aquestes regles valoratives ex ante, aquestes innovadores normes reglamentàries exigeixen la unanimitat. En qualsevol cas, significa un notable avenç el reconeixement normatiu pel qual es permet la inscripció registral d'aquests pactes, tot i que alguns registradors mercantils molt sensibilitzats amb les necessitats de la pràctica ja ho admetien.

Tanmateix, aquesta nova redacció dels articles 114.2.b) i 175.2.b) RRM i, en particular, la referència als «criteris i sistemes per a la determinació prèvia del valor raonable de les accions o participacions socials» no atresora la claredat desitjable. Malgrat que la qüestió no queda resolta diàfanament en aquestes normes, s'ha d'entendre que, mitjançant la clàusula estatutària corresponent (aprovada per unanimitat), s'admet la renúncia anticipada del soci al dret patrimonial d'obtenir el valor raonable de les seves accions o participacions socials en els supòsits indicats. En conseqüència, el soci se sotmet als criteris o sistemes lícits [és a dir, amb respecte als límits de l'autonomia de la voluntat (article 1255 CC), i sense infringir la prohibició del pacte lleoní (ex

article 1691 CC)] establerts estatutàriament per fixar el preu de les accions o participacions, tot i que açò signifiqui un descompte sobre el valor raonable. Òbviament aquest pacte estatutari vincula també els posteriors adquirents o subadquirents de les accions o participacions socials.⁴⁰

c) Altres requisits

En fi, per al cas de les participacions socials, hi ha dos requisits addicionals en el règim d'aquest dret d'adquisició. D'una banda, el preu s'ha de pagar necessàriament al comptat.⁴¹ I, en segon lloc, el dret d'adquisició s'ha d'exercir en el termini màxim de tres mesos, des de la comunicació a la societat de l'adquisició hereditària (article 32.2 LSRL).

IV. INSTRUMENTS JURÍDICO-SUCCESSORIS

1. Previsions testamentàries

a) Patrimoni empresarial, protocol familiar i estatuts socials

D'antuvi, i a fi que el testador pugui ordenar més clarament les atribucions patrimonials amb previsions tendents a assegurar el manteniment de l'empresa familiar, resulta molt convenient que en el testament es parteixi de la distinció entre el patrimoni empresarial i el patrimoni no empresarial, agrupant amb suficient precisió en cada categoria els diversos elements de l'herència. La pràctica professional coneix molts casos en què s'opera així.⁴² Tanmateix, el valor d'aquestes fraccions patrimonials pot ser molt canviant

⁴⁰ Segueixo, doncs, la tesi defensada per Luis Fernández del Pozo, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, op. cit., p. 123-131. Tanmateix, Francisco Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», op. cit., p. 81-86, es mostra contrari a la lliure negociabilitat de valor de l'acció o participació social, i considera que l'abast d'aquest pacte unànim es limita als «criteris i sistemes», i no comprèn la «determinació prèvia del valor raonable».

⁴¹ L'excepcionalitat d'aquesta norma que imposa el pagament al comptat en les restriccions estatutàries a les transmissions mortis causa de participacions socials s'apunta ja en la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 23 de maig de 1998 (RJ 1998\4457), per admetre en les restriccions a la lliure transmissibilitat inter vivos de participacions socials les clàusules estatutàries d'ajornament que no contradiguin els principis configuratius de la societat de responsabilitat limitada i resultin compatibles amb la composició raonable d'interessos dels socis (a realitzar sense dilacions el valor de les seves participacions) i de la societat (al qual respon la limitació legal i estatutària de la transmissibilitat de les participacions socials).

⁴² Ho acredita un expert professional d'aquesta praxis: Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 142.

en el temps i, de vegades (particularment en èpoques com l'actual de crisi econòmica severa), es produeixen situacions sorprenents.

Feta aquesta distinció entre masses patrimonials, les solucions dispositives poden ser diverses. Així, hom pot prellegar (article 427-5 CCCat) el patrimoni personal als successors, i instituir-los hereus en el patrimoni empresarial (i entre ells, si les circumstàncies personals concretes ho aconsellen, es pot instituir algun hereu fiduciari). Una altra solució pot ser instituir hereus en el patrimoni no empresarial, mentre que per al patrimoni empresarial es pot disposar per via de llegats; així es permet establir condicions de tota classe (també resolutòries), evitant els problemes que d'una altra manera podrien derivar del principi de perdurabilitat de la institució d'hereu, que estableix l'article 423-12.1 CCCat, que recull el tradicional i ben conegut brocard «semel heres, semper heres» (D. 28, 5, 88).

En segon lloc, s'ha de tenir una cura especial a coordinar les disposicions testamentàries amb les previsions fetes en el protocol familiar sobre la successió en l'empresa familiar. A més, i per assegurar la vinculació al protocol, es pot ordenar als successors en el testament l'adhesió al protocol.⁴³

De la mateixa manera, el causant pot imposar que, al més aviat possible a partir de la data de la seva mort, tots els successors celebrin una junta general de socis i votin a favor de l'aprovació dels estatuts socials elaborats pel testador (i que incorpora el testament), així com votin a favor d'una determinada composició de l'òrgan d'administració. De manera que, si algun successor no compleix alguna d'aquestes exigències, s'entén que opta per percebre només el que per llegítima li correspongui, i la resta acreix els successors que hagin votat a favor dels esmentats acords. És una aplicació concreta de la coneguda cautela socini, gualdense o angèlica, que recull ara l'article 451-9.2 CCCat.

b) Disposicions a favor del cònjuge (o convivent) vidu: usdefruit d'accions o participacions socials

A fi que el cònjuge (o el convivent) pugui mantenir el nivell de vida de què gaudia durant la convivència, és freqüent que el causant constitueixi en el testament un usdefruit d'accions o participacions socials a favor del cònjuge (o convivent) vidu.

⁴³ Cautela que ja indicava també Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 303.

En aquest cas, pot considerar-se la conveniència de limitar el dret de l'usufructuari únicament als dividendes acordats per la societat durant l'usdefruit (article 67.1.I LSA, article 36.1 LSRL), excloent que —un cop finalitzat l'usdefruit— l'usufructuari pogués exigir al nu propietari l'increment del valor experimentat per les accions o participacions usufructuades que correspongués als beneficis propis de l'explotació de la societat integrats durant l'usdefruit en les reserves expresses que figurin en el balanç de la societat. Altrament, aquest dret de l'usufructuari (amb l'obligació corresponent per al nu propietari) es deduiria de la previsió continguda en l'article 68.1 LSA (al qual remet també l'article 36.3 LSRL), la qual cosa pot provocar situacions problemàtiques a la pràctica.⁴⁴ A més, l'exercici de la resta de drets (assenyaladament, els drets polítics) correspon al nu propietari, i s'ha de tenir cura que aquesta regla no es contradigui als estatuts socials (article 67.1.I LSA, article 36.1 LSRL).

Ara bé, per tal d'assegurar un dividend mínim anual al vidu si hi ha guanys distribuïbles, el causant també pot imposar en el testament que, per votar en l'acord de la junta general sobre l'aplicació de resultat, el nu propietari hagi de sol·licitar prèviament instruccions a l'usufructuari sobre el sentit del seu vot en aquest acord específic i votar en conseqüència.

c) Algunes prevencions en l'atribució del patrimoni empresarial als descendents

i) Fideïcomís

Com ja s'ha apuntat [supra IV.1.a)], en instituir hereus en el patrimoni empresarial del testador, i davant de circumstàncies particulars, pot resultar molt aconsellable ordenar el fideïcomís d'herència sobre la quota corresponent del patrimoni empresarial.⁴⁵

Més encara, tot i la previsió de l'article 426-26.3.a) CCCat (que en relació amb les accions i les participacions socials atribueix al fiduciari no sols els dividendes acordats per la societat mentre dura el fideïcomís, sinó també l'exercici de «tots els drets que la llei i els estatuts socials reconeixen als

⁴⁴ En el mateix sentit, Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 303-304.

⁴⁵ Quant a la utilitat pràctica de la substitució fideïcomissària en aquest àmbit: Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 304; Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 144-145. Per a una consideració des de la perspectiva del dret comú: Antonio Huerta Troles, «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* 2003, núm. 27 (número monogràfic: El cambio generacional en la empresa familiar), p. 39-86 (p. 84-85).

socis»), sembla possible que el fideïcomitent atribueixi a algun o alguns dels altres successors (excloent-ne, per tant, el fiduciari) l'exercici dels drets polítics corresponents a les accions o participacions socials incloses en el patrimoni fideïcomès.

I, naturalment, el causant pot prohibir expressament el dret de l'hereu fiduciari a detreure la quarta trebel·liànica (art. 426-31.1 CCCat).

Així mateix, el fideïcomitent pot imposar que el fiduciari només pugui disposar dels béns fideïcomesos si disposa de l'autorització expressa de determinades persones (ex art. 426-37.2 CCCat). Però, ja que la raó d'aquestes previsions és mantenir la unitat del patrimoni familiar empresarial, també sembla raonable que el fideïcomitent autoritzi el fiduciari perquè pugui disposar dels béns fideïcomesos, si algun altre successor duu a terme actes de disposició sobre béns compresos en la seva quota hereditària del patrimoni empresarial.

ii) Administració de la comunitat hereditària

En l'àmbit de l'empresa familiar les situacions de comunitat hereditària sovint provoquen conegudes ineficiències o no menys enfrontaments freqüents entre cohereus. Per evitar aquests problemes, resulta força convenient establir en el testament el règim d'administració i representació dels béns que formen el patrimoni empresarial mentre duri la comunitat hereditària.⁴⁶ Amb aquesta finalitat, el causant pot designar la persona especialment legitimada per administrar l'herència, segons el que estableix l'article 463-4.1 CCCat.

Resulta particularment interessant connectar aquesta previsió amb la seva translació als estatuts socials, per subratllar la novetat que comporta el nou article 188.5.II RRM (apartat introduït per la disposició final 2a.7 RD 171/2007). Aquesta norma permet que els estatuts socials estableixin, d'acord amb la legislació civil aplicable, la designació d'un representant per a l'exercici dels drets socials constant la comunitat hereditària, si així es va establir en el títol successori.

iii) Marmessoria

En aquesta mateixa línia d'evitar conflictes entre els successors amb relació a la interpretació, abast i execució de les disposicions testamentàries o la partició hereditària, resulta molt convenient que el causant designi

⁴⁶ El consell ja el formulava Jorge Alberto Rodríguez Aparicio, «El protocolo familiar», op. cit., p. 305.

marmessors. A més, es pot facultar els marmessors per actuar com a àrbitres, en el cas que els esmentats conflictes es produeixin.

Pel que fa a la designació de marmessors, pot ser prudent nomenar també subjectes que exerceixen la marmessoria professionalment i amb independència de la família. I més prudent és encara limitar llur remuneració només al reemborsament de les despeses i els honoraris meritats per la prestació d'aquests serveis professionals (ex articles 429-5.1 i 429-6.2 CCCat).

Entorn a l'estatut jurídic del marmessor cal fer notar el silenci del llibre quart del Codi civil de Catalunya sobre un element fonamental: les regles de responsabilitat del marmessor. Només en referir-se a les causes de remoció del marmessor, l'article 429-14 CCCat al·ludeix a la «conducta dolosa o greument negligent». Cal qüestionar-se, doncs, si aquestes han d'entendre's també com les úniques estructures d'imputació de responsabilitat, la qual cosa significaria que seria suficient la culpa lleu (ni molt menys la culpa molt lleu). No sembla raonable aquesta equiparació entre les causes legals de remoció i les estructures d'imputació de responsabilitat al marmessor per l'incompliment de les seves obligacions; responsabilitat que rectament ha de regir-se per les regles generals del dret comú. Aquesta conclusió encara resulta més evident quan la marmessoria és exercida professionalment.

Si s'opta per una marmessoria amb composició plural, és convenient establir que l'actuació serà col·legiadament, les regles de funcionament i la seva durada.

2. Pactes successoris

Tot i que actualment es troba en desús a Catalunya, la successió contractual pot ser una eina molt útil per organitzar la transmissió de l'empresa familiar.⁴⁷ I hom intueix que a la tradició capitular i notarial catalana en aquesta matèria se li pot treure una gran aplicació pràctica, pel seu encaix amb l'esperit de l'empresa familiar. Açò pot significar un avantatge comparatiu davant la prohibició secular dels pactes successoris en el dret comú (tot seguint la tradició del dret romà i la seva preferència per la successió testada), malgrat la tímida reforma introduïda en el Codi civil per la Llei 7/2003.⁴⁸

⁴⁷ Sobre això, Joan Egea Fernández, «Protocol familiar i pactes successoris» *InDret* 3/2007 (www.indret.com), p. 1-33 (especialment p. 10-14, 19-25); també, Carlos Gortázar Lorente, «Derecho y empresa familiar: el protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo», op. cit., p. 142-144.

⁴⁸ Com és ben sabut, la Llei 7/2003 també ha modificat l'article 1271.II CC, que ara permet celebrar pactes sobre l'herència futura que tinguin per objecte la divisió inter vivos

Certament, amb aquesta classe de delació de l'herència es permet plantejar i resoldre, ja en vida dels titulars actuals de l'empresa (progenitors, germans o en general els parents dins el cercle d'atorgants que estableix l'article 431-2 CCCat), la qüestió de la successió en l'empresa i avançar el compromís dels descendents en la continuïtat empresarial. En suma, ofereix tots els avantatges d'anticipar la successió.

Ja hem apuntat (supra I.3) que el règim dels pactes successoris al llibre quart del Codi civil català té molt present la seva aplicació en la transmissió mortis causa de l'empresa familiar.

Així, en justificar la regla per la qual es determina el perímetre de subjectes que poden intervenir en el pacte, s'afirma que «és prou oberta per emparar els pactes que a vegades s'estipulen en ocasió de la transmissió d'empreses familiars, en els quals poden arribar a intervenir diverses generacions de parents en línia recta i altres membres de la família extensa» (preàmbul IV, apartat 2n, CCCat).

I diverses són les normes en la disciplina dels pactes successoris que directament consideren l'empresa familiar. Molt especialment, en exemplificar alguna de les finalitats que, si escau, s'han de fer constar en el pacte successori, l'article 431-6.2 CCCat al·ludeix (i només s'indiquen aquestes finalitats) al «manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar» (o «la transmissió indivisa d'un establiment professional»). En aquesta causalització del pacte successori (en el manteniment de l'empresa familiar) hi ha precisament la seva utilitat pràctica. Si aquesta és la finalitat, el pacte pot gaudir de la publicitat registral establerta per al protocol familiar (article 431-8.4 CCCat), sobre la qual insistiré tot seguit.

Així mateix, tractant-se d'un heretament amb aquesta finalitat, es pot pactar la necessitat de disposar del consentiment exprés de l'instituit (si és atorgant) o de tercers per a la transmissió onerosa de l'empresa (o de les accions o participacions socials —com succeeix en la immensa majoria dels casos, en què l'empresa s'organitza en forma de societat-) i la renúncia al dret de subscripció preferent (o, tractant-se de participacions socials, dret d'assumpció preferent, que —per un oblit— omet la norma): article 431-25.2 CCCat. Més encara, la mateixa norma permet també que en aquests

del cabal hereditari i altres disposicions particionals segons el que disposa l'article 1056 CC. En aquest sentit se suma al reduït catàleg de pactes successoris admesos en el dret comú: les donacions de béns futurs en capítols abans del matrimoni, per al cas de mort, i en la mesura marcada per les normes sobre la successió testada (article 1341.II CC); o en el règim de les millores (articles 826, 827 i 831 CC). D'altra banda, l'admissió anterior dels pactes successoris de l'agricultor amb el col·laborador, establerta en els articles 16-20 de la Llei 49/1981, de 24 de desembre, de l'estatut de l'explotació agrària familiar i dels joves agricultors, no va tenir cap ressò a la pràctica; aquella Llei va ser derogada per la Llei 19/1995, de 4 de juliol, de modernització de les explotacions agràries.

heretaments s'estableixin regles sobre l'administració de l'empresa familiar per l'heretant o l'hereu, i arriba a admetre que aquestes regles s'incloguin en els estatuts socials i es publiquin al Registre Mercantil. Suposo que aquesta misteriosa norma vol referir-se a regles sobre l'estructura i composició de l'òrgan d'administració, amb el benentès que en tot cas ha de respectar les normes legals sobre l'àmbit del poder de representació dels administradors (article 129 LSA, article 63 LSRL) i l'atribució i distribució legals de competències orgàniques.

D'altra banda, la connexió íntima entre el pacte successori i el protocol familiar se subratlla en l'article 431-7.1 CCCat, que estableix que «l'escriptura del pacte successori pot contenir també estipulacions pròpies d'un protocol familiar».

A més, si el pacte recau sobre accions nominatives o participacions socials, l'article 431-8.3 CCCat permet que el pacte s'inscrigui (ja en vida del causant) en el llibre registre d'accions nominatives (article 55 LSA) o en el llibre registre de socis (article 27 LSRL).

Pel que fa a la publicitat dels pactes successoris que tinguin per finalitat el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar, l'article 431-8.4 CCCat permet que es faci constar llur existència al Registre Mercantil «amb l'abast i de la manera que la llei estableix per a la publicitat dels protocols familiars». Aquesta al·lusió a la «lleï» és clar que es refereix al RD 171/2007. Com ja s'ha indicat [supra III.1.a)], hi ha dues modalitats de publicitat registral que només tenen un abast formal o de mera publicitat notícia: la constància registral de la simple existència del protocol, amb referència a les seves dades identificatives, però no al contingut del protocol (article 5 RD 171/2007), i el dipòsit del protocol (o de part d'ell) en ocasió de la presentació dels comptes anuals per al dipòsit registral (article 6 del RD 171/2007). I la tercera manera d'accés registral, que és l'única amb efecte de publicitat material, és amb la inscripció d'acords socials adoptats en execució d'un protocol familiar publicat (article 7 RD 171/2007).

D'altra banda, convé tenir en compte que aquest Reial decret no s'aplica a les societats anònimes cotitzades (article 1 RD 171/2007). En conseqüència, no poden gaudir d'aquestes modalitats de publicitat registral els pactes successoris que es refereixen a una empresa cotitzada.

3. El problema de les donacions en la successió de l'empresa familiar

Tot i els grans estímuls fiscals per a les donacions d'empresa (lato sensu, incloent-hi les accions o participacions socials en el model de freqüència de l'empresa organitzada en forma de societat), les donacions presenten el

gran inconvenient de les regles de còmput de la llegítima: concretament, la previsió de l'article 451-5.c) CCCat, que fa que hom no sàpiga si la donació és definitiva, ni quin serà el seu import. Malgrat que només es computen els béns donats pel causant en els deu anys anteriors a la seva mort [article 451-5.b) CCCat], el problema està en el fet que el còmput s'ha de fer pel valor que tinguin en el moment de la mort del causant [article 451-5.c) CCCat], amb independència de la data de la donació [de nou, article 451-5.b) CCCat].

Sembla obvi que la regla de l'article 451-5.c) CCCat no està pensant en una empresa, sinó en un immoble. L'aplicació estricta de la regla significaria que l'increment de valor de l'empresa degut als esforços i habilitats empresarials del donatari beneficiaria tota la resta dels legitimaris.

Vegem-ho amb un exemple en xifres redones. Deu anys abans de morir, un pare que té cinc fills dona l'empresa, que val 10, a un dels fills. Quan mor el pare, l'empresa val 110, i la resta del patrimoni no empresarial del pare té un valor net de 10. No sembla lògic que la base de còmput de la quantia de la llegítima fos 120 (i la quantia de la llegítima fos 30, corresponent 6 a cada fill).

Per això, la regla s'hauria de modular en el sentit que l'empresa donada s'hauria de valorar en la data de la mort del causant, però en l'estat en què es trobava en el moment de la donació. En l'exemple: la quantitat base per computar la llegítima seria 20 (la quantia de la llegítima és de 5, i l'import de les llegítimes individuals és d'1).

Una altra solució que se'ns acudeix podria ser el pacte de renúncia al possible suplement de la llegítima que estableix l'article 451-26.2.c) CCCat, com a excepció a la prohibició general de renúncia a la llegítima futura. Aquesta norma reconeix vàlida al pacte (atorgat en escriptura pública) entre ascendents i descendents estipulat en pacte successori o en donació, en virtut del qual el descendent que rep del seu ascendent béns o diners en pagament de llegítima futura renuncia al possible suplement. Tot i que aquesta renúncia es pot rescindir per lesió en més de la meitat del valor just de la llegítima, per a aquesta rescissió s'ha de tenir en compte l'import que tindria la llegítima del renunciant en la data en què s'ha fet, i l'acció caduca als quatre anys des de l'atorgament del pacte (art. 451-26.3 CCCat).

Fent ús d'aquest excepcional pacte, i per igualar els legitimaris, es pot pensar en una donació en pagament de la llegítima i amb pacte de renúncia al complement de llegítima. Si aquest donatari rep més de la meitat d'allò que li correspondria per llegítima en el moment de la donació, desapareix el problema apuntat de còmput de la llegítima de l'article 451-5.c) CCCat. I si rep menys d'aquest import i passen quatre anys (des de l'atorgament del pacte) sense que el descendent exerciti l'acció rescissòria, aquesta caduca.

QUARTA PONÈNCIA
LA SUCCESSION INTSTADA I LES
ATRIBUCIONS LEGALS

LA SUCESIÓN INTESTADA INCORPORADA AL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA (PRINCIPIOS-INNOVACIONES)*

M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO CALERA

CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES GENERALES. 1. Los principios del sistema. 2. Delimitación de la sucesión intestada. II. REGLAS BÁSICAS. 1. Cuando procede. 2. El parentesco. III. EL ORDEN SUCESORIO. 1. La sucesión de los descendientes. 2. La sucesión del cónyuge y pareja superviviente. 2.1 Enumeración de los derechos. 2.2 La igualación del cónyuge viudo y la pareja estable. 2.3 ¿Qué tiene la consideración de unión no matrimonial? 2.4 El usufructo universal. 3. La sucesión de los ascendientes. 4. La sucesión de los colaterales. 5. La sucesión de la Generalitat de Cataluña. IV. LA SUCESIÓN EN LA ADOPCIÓN. 1. Efectos sucesorios de la adopción. 1.1 Adopción y sucesión. 1.2 Efectos sucesorios y parientes adoptivos. 1.3 Parientes de origen y adopción. 2. Adopción de los hijos de la pareja. 3. Adopción entre parientes. 3.1 Regla. 3.2 Especialidades. 4. Sucesión entre los hermanos por naturaleza adoptados. 5. El trato familiar. V. LA SUCESIÓN DEL IMPÚBER. VI. CONCORDANCIAS. 1. Leyes especiales. 2. El Libro IV del Código Civil. 3. El Libro I del Código Civil. 4. El Libro V del Código Civil.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El apartado V del Preámbulo de la Llei 10/2008, del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya en su primer párrafo menciona los preceptos que deroga (arts 322 a 349 CS) y los precedentes de los que trae causa (Llei 9/1987, de 25 de maig de Successió intestada, inspirada en la Llei de successió intestada de 7 de juliol de 1936) y manifiesta que la nueva regulación «(...) respecta els trets bàsics del sistema anterior» con la precisión de que «(...) introdueix alguns canvis tècnics i altres més trascendents de política jurídica» que, a continuació pasa a describir.

El mandato de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, *Primera llei del Codi Civil de Catalunya*, era que el Libro IV había de abarcar la regulación de las materias contenidas en el Código de Sucesiones por causa de muerte y

* Este trabajo forma parte de la investigación del Grup d'estudi del dret civil català UB-UAB (Proyecto 2005SGR 00759) y del Proyecto SEJ 2007-60834, No discriminación y persona, Grup d'investigació Novit de la UAB.

en otras leyes de este ámbito (art. 3 d). Lo que se había de hacer mediante la inclusión de las modificaciones, adiciones, supresiones o nuevas redacciones de las normas que se consideraran necesarias para «(...) conservar, modificar o desarrollar la regulació vigent» (art. 6.3). Frente a lo que, explica el Preámbulo:¹ *«Malgrat el que estableix l'article 6 de la dita llei /el legislador/ no ho fa per mitjà de modificacions d'addició, supressió o nova redacció de les normes vigents, sinò d'un text alternatiu íntegre, que evita les dificultats inherents a una refosa posterior».*

La configuración de la sucesión intestada incorporada al Código Civil de Cataluña parte, de manera necesaria, de los antecedentes² que conllevan la pervivencia de lo que ha estado vigente hasta ahora. Al menos es así por lo que se refiere a los principios sucesorios y a los órdenes de suceder. Las novedades generales más significativas, siguiendo las palabras del Preámbulo³ se producen respecto de la pareja en unión estable a la que se atribuyen derechos sucesorios en «pla d'igualtat amb el cònjuge vidu» y la mejor situación del cónyuge (y la pareja) en la sucesión y en lo que afecta a los descendientes, en relación a la equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza (aunque se mantienen especialidades).

El acomodo técnico de la normativa era doblemente necesario. De una parte la introducción del articulado en el Código Civil de Cataluña comportaba, además de mejoras de redacción y coordinación entre los preceptos, hacer acoples sistemáticos. Desafortunadamente, sin embargo, no se han llevado a cabo todos los que una buena técnica exigía y que se carezca, en el momento de entrada en vigor del Libro IV (1 de enero de 2009) de un texto, sino definitivo al menos bastante consensuado del Libro II del Código Civil de Cataluña (Persona y Familia) plantea cuestiones y problemas adicionales. De otra, la adecuación técnica se ha traducido en mejoras que explicitan y aclaran algunas cuestiones que eran objeto de interpretación y discusión diversa⁴ de parte de la doctrina.

Las innovaciones de mayor relieve obedecen, se nos dice, a razones de política jurídica, y aunque no implican una variación de las reglas vigentes hasta el momento sí que suponen la aplicación de principios jurídicos, llamémosles generales, al ámbito de la sucesión. En una primera aproximación esta constatación, que se expone y explica públicamente

¹ Apartado I,1.

² Para el estudio y conocimiento de los precedentes *Vid* Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario al Título IV y arts. 248 a 251 CDCC» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. M. ALBALADEJO), Tomo XXIX, Vol 3º, Madrid 1986, pp 43 y ss.

³ Apartado V,2.

⁴ Como la relativa a la delación a los descendientes y el modo en que actúa cuando todos los del mismo grado repudian (art. 442-2), o a la sucesión del impúber (art. 444-1).

parece que lleva a apreciar que no ha existido voluntad (*legislatoris*) ni de reforma completa de la sucesión intestada ni tampoco, del sistema sucesorio catalán. En concreto, que la labor se ha limitado a la puesta al día de la regulación (arts. 541-1 y 541-2 CCCat), siguiendo el mandato legal de la Llei primera.

Pero esta valoración se desmiente por el contenido normativo incorporado al Código. Aparte de la motivación política y social a la que alude el Preámbulo, se observa que a la hora de refundir las normas sobre la sucesión han desplegado una importante función principios que rigen en el ámbito de los derechos y relaciones personales y familiares,⁵ con las disfunciones que se generan entre ellas y los que se deriven de la probable modificación de las del ámbito personal /familiar, el Libro II del Código Civil de Cataluña. Debe mencionarse que, en la fecha de entrada en vigor del Libro IV, el proyecto del Libro II ha iniciado su andadura parlamentaria (fue aprobado por el Gobierno en diciembre de 2008).⁶

Finalmente otros, como no podía ser menos, se entroncan con la realidad patrimonial, el mercado y el tráfico económico y los principios fundamentales del orden jurídico en esta sede. Así, la función social de la propiedad y la herencia (art. 33 CE)⁷ y la regulación del derecho al acceso a la vivienda y las políticas sociales en torno a ésta (art. 47 EAC 2006 y *Llei 18/2007 del dret a l'habitatge*, de 28 de desembre).

El Preámbulo del Libro IV alude a que la motivación política y social es la que justifica las innovaciones. En lo que se refiere al contexto social se tiene en cuenta, así aflora en diversos pasajes, el desarrollo de los modelos de convivencia y familia que se consideran en la normativa del derecho familiar, interrelacionada, como es sabido, con la sucesión. Estos modelos inducen a adoptar decisiones importantes de política legislativa que repercuten necesariamente en las relaciones económicas, y de ahí en los destinos *mortis causa* de los patrimonios (aunque no siempre se han llevado hasta sus últimas consecuencias). Modelos que se reflejan en las propuestas del Proyecto de Libro II del Código Civil, acerca de la familia, las formas de convivencia y los derechos entre las personas vinculadas por

⁵ Como es sobradamente conocido las instituciones sucesorias están directamente interrelacionadas con las familiares.

⁶ El texto está publicado en el *Bulleti Oficial del Parlament de Catalunya*, Número 384, de dilluns 19 de gener de 2009.

⁷ Art. 33 CE: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». El art. 47 EAC 2006 se refiere al derecho a la vivienda.

el parentesco o la situación familiar. Entre los factores más significativos que se barajan por los juristas y los sociólogos⁸ y que han influido en el modelo que se presenta, cabe hacer mención de:

- La realidad de lo que viene a denominarse como «*matrimonio múltiple*»; en verdad, en el lenguaje latino (castellano, catalán) *la sucesividad de matrimonios / parejas en vida*. El hecho de que, para un número importante de personas la vinculación / comunidad de vida con otra aunque tenga carácter permanente (estable) no es perpetua (la muerte no es la única causa de disolución), de modo que una persona puede constituir más de una pareja, sucesivamente, a lo largo de su vida. Situación de dobles (y triples) nupcias que, a diferencia de épocas pasadas, no se valora desfavorablemente y con la carga añadida de limitar la adquisición de derechos.⁹ Esta constatación, a lo que se agrega alguna de las demás circunstancias que concurren obliga a que se organice de modo distinto la atribución legal de derechos.
- El incremento de las familias monoparentales, que crea la necesidad de arbitrar medios de protección privados para hacer frente a los problemas económicos que este modelo de convivencia presenta. La toma en consideración de las atribuciones sucesorias legales como vía privada frente al mantenimiento de los sobrevivientes con pensiones públicas.
- La eliminación de distinciones en los derechos económicos que, en general, se derivan de la apertura de la sucesión (principio de igualdad). Consecuencia de los dos anteriores, era la exigencia de fijación de criterios, pautas y reglas de comportamiento que fomenten la ayuda y respaldo entre los miembros de la pareja que se reflejan:
 - a) En la atribución y reconocimiento de derechos sucesorios entre los miembros de las parejas en unión estable cualquiera que sea su forma, matrimonial o no matrimonial y composición (hetero u homosexual).
 - b) Así como la protección de aquel miembro que ocupa una posición más débil.

⁸ Vid. Sjeff Van ERP. «New developments in succession law» en Vol 11.3. *Electronic Journal of Comparative Law* (December 2007), <http://www.ejcl.org/113/article113-5.pdf>; también, David C Thorns, *Inheritance Law and family change*.

⁹ Recuérdense en nuestro derecho sucesorio las reglas de la «Lex Hac Edictali» que se recogieron en la Compilación de 1960 y que se eliminaron en el Texto Refundido de 1984.

Debe mencionarse el mandato del art. 40.7 del Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC 2006) conforme al que «Els poders públics han de promoure la igualtat de les diferents unions estables de parella, tenint en compte llurs característiques, amb independència de l'orientació sexual de llurs membres. La llei ha de regular aquestes unions i altres formes de convivència i llurs efectes».

De otra parte, simplemente recordar el *ius connubi*: la igualdad y libertad para contraer matrimonio que el art. 32 CE proclama.

- En la relación de filiación la puesta en práctica del principio de igualdad entre los hijos (arts. 14 y 39 CE): la indistinción entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva.

Y la protección integral de los hijos, específicamente proclamada en el art. 39 CE: «asegurarse, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de la filiación».

El art. 4.2. (Drets i principis rector) EAC enuncia que «*Els poders públics de Catalunya han de promoure les condicions perquè la llibertat i la igualtat dels individus i dels grups siguin reals i efectives; han de facilitar la participació de totes les persones en la vida política, econòmica, cultural i social, i han de reconèixer el dret dels pobles a conservar i desenvolupar llur identitat*».

- La mayor esperanza de vida, longevidad de las personas, que demanda reformular, si cabe, los derechos sucesorios que se atribuyen por vía legal y la ordenación de los mismos. Conocida es, en este ámbito, la ya vieja disputa acerca de la oportunidad de mantener la institución de la legítima, como límite a la libertad de testar, así como su conversión, como acontece en otros sistemas jurídicos, en una prestación de índole alimenticia. Este dato es el que se ha tenido en cuenta a la hora de mejorar, en el orden sucesorio, la posición del cónyuge viudo y de la pareja en unión estable y en la conmutación del usufructo viudal.

Mención aparte merece el principio de igualdad y su coordinación con el de autonomía de la voluntad, la libertad civil (art. 111-6 CCCat), cuya manifestación, en sede de sucesiones, es la libertad para testar. Aunque, en inicio, el mandato constitucional / estatutario de no discriminación se dirige al legislador y a quien ha de aplicar la norma (jueces y tribunales), no hay duda que trasciende a la relación jurídica privada. Trascendencia de menor alcance pero que obliga a realizar el correspondiente juicio de valor

acerca de la coordinación entre los principios /derechos para cada situación concreta.

Todos los factores y situaciones comentadas, con mayor o menor intensidad, han influido y se han reflejado en el Libro IV del Código de Sucesiones.

1. Los principios del sistema

Los principios propios (tradicionales) que configuran el sistema sucesorio catalán se formulan expresamente¹⁰ en la presentación del Libro IV, enunciación que se toma de la que hacía el Preámbulo del Código de Sucesiones,¹¹ son:

- Necesidad de heredero
- Universalidad del título
- Perdurabilidad del título
- Incompatibilidad entre los títulos sucesorios con prevalencia del título voluntario

Se trata de reglas que han servido para *tipificar* la sucesión en nuestro ordenamiento civil y le caracterizan, junto a las demás que le conforman (los principios generales del derecho que informan el Derecho civil de Cataluña) (art. 111-2 CCCat).

Comentemos brevemente cada uno de ellos.¹²

1. *Necesidad de la institución de heredero y carácter universal del título de heredero*: toda sucesión por causa de muerte exige un heredero universal. Es un principio esencial pues en torno a él gira todo el proceso sucesorio, hasta el extremo que deviene elemento de tipificación del testamento —el testamento ha de contener necesariamente la institución de heredero— (arts 411-1, 423-1.1, 421-2, 422-1.3 CCCat) y se exige también en la sucesión contractual universal nueva y ampliada (arts. 431-1, 431-18 CCCat).

En la sucesión que se incorpora al Código Civil de Cataluña continúan como únicas excepciones posibles a la necesidad de la institución hereditaria en testamento o heredamiento, la particularidad del derecho

¹⁰ Preámbulo I, párrafo 5.

¹¹ Preámbulo del CS, Apartado II al que se titulaba «Els principis de la LLei»; Preámbulo actual, Apartado I titulado «Principis i sistemàtica».

¹² M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Derecho de Sucesiones vigente en Cataluña* (M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, María Ysàs SOLANES, Josep LLOBET AGUADO, Judith SOLÉ RESINA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 (2^a ed) pp. 21 y ss.

local de Tortosa (arts. 422-1.3 y 423-1.2 CCCat) que, en verdad como es sabido supone la posibilidad de distribución de toda la herencia en legados, y el nombramiento de albacea universal (arts. 422-1.3 y 423-1. 3 CCCat). Donde el ejecutor testamentario «sustituye» la función que cubre el heredero.

2. *Incompatibilidad de títulos sucesorios y primacía del título voluntario.* Conforme a una regla romana muy arraigada que se expresa en la frase *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*, la sucesión de una persona se rige por el principio de la unidad del título que atribuye la condición de sucesor. Este título es único y no puede obedecer a fundamentos de atribución distintos, lo que debe conducir de manera necesaria (al menos en apariencia) a la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada.

La exclusividad implica que mientras exista y sea eficaz la previsión voluntaria (testamento-pacto sucesorio) queda descartada la sucesión legal (intestada). También supone que, en la sucesión voluntaria, los títulos (testamento-heredamiento) son incompatibles; lo que lleva a que se establezca una jerarquía entre ellos. La unidad de título, no obstante, sólo se vincula al título hereditario universal.

Determina el artículo 411-3.2. CS que «La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituït, i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal», a lo que se agrega en el apartado 3: «La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament».

La incompatibilidad se predica respecto del título hereditario universal que no puede compaginar llamamiento testamentario e intestado; de ahí que sean eficaces las previsiones particulares (legados-atribuciones concretas) del causante y que se mantengan aunque se haya dispuesto heredamiento o la sucesión sea intestada. El heredante se puede reservar bienes o la cantidad que considere conveniente, para disponer de ellos mediante codicilo o memoria testamentaria (art. 431-22 CCCat), y se admite, en general, que se otorgue un codicilo cuyo contenido sean disposiciones sucesorias a cargo de los herederos abintestato (art. 421-20.1 CCCat).

De otra parte, además, se ha de tener en cuenta que cabe que la sucesión testada esté regida por más de un testamento (art. 422-9 CCCat), coexistencia que deriva, en estos casos, del carácter complementario de los mismos.

No se ha seguido el modelo de la ley republicana y no se ha eliminado, como se hacía en ésta, la incompatibilidad que una buena parte de la

doctrina catalana auguraba en un futuro más o menos cercano.¹³ Tampoco se ha aprovechado la ocasión para suavizar la rigidez del principio a la luz del principio de libertad civil (art. 111-6 CCCat) y de la presumible voluntad del causante.¹⁴

3. *Perdurabilidad del título sucesorio*. «Quien es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tienen por no formulados la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio» (art. 423-12.1 CCCat). La norma recoge la regla romana *semel heres semper heres* (Digesto 4,4,7-10 y Código 4,31,4), se aplica al nombramiento testamentario de heredero y afecta al tiempo en el que se mantiene la institución, es decir a la duración del título hereditario. Conforme a ella la sucesión y el título hereditario queda fijada temporalmente en el momento de la aceptación (art. 411-5 CCCat) que es irrevocable (art. 461-1.3 CCCat), de modo que ningún hecho posterior (cumplimiento de la condición o llegada del término) puede influir en el título para eliminarla, ni tampoco puede modificarla retroactivamente. La cualidad de heredero no se pierde o desaparece *a posteriori* si la institución es válida, y la sucesión del causante se mantendrá siempre como testamentaria. La perdurabilidad implica, en consecuencia, que la sucesión que se ha iniciado como testamentaria no puede continuar como intestada, excepto en el caso de que el testamento no sea válido.

Principios que se ha considerado «oportuno» conservar, probablemente porque han funcionado de manera razonable. Se han mantenido, también ha de decirse, eso sí, con las modificaciones o especificaciones que el propio sistema introduce que condiciona, cada vez más, la interpretación de alguno de ellos.

2. Delimitación de la sucesión intestada

La sucesión intestada catalana se delimita como una *successio graduum et ordinum*, en la que se tiene en cuenta la proximidad y grado del parentesco y comprende tres líneas: descendiente-ascendente-colateral, orden que se altera por la presencia de la pareja (cónyuge y unión no matrimonial), y la

¹³ Esteve BOSCH CAPDEVILA, «La trajectòria històrica del principi «nemo pro parte» en el dret civil català», en *Revista de Dret Històric Català*, 2001 n° 1 pp. 13 y ss; Joan MARSAL GUILLAMET, «Cap 41. La successió per causa de mort» en *Manual de Dret Civil Català*, (Dir. Ferrán BADOSA COLL), Marcial Pons, Barcelona 2004, pp. 586 y ss; Lluís PUIG FERRIOL en *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Vol III, *Dret de Successions*. Tirant lo Blanch. Valencia 2004, pp. 53.

¹⁴ También lo critica Martín GARRIDO MELERO, *Código Civil de Cataluña, Libro IV, notas de concordancia y críticas. La Notaría. Legislación*. Núm 14. Marcial Pons, Barcelona 2008, pp. 338.

Generalitat de Catalunya como cierre. A lo que se ha de agregar las personas acogedoras de personas mayores (Llei 22/2000, de 29 de diciembre).

Junto a las reglas catalanas, llamémosles tradicionales, de la sucesión, en la elaboración y formulación del modelo sucesorio del Libro IV CCCat han ejercido una influencia decisiva, la realidad social y el modelo económico que se enuncian / proclaman en los textos fundamentales (los principios y derechos fundamentales).

El texto vigente adiciona a aquellas:

- a) Los que se derivan del principio de *igualdad* (ex arts. 14 CE, 4 y 15 EAC), en verdad son una aplicación del mismo.
- b) De otra parte, la *función social* que se predica de la propiedad y de la herencia (art. 33 CE).
- c) Sin olvidar, por supuesto, el principio de *libertad civil / autonomía privada* (cuyo fundamento se suele radicar en art. 38 CE: libertad de empresa y en el art. 10 CE, como integrador de la dignidad de la persona; quizá en el art. 45 EAC 2006), en lo que respecta a la sucesión fundada en el título voluntario (testamento-pacto) que, como se ha comentado, prevalece sobre la intestada.

Modificaciones inspiradas en dichos principios que, según el Preámbulo de la ley, tienen una clara repercusión social. Además de los de la sucesión intestada que ahora se comentan, es evidente que se han tomado en consideración las decisiones que se han adoptado en la regulación de la legítima en la que, en palabras del Preámbulo, se «(...) accentua la tendència secular a afeblir-la i a restringir-ne la reclamació (...)».¹⁵

En el siglo XXI, la consideración de los que se asientan en la persona (individual y en relación) (art. 10 CE) junto a los principios de cariz patrimonial, justifican el fundamento, de la sucesión legal (intestada).

Además de los principios y valores de índole fundamental, en lo que afecta a la sucesión intestada, la regulación que se hace de la misma en el Código Civil de Catalunya («incorporada») obedece a principios concretos que, de alguna manera, se «importan» del ámbito de las relaciones jurídicas familiares. Algunos de estos principios quedaban más o menos explicitados en la legislación anterior, otros se expresan por vez primera. En todo caso, dada la interrelación que existe entre las normas del derecho de familia y la organización de la sucesión, ahora urge la modificación del Código

¹⁵ Preàmbul VI, 1.

de Familia, mejor que se acabe el trámite parlamentario del Libro II del Código Civil de Cataluña.

El primero de los datos que se ha de mencionar es de carácter objetivo, se predica de la sucesión intestada del cónyuge y la pareja en unión estable: además de la relación jurídica reconocida (matrimonio-unión estable) la ley, para la atribución del derecho, acude a la circunstancia de la *convivencia*. De ésta se indica que es la que justifica y explica la indistinción actual entre parejas (matrimoniales o no) a los efectos de la sucesión intestada, o si se prefriere, que la constatación de la convivencia es la que determina la extensión de los derechos sucesorios a las parejas no matrimoniales heterosexuales. Una situación de convivencia que, según manifiesta el legislador,¹⁶ incluso está por encima del carácter institucional de la unión. De manera que ésta, al menos en inicio, se erigiría en el fundamento (razón justificativa) de la norma. No obstante las palabras del Preámbulo, de un análisis más detenido de la regulación se sigue la inexactitud de la declaración general. Aunque no se dice no es cierto que el fundamento único sea la convivencia porque, sí se tiene en consideración un determinado modelo de unión no matrimonial que implica algo más que la situación de vivir juntos. En concreto, se presupone la caracterización que se baraja en el Proyecto de ley del Libro II, para la convivencia estable en pareja (arts. 234-1 a 234- 234-14).

Otro dato en cierta medida tiene un matiz subjetivo, se manifiesta en un comportamiento al que se otorga relevancia jurídica. Pertenece al ámbito de las declaraciones de sentimiento¹⁷ que tienen valor jurídico (efectos). En concreto, es la exigencia de *affectio* entre los miembros de la pareja (matrimonial o no matrimonial) y su permanencia al fin de otorgar y reconocer el derecho a suceder. Una *affectio* marital, diferente de la que concurre en otras relaciones jurídicas personales.

De manera que en la sucesión entre los miembros de una pareja dos son los datos que se tienen en cuenta: la convivencia efectiva y la *affectio* .

En la sucesión intestada en caso de adopción, la exigencia de acreditar el *trato familiar* como criterio para atribuir o excluir el derecho, es otro dato que presenta visos subjetivos, corregidos por la publicidad de la conducta (posesión de la situación o *status*). Acudía a él el Código de Sucesiones para la filiación no matrimonial, ahora se mantiene en la nueva normativa, en exclusiva, para la filiación adoptiva.

¹⁶ Preámbulo V, párrafo 2.

¹⁷ Que se incluyen a la hora de clasificar a las declaraciones de voluntad y diferenciarlas por el contenido: declaración de una ciencia o conocimiento-declaración de sentimiento-declaración de voluntad.

Paralelamente a lo que fueran en su día para la ley republicana, en la legalidad actual los mandatos constitucionales (CE 1978) y estatutarios (EAC 2006), integrados en la sucesión en el Libro IV CCCat se reflejan en:

1. La igualdad entre el cónyuge y la pareja en unión estable (art. 40.7 EAC)
2. La igualdad entre las clases de filiación aunque pervive algún matiz diferencial (arts 14 y 39 CE; 4 y 15 EAC)
3. La destinación ulterior de los bienes adquiridos por la Generalitat de Catalunya (función social de la herencia) (arts. 33 CE y 47 EAC).

Finalmente, debe hacerse hincapié en que para comprender la vigente sucesión intestada incluida en el CCCat se deben tomar en consideración no sólo los preceptos concretos aprobados (el Libro IV) sino todos los que conforman el actual Código Civil de Cataluña (los de los Libros I, III, IV y V). Además, en el momento presente en el que aún no se ha finiquitado el proceso codificador, se ha de atender al resto de la normativa civil vigente: el Código de Familia y la referencia, en su caso, al Proyecto del Libro II del Código Civil de Cataluña, la CDCC y las leyes civiles no derogadas. Esta constatación pone en evidencia que, mientras no se apruebe el Libro II CCCat y se aclare el panorama normativo es posible que se produzcan algunas disfunciones respecto del modelo de sucesión al que se quiere llegar; desarmonías cuya duración podría prolongarse más allá de lo deseable (inconvenientes derivados de la opción elegida en cuanto a la técnica de legislar).

Piénsese que la Llei 10/2008 está en vigor desde el 1 de enero de 2009 (Disposición final 4ª) y que su eficacia es inmediata para las sucesiones que se abran después de su entrada en vigor (Disposición transitoria 1ª). De modo que a partir de 1 de enero de 2009, y hasta que se apruebe y entre en vigor el Libro de persona y familia se ha de acudir al Código de Familia y a las leyes civiles complementarias para determinar los conceptos que se refieren al ámbito personal y familiar.

La cuestión no plantea problemas respecto de la sucesión intestada en el caso del parentesco por adopción, pero sí lo hace en otros casos (uniones estables, acogimiento de personas mayores, situaciones de convivencia).

En la Exposición de Motivos del Avantprojecte de Llei del Llibre II se anuncia que se incorpora a él la Llei 19/1998, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, pero que la Llei 22/2000 de acogimiento de personas mayores en la medida en que en ella se regula un contrato oneroso, se deja fuera y se integrará, si procede en el Libro VI (obligaciones

y contratos). Nada se indica acerca de si los derechos sucesorios que se prevén para el acogimiento de personas mayores se mantendrán o no. De los indicios con los que se cuenta parece muy probable y verosímil que los derechos que ahora se recogen en dicha ley desaparezcan definitivamente; si hubiera sido otra la intención del legislador lo lógico era que se hubieran incorporado al Libro IV CCCat, lo que a todas luces no ha sucedido. De manera que la situación de interinidad, de pervivencia de la ley especial mientras se prepara y aprueban primero el Libro II y más tarde el Libro VI, no habría de ser demasiado prolongada en el tiempo.

Esta Llei 10/2008, además, en la disposición final 1^a, añade un nuevo precepto a la Llei 29/2002, primera del CCCat, importante ya que se refiere al «tratamiento del género en las denominaciones referidas a las personas».

A tenor del nuevo *art. 7*. «En el Codi Civil de Catalunya, s'entén que les denominacions en gènere masculí referides a persones inclouen dones i homes, llevat que del context se'n deudeixi el contrari».

La norma es digna de alabar por hacer efectivo el principio de igualdad y a la vez permitir una utilización del lenguaje racional.

En la exposición que sigue, hechas estas advertencias generales que eran necesarias, no se hará una explicación de la sucesión intestada que creo huelga sino que se abordarán aquellas cuestiones que implican *innovación* en el sistema.

Para mayor claridad en el análisis se adopta la distribución sistemática que del Título IV se hace en el Libro IV del Código Civil de Cataluña.

II. REGLAS BÁSICAS

Las disposiciones generales del Capítulo I en las que se regula la apertura de la sucesión, los llamamientos, el parentesco, el derecho de representación y la división de la herencia mantienen, en la mayoría de los casos, igual redacción que en el Código de Sucesiones.

Las variaciones significativas y de alcance son tres:

- Una llamada al «convivent en unió estable de parella» en la descripción de los llamamientos legales a la sucesión: *art. 441-2.1*
- La inclusión del «convivent en unió estable de parella» en la referencia a los derechos que se otorgan en caso de no ser llamado como heredero: *art. 441-2.3*

- La mención «dels altres casos en que aquest codi estableix un ordre de successió especial» que el CCCat prevé como excepción al orden regular en el art. 441-6.3 *in fine*.

Señalado lo anterior la tabla de equivalencia con el Código de Sucesiones es la siguiente:

- Art. 441-1 → 322 CS
- Art. 441-2 → 323 CS
- Art. 441-3 → 324 CS
- Art. 441-4 → 325 CS
- Art. 441-5 → 326 CS
- Art. 441-6 → 327 CS
- Art. 441-7 → 328 CS
- Art. 441-8 → 329 CS

1. Cuando procede

El principio de incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada que se mantiene en el Código Civil de Catalunya supone, conforme a la fórmula tradicional, que la *apertura de la sucesión intestada* tiene lugar cuando no exista heredero instituido o designado, o albacea universal, o cuando el llamado no llega a serlo (art. 441-1).

En esta presentación general es importante retener que la sucesión intestada se configura y actúa subsidiariamente, en defecto de previsión voluntaria (testamento-heredamiento-pacto sucesorio), ya que es incompatible con ella.

La sucesión intestada sólo procede (art. 441-1 anterior art 322 CS) cuando

- No existe heredero testamentario
- No existe heredero nombrado en heredamiento-pacto sucesorio
- Los herederos testamentarios no llegan a adir el título y no se prevé una sustitución vulgar. Donde se han de incluir, además de la premoriencia, la repudiación y la indignidad.
- No existe testamento o pacto sucesorio.
- Los nombramientos hechos por el testador o en pacto sucesorio son ineficaces.

A estos se agrega, en la regulación vigente, el supuesto al que se menciona expresamente, del testamento cuyo único contenido es el de *exclusión de determinados herederos intestados*. Cuando el testador, en el acto de última voluntad elimina a los llamados intestados y no procede a instituir a otros herederos, «*l'herència es defereix als cridats a succeir d'acord amb les normes de la successió intestada que no hagin estat exclosos pel testador*» (art. 423-10.1).

En este caso, no obstante, se ha de tener en cuenta que se está ante una sucesión testamentaria, aunque la herencia se ofrezca a los que serían herederos intestados, de modo que la exclusión de un sucesor que tenga derecho a legítima «*deixa subsistent el seu dret a reclamar la llegítima*» (art. 423-10.2). No existe desheredación, o dicho de modo más correcto, la exclusión del heredero intestado no es causa de desheredación, de ahí que se mantenga la legítima. Precisamente porque la sucesión es testada la llamada que se efectúa a las reglas de la sucesión intestada sólo lo es respecto de los órdenes sucesorios, para determinar quien tiene la condición de sucesor universal; no alcanza a los derechos.

2. El parentesco

No se ha alterado ni el concepto, ni el cómputo de parentesco en los preceptos. Con todo, aunque así aparezca a primera vista, un análisis sistemático de la regulación obliga a considerar cuestiones que afectan directamente al parentesco en general y al que se produce en la línea colateral.

En lo que se refiere al *parentesco en general* se ha de tener en cuenta que los tipos de parentesco que dan derecho a la sucesión intestada, en la regulación del CCCat, son el parentesco *por consanguinidad* y el que se deriva *de la adopción* que se equipara a aquél (art. 443-1). El parentesco por *afinidad* queda al margen por completo de la sucesión, aunque, curiosamente aún se mantiene por el legislador en relaciones familiares, en particular, como se comenta más adelante, respecto de la adopción (tanto en el CF vigente como en el proyectado Libro II).

En el parentesco de la *línea colateral* ha desaparecido la distinción entre hermanos de vínculo doble y de vínculo sencillo, al menos por lo que se refiere a la sucesión intestada (art. 442-10.1). La eliminación es consecuencia de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación (arts. 14 CE, 4 y 15 EAC). De haberse mantenido el tratamiento diferente de los hermanos ello habría dado lugar a una vulneración, injustificada, no proporcional y no razonable,¹⁸ de parte del legislador, que no podría mantenerse.

¹⁸ Que son los argumentos que se utilizan en este ámbito por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional al valorar cuando existe vulneración del principio de igualdad.

Como es sabido, en el régimen del Código de Sucesiones la concurrencia entre hermanos provocaba diferentes atribuciones según su condición de hermanos de vínculo doble (*pater* y *mater*) o sencillo (sólo de *pater* o *mater*). Diferente atribución que traía causa de los precedentes,¹⁹ que pervivía si bien en la mínima expresión. «*Si concurren germans dobles amb germans unilaterals aquests succeeixen en la meitat que aquells*» (art. 339.1 CS).

Este efecto económico, en el contexto constitucional (y estatutario) de los derechos de las personas, comportaba, a todas luces, una discriminación que ni era adecuada, ni indispensable al efecto del fin perseguido por la norma y tampoco se justificaba en la causa que la originaba: el hecho de que sólo uno de los progenitores fuere común, al revés sí podía decirse que implicaba o lesionaba, inútilmente, la dignidad de la persona (cf art. 10 CE). En especial si se tiene en cuenta que el parentesco no es diferente por el hecho de que uno de los progenitores de quienes son hermanos, no sea el mismo. No se deja de ser hermano porque solo concorra en común uno de los progenitores. En consecuencia, carece de fundamento que el mismo parentesco comporte atribución de derechos económicos distintos.²⁰

El vínculo parental con el progenitor a quien se hereda es idéntico y en todo caso, los hermanos que concurren a la sucesión están en la misma línea y orden. No tiene razón de ser en la línea colateral un parentesco especial de este tipo. De hecho, en la normativa del Código de Sucesiones²¹ además, la diferencia solo entraba en juego para el supuesto de concurrencia y no en general.

Aparte de lo que se ha expuesto de cómo se delimita la relación parental en el orden general, y en el particular sucesorio, se sigue que el dato de parentesco que se ha de tomar en consideración, en la sucesión en la que existe un llamamiento (*ius delations*) al orden colateral, es con referencia al causante (a quien se sucede) y no respecto del pariente colateral (hermano) con el que se concurre a la sucesión.

¿Justifica la diferente atribución que sean hermanos dobles o sencillos si heredan al mismo causante con quien tienen el vínculo de parentesco? No, la discriminación económica no es razonable, en la legalidad actual.

De otra parte la regla, como se ha indicado, ya estaba desfasada en el Código de Sucesiones por falta de acomodo a los modelos familiares actuales en los que el carácter «sencillo» del vínculo es más habitual y no

¹⁹ Vid, SALVADOR CODERCH, op cit, «Comentarios» pp. 39 y ss.

²⁰ Vid. María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid / Barcelona 2004 (Marcial Pons) pp. 140 y ss.

²¹ Y en los precedentes históricos de los que trae causa.

está «teñido» del dato del rechazo social que en otro momento histórico existió (la repulsa a las segundas nupcias).

III. EL ORDEN SUCESORIO

En el orden de suceder,²² como se ha dicho, se confirman las tres categorías de personas llamadas a suceder: los parientes por consanguinidad o adopción, donde se distinguen las líneas: descendente-ascendente y colateral; el cónyuge y la pareja conviviente en unión estable, que ocupan el segundo orden, y la Generalitat de Cataluña en el último lugar. A esto se ha de añadir, también, a las persona acogedoras de personas mayores (Llei 22/2000, de 29 de diciembre-LAPG- art. 8).

De ahí se sigue el conocido orden, con las precisiones que se derivan del respeto al derecho del cónyuge y a la pareja en concurrencia con los descendientes y ascendientes como usufructuario (cuyo origen es la Llei de Sucesión intestada de 7 de julio de 1936) y de la sucesión en el acogimiento privado de personas mayores (art. 8 LAPG)

En el actual sistema la sucesión intestada se defiere en el orden siguiente:

- 1º. La línea descendente.
- 2º. Cónyuge y conviviente en unión estable de pareja.
- 3º. La línea ascendente.
- 4º. La línea colateral.
- 5º. Las personas acogedoras si la convivencia ha durado más de 4 años, si no hay colaterales de 2º grado ni hijos de éstos.
- 6º. Los demás colaterales hasta el 4º grado.
- 7º. La Generalitat de Cataluña.

Pervive, además, como particularidad y, al parecer sin discusión, la sucesión troncal de los impúberes en la que se introducen algunas concreciones.

1. La sucesión de los descendientes

La fidelidad al Código de Sucesiones ha llevado al legislador a regular en Secciones separadas la sucesión en la línea directa descendente y la sucesión en el caso de la adopción, a la que dedica un Capítulo aparte (el III).

²² Vid YSÀS SOLANES, op cit, *Derecho de Sucesiones*, pp.218 y ss.

Luego de admitida y proclamada la equiparación entre la filiación por naturaleza y la adoptiva de modo absoluto por lo que afecta al parentesco (arts. 113 y 127 CF en su redacción actual), hubiera sido deseable que aquella se hubiera llevado hasta las últimas consecuencias. Es decir, lo adecuado era incorporar al Código Civil de Cataluña las normas especiales de la sucesión en el caso del parentesco adoptivo (legal) en cada una de las secciones correspondientes, a los órdenes sucesorios (descendente, ascendente, colateral) y no en un capítulo independiente. Habría sido un importante signo aparente de normalidad, al que hubiera debido atender el legislador, pese a las precisiones o matizaciones exigidas por las modalidades de la adopción (excepciones de la adopción intra parejas e intra parientes).

No se ha hecho así y pervive, en el texto actual, la sistemática del Código de Sucesiones. Además de la falta de sistemática que denota cierta desigualdad, aún persiste alguna discriminación o diferencia de régimen en la sucesión en la adopción (art. 443-5).

En el orden de los descendientes, dejando aparte a los adoptivos (que se exponen más adelante) se incluyen todos los que son por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales. Desaparece definitivamente del actual art. 442-1 la mención de la *clase de filiación* (anterior art. 320 CS), se agrega la referencia al conviviente en unión estable y se introducen novedades alcance. Estas innovaciones se refieren al acrecimiento (art. 442-2.1) y a la delación a los descendientes de grado siguiente en caso de repudiación.

1°. *Acrecimiento* (incremento) *en el supuesto de repudiación de la herencia*. Cuando alguno de los hijos o descendientes repudia, su parte repercute a favor de los demás del mismo grado. Se explicita que la parte repudiada por alguno de éstos acrece a la parte correspondiente de los demás herederos del mismo grado (art. 442-1.2, que es nuevo en el sistema) (cf, art 462-1).

Lo que se ha hecho es explicitar, entre las normas de la sucesión intesada, las reglas 2 y 3 del actual art. 441-6 que, como se advirtió reproduce el art. 327 CS. Conforme a estos si alguno de los llamados no llega a ser heredero su cuota acrece a la de los parientes del mismo grado; en este caso a los demás hijos o descendientes.

2°. *Delación a los descendientes de grado siguiente en caso de repudiación*. Es la regla que se expresa en el art. 442-2. En este precepto se ha de distinguir entre los dos apartados pues lo dispuesto en el segundo sí implica una importante novedad y el establecimiento de una regla.

a) La repudiación de la herencia por los hijos o descendientes, como se ha visto, produce el efecto de incremento de las cuotas de los demás coherederos. Cuando son todos los llamados los que repudian por

aplicación de la regla general (art. 441-6.1.) la delación corresponde al grado de descendientes siguientes (nietos) y así sucesivamente. La innovación que se ha introducido es que, pese a que no opera el derecho de representación, lo que se encarga de dejar en claro la norma al indicar que «suceden por derecho propio», se aplica un criterio que es del derecho de representación.²³ En efecto, en este supuesto, aunque los descendientes hereden por derecho propio se produce, como cuando opera el derecho de representación, la división por estirpes y a partes iguales entre los descendientes de cada estirpe (art. 442-2.1).

b) Esta regla tiene una importante excepción, novedad, que comporta un avance en los derechos sucesorios del cónyuge y de la pareja en unión estable. El *orden sucesorio se altera* a favor del cónyuge y de la pareja conviviente que sea el progenitor común de los hijos llamados a suceder, cuando todos repudian.

Exclusivamente en el caso de la repudiación de todos los hijos comunes, se defiere la herencia directamente al cónyuge o pareja en unión estable que desplaza a los nietos y demás descendientes.

Esta nueva regla está en consonancia con la realidad social y demográfica y la escasa cuantía media de los patrimonios que se heredan a través de la sucesión intestada. De una parte, el índice de supervivencia de las personas, cada vez más prolongado, la longevidad, que repercute en la mayor frecuencia de concurrencia, en la sucesión de alguno de los parientes de dos generaciones de ascendientes (abuelos-bisabuelos), junto a la supervivencia habitual de uno de los miembros de la pareja (cónyuge-conviviente) y descendientes de varios grados.

De otra, la mejora jurídica de la posición del cónyuge y pareja en el orden de la sucesión intestada, del que es pionera nuestra legislación, pero que siempre responde a la realidad y necesidad social. Es razonable que suceda el supérstite antes que los descendientes de ulterior grado. Aquél, en la mayoría de los casos, debido a la longevidad actual de las personas, acostumbra, en el momento de apertura de la sucesión, a tener una edad en la que necesita más que los descendientes, de recursos económicos o cuando menos, es previsible que halle en circunstancias que delatan una situación precaria (en especial cuando el régimen económico de bienes es el de separación). Adelantar la posición del cónyuge y de la pareja en unión estable es la manera, además, de asegurarle un patrimonio con el que contar para hacer frente, en su caso, a sus gastos y a la par supone, o puede hacerlo el ahorro de los alimentos y de las pensiones públicas. Aunque no se exprese así, en el fondo del criterio insito en este precepto está la

²³ Hace idéntica apreciación GARRIDO MELERO, op cit, *Código Civil*, pp. 342.

convicción de que en estos casos el rechazo de la herencia (repudiación) de parte de los hijos no se debe a las condiciones económicas (*hereditas damnosa*), sino a la constatación de una situación relativamente habitual, en particular en la sucesión intestada:²⁴ el dato de que el patrimonio hereditario es escaso y a duras penas basta para una sólo persona, de modo que la renuncia es un acto deliberado que persigue una mejora económica para el progenitor superviviente.

En cierta medida es una previsión legal que se dirige a los descendientes intestados y a través de la que, de alguna manera, se pretende procurar una mejora de la situación económica de aquél.

En todo caso se ha de tener en cuenta que es un *efecto legal* que opera de modo *automático* una vez que concurren los requisitos (art.442-2) siguientes:

- Repudiación de todos los hijos comunes.
- Que sea la herencia del progenitor común.

Cuando a la herencia concurren hijos comunes e hijos no comunes no se dará el supuesto de hecho, aunque repudien todos los hijos comunes.

- Que el progenitor superviviente sea cónyuge o conviviente en unión estable de pareja.

Llama la atención que el legislador no haya sido más valiente y no haya dado un paso más: anteponer el cónyuge o conviviente supérstite a los nietos y demás descendientes, en general y no sólo circunscrito al caso de la repudiación, cuando los hijos comunes no lleguen a ser herederos. En verdad, entre el caso regulado y el que no se considera parece que no existe más diferencia que la concurrencia de un acto voluntario (repudiación). En los otros supuestos en que los descendientes no adquieren —premorienza, declaración de ausencia e indignidad (art. 441-7)— no existe voluntariedad, de ahí que se acuda al derecho de representación, dada la causa que provoca la no asunción del título hereditario. Con todo, la justificación (existencia de un acto voluntario o no) no me parece suficiente ni adecuada si la nueva norma que se establece pretende cumplir con una determinada política social (protección de la persona más débil económicamente).

Quizá el legislador no se ha atrevido a formular la regla de manera más general por las consecuencias que acarrea para el derecho de representación sucesoria. La entrada del progenitor común superviviente, cónyuge o

²⁴ Porque quien tiene un patrimonio importante o medios económicos a su alcance, ya se encarga de hacer testamento y determinar el destino de los bienes.

conviviente del *decurius* cuando los hijos no llegan a ser herederos, sea cual fuere la causa, implicaría prácticamente la supresión del derecho de representación, una desaparición para la que puede que no esté preparada la sociedad. Más la sociedad jurídica, con todo, que la real, recuérdese que esta es una de las instituciones clásicas de la sucesión intestada. De todas formas, de admitirse la extensión en general (voluntariedad o no), no conviene olvidar que el derecho de representación aún actuaría en la línea directa descendente cuando los hijos no fueran comunes del causante y el cónyuge o pareja supervivientes, y por supuesto para los sobrinos.

2. La sucesión del cónyuge y pareja superviviente

Advierte el Preámbulo de la Ley que las novedades más significativas del Libro IV son las que atañen a la sucesión del cónyuge.

- Se equipara el conviviente en unión estable de pareja supérstite al cónyuge viudo.
- Se crea un nuevo derecho que afecta al usufructo viudal del cónyuge y de la pareja.

2.1. Enumeración de los derechos

En la normativa que se presenta en el Libro IV CCCat el cónyuge y el conviviente en unión estable de pareja es llamado a suceder al causante (tiene *ius delations*) en los siguientes casos y condiciones:

- 1º. Como *heredero* cuando no existen hijos ni otros descendientes. En este caso los padres del causante conservan el derecho a la legítima (art. 442-3.2). La norma se corresponde a la regulación que hacía el Código de Sucesiones (arts. 333 y 323.1).
- 2º. Como *heredero* cuando todos los hijos comunes llamados a la sucesión intestada repudian, supuesto en el que adquiere todo el patrimonio hereditario, sin limitación ni gravamen, exceptuados los legados que deban mantenerse (art. 442-2.2). Es una de las novedades del Libro IV que ya se han comentado.
- 3º. Como *legatario* —*usufructuario universal*— si concurre en la sucesión con hijos del causante o descendientes (art. 442-3.1). Usufructo clásico regulado en el art. 331 CS.

Los derechos del cónyuge viudo o del conviviente en unión estable de pareja en la sucesión intestada, se han de atribuir expresamente en las

declaraciones de herederos *ab intestato* (art. 323 CS), y, se añade por el actual art. 442-7, por acta notarial de notoriedad «en los dos casos» (¿se refiere a la declaración de heredero y al usufructo o a cónyuge viudo y pareja? Creo que es en este último sentido). El acta de notoriedad debe acreditar dos extremos, el derecho sucesorio y la existencia de los requisitos que comportan aquellos. Es decir, en el caso de unión estable, la permanencia de la convivencia hasta la muerte, y en el del matrimonio que no se ha producido una separación de hecho. A lo que indica el notario GARRIDO MELERO²⁵ que «en caso de que la persona en concreto niegue dicho estado de separación de hecho, no tendremos más remedio que dar por cerrada el acta y acudir a la vía judicial».

Cuando corresponda al superviviente el usufructo universal se añade una nueva regla, el art. 442-4.2, relativa a la *aceptación de herencia*. Una norma que está mal colocada sistemáticamente pues hubiera sido mejor enunciarla entre las generales de aceptación /repudiación de la herencia. Según lo que se dispone en ella, el cónyuge viudo o el conviviente en unión estable de pareja que concurre con herederos menores de edad de quienes ostenta la representación legal (seguramente se piensa en los hijos comunes), puede aceptar la herencia en nombre de éstos y, a la vez, adjudicarse el usufructo universal. No es necesario, por lo tanto, nombrar un defensor judicial de aquellos, se entiende que no existe contraposición-conflicto de intereses porque se trata de una sucesión legal (intestada).

2.2. La igualación del cónyuge viudo y la pareja estable

La igualación entre el cónyuge viudo y el conviviente en unión estable de pareja que efectúa la ley obedece a criterios conocidos algunos de los que pone en voz alta el Preámbulo de la ley: el nuevo concepto de matrimonio en el que se elimina el dato de la heterosexualidad «(...) buida de sentir el tracte diferencial de les relacions de parella en funció de l'orientació sexual del convivents» y pone en tela de juicio el tratamiento dispar de los derechos sucesorios entre las parejas heterosexuales en unión estable (que no tenían derechos) y las parejas homosexuales (que sí gozaban de estos derechos, arts 34 y 35 LUEP que se derogan expresamente, Disposición derogatoria letra b de la Llei 10/2008). Y la necesidad de tratar igualitariamente, en general, al cónyuge (hetero u homosexual) y a la unión no matrimonial en el convencimiento de que los derechos sucesorios intestados deben atribuirse a ambos.

La norma, se precia el Preámbulo, va incluso más allá porque asimila por completo la pareja (homo o heterosexual) y el cónyuge viudo.

²⁵ GARRIDO MELERO, op cit, *Código Civil*, pp. 356.

Por fin, en lo que se refiere a los derechos sucesorios, el legislador ha estimado que el fundamento, razón jurídica, en el que se asienta la norma es, utilizando sus palabras «(...) *a efectes de la successió per causa de mort, (allò que és rellevant) és l'existència d'una comunitat de vida estable i els llaços d'afecte entre els qui conviuen com a parella, i no el caràcter institucional del vincle que els uneix*»²⁶ (convivencia y *affectio*).

Es evidente que si el llamamiento a la sucesión intestada se fundamenta en la situación de convivencia continuada entre el causante y el superviviente, a la que se añade que concurre el dato de la *affectio* y no, de manera necesaria, que se constate la constitución de un determinado vínculo jurídico (el matrimonial), no tiene sentido ni es razonable tratar de manera diferente a quien estuvo casado y a quien convivió de manera estable (permanente). La falta de justificación razonable y desproporcionada es la que implica diferenciación (discriminación) la opción legal de no atribuir, reconocer, derechos sucesorios a la pareja estable sobreviviente.

La innovación en este orden sucesorio es relevante ya que trastoca los pilares, llamémosles tradicionales, sobre los que se asienta la delación en la sucesión intestada —el parentesco y el matrimonio— que también, hasta el momento se han erigido en el fundamento de la atribución de la legítima.²⁷ En la sucesión intestada junto al dato del parentesco que determina los otros órdenes de suceder, se sitúa el de la *convivencia en pareja de manera estable*, una convivencia *que se mantiene hasta la muerte* (relación de comunidad de vida real) sea cual sea el tipo de unión, institucionalizada o no.

La delación a favor del cónyuge viudo y del conviviente en unión estable de pareja, en esto no ha variado sino que sólo se ha extendido, *no procede* cuando en el momento de la apertura de la sucesión existía separación, de hecho o judicial (en el matrimonio). Tampoco existe *ius delacionis* en los casos en que, al tiempo de la muerte del causante de la sucesión estuviera pendiente una demanda de nulidad de matrimonio, separación o divorcio, salvo que los cónyuges se hubieran reconciliado (art. 442-6.1).

La presente norma, a diferencia de la anterior (art. 335 CS), elimina la legitimación de los herederos que serían llamados en defecto del cónyuge, para continuar el ejercicio de la acción, estar al resultado de la acción y

²⁶ Preámbulo V,2 *in fine*.

²⁷ *Vid* las propuestas que se hicieron en M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA / Susana NAVAS NAVARRO / María YSÁS SOLANES / Judith SOLÉ RESINA, «Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia» en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia 2006, pp. 305 a 397, en especial pp. 311 y 312. En estas Jornadas, con todo, no hubo mayoría a la hora de admitir la extensión de los derechos sucesorios a las parejas no casadas.

determinar si existe o no derecho de éste. La supresión concuerda con las reglas procesales en esta materia, en particular con el hecho de que (art. 88 CC) la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, norma, el art 335 CS que se tachaba de excepcional.

La supresión de la legitimación de los herederos es significativa del fundamento de la norma de atribución de derechos sucesorios: no es suficiente la convivencia, en el supuesto del matrimonio, sino que se requiere, de alguna manera, la pervivencia de la *affectio* en el momento de la muerte del causante, que cesa desde el inicio del proceso matrimonial. La regla parece de sentido común, no sólo porque en la mayoría de los casos en los que se haya iniciado el proceso matrimonial es habitual la separación, cuando menos, efectiva o de hecho de los cónyuges sino porque es la prueba de que no se quiere convivir, demostración de la ruptura, sea cual sea el resultado del proceso. De ahí que sea mejor borrar *de radice* el derecho a suceder, sin dejar espacio a la espera de la sentencia definitiva que, generalmente, acostumbra a ser estimatoria en lo que se refiere al vínculo matrimonial. Se ha de insistir en que la causa o justificación de la norma es la ruptura (cese) de la convivencia —*affectio*.

Para el conviviente en unión estable de pareja, en contraste, no existe norma paralela a la comentada; sólo se indica que no tiene derecho a suceder «si estava separat de fet del causant en el moment de la mort d'aquest» (art. 442-6.2). ¿Es de peor condición, en este extremo, el cónyuge que la pareja estable?

El art. 422-13, en el que se regula la ineficacia de las disposiciones testamentarias de las instituciones ordenadas a favor del cónyuge, dispone su ineficacia cuando exista separación de hecho, separación judicial, divorcio y nulidad del matrimonio y también, si en el momento de la muerte del causante está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad, salvo que hubiere habido reconciliación (apartado 1). Para las efectuadas a favor del conviviente en unión estable de pareja, se prevé la ineficacia (apartado 2), por supuesto si los convivientes se separan de hecho o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de ellos o el matrimonio entre ellos. Pese a que esta regla no se puede equiparar a la que ahora se comenta, sí que contrasta el dato de que en un caso se tomen en consideración las distintas circunstancias y en el otro (sucesión intesada) no se acuda a otros.

Parece claro que la prueba más visible de la ruptura de la convivencia es la separación de hecho, sobre todo en el caso de la pareja estable, pero esto no obsta a que se consideren otros datos o circunstancias para dar un tratamiento igual a una y otra situación (matrimonio-unión). Se podría haber previsto, para evitar discriminaciones no deseadas, que la iniciación

de algún procedimiento entre los miembros de la pareja, como el de reclamación de custodia de los hijos, división de los bienes que constan a nombre de los dos...etc., impedía la sucesión intestada.

En el Proyecto de Libro II llama la atención la nueva regulación que se propone acerca de la pensión compensatoria en el art. 233-14.2. Pensión que, además, trueca su *nomen* por el de «prestación compensatoria» ya que, en palabras de la Exposición de Motivos, la ley generaliza «la possibilitat d'abonament del dret en forma de capital».

En el supuesto de separación de hecho de los cónyuges, cuando el fallecimiento tiene lugar antes de un año de la separación, los herederos del causante fallecido están legitimados para interponer demanda, en los tres meses siguientes al fallecimiento, a fin de determinar el derecho a la prestación compensatoria. Asimismo, en el caso de que el procedimiento matrimonial (de separación o divorcio) se extinga por la muerte de quien sería deudor de la prestación, los herederos del acreedor podrán interponer la demanda (art. 233-14.2).²⁸

2.3. ¿Qué tiene la consideración de unión no matrimonial?

Una de las cuestiones que cabe plantear en la sucesión intestada del conviviente en pareja estable es la de su determinación. *¿Es necesario que la unión no matrimonial (homo o heterosexual) esté constituida como tal? ¿Debe cumplir con los requisitos que establece la ley para que se les reconozca o no?*

Se han de examinar detenidamente las normas a día de hoy (enero de 2009), de una parte los arts del Libro IV y de otra las de la Llei 10/1998 d'unions estables de parella y las previsiones que se siguen del *Avantprojecte de Llei* del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.

Los preceptos del Libro IV emplean la expresión «convivient en unió estable de parella» sin agregar precisión alguna más que el dato de que no estén separados de hecho o judicialmente (art. 442-6). El Preámbulo, como se vio, se precia de que la institución no es lo que prima sino la convivencia y la *affectio*, aunque parece que el término institución podría entenderse que lo refiere al matrimonio (la institución matrimonial) y no a la pareja.

²⁸ El tenor literal del precepto que se propone es el siguiente: Art. 233-14.2. «Si un dels cònjuges mor abans que passi un any des de la separació de fet, l'altre podrà interposar demanda, dins els tres mesos següents a la mort del causant, als únics efectes de determinar el seu dret a la prestació compensatòria. La mateixa regla s'aplicarà quan el procediment matrimonial s'extingeixi per causa de la mort del cònjuge que hauria de pagar la prestació compensatòria».

Apreciación que parece corroborar la descripción que se hace del matrimonio en el Proyecto de Libro II del Código Civil. En el art. 231-2.1, titulado *Matrimoni* se indica que «El matrimoni és una institució que dóna lloc a un vincle jurídic, que origina una comunitat de vida en la qual els cònjuges s'han de respectar, actuar en interès de la família, guardar-se fidelitat i ajudar-se i prestar-se socors mutu». Con seguridad quien redactó el Libro IV tenía *in mente* los trabajos que se desarrollaban en torno al Libro II.

De todas formas, lo que se desprende es un designio más amplio que, después, no acaba de perfilarse sino que, a contrario, se restringe a la hora de interpretar el articulado. Aun así, mientras no se apruebe el Libro II pienso que, en el ínterin basta la prueba de la convivencia efectiva y, en su caso de la *affectio* para que se desencadenen los efectos sucesorios en ambas situaciones.

No existe problema alguno para las situaciones de parejas homosexuales y heterosexuales que se han constituido en forma, ni para las parejas heterosexuales con descendencia común, o convivencia de dos años (arts. 1 y 2 LUEP). ¿*Quid* para la mera convivencia y para quienes no pueden constituirse como pareja porque no cumplen los requisitos legales? ¿Se incluyen en la previsión sucesoria o no? ¿A partir de cuando empieza a contar la convivencia?

En el Proyecto del Libro II (persona y familia) CCCat se contienen un conjunto de reglas para la «Convivencia estable en pareja» en el Capítulo 4 del título 3 (la familia). Conforme al art. 234-1 (*Parella estable*): «Dues persones que conviuen en una comunitat anàloga a la matrimonial i amb un compromís de suport mutu es consideren parella estable a efectes d'aquesta llei si:

- a) La seva convivència dura més de dos anys ininterromputs
- b) O, iniciada la convivència, tenen un fill comú
- c) O, formalitzen la seva relació en escriptura pública»

Y en el art. siguiente se recogen los requisitos personales.²⁹

Si se consolida este texto parece indiscutible, pese a las palabras del Preámbulo de la Ley 10/2008, que no se derivan derechos sucesorios en

²⁹ Art. 234-2: «No poden constituir la parella a la qual es refereix l'article anterior les persones:

- a) Menors d'edat no emancipades.
- b) Relacionades per parentiu en línia recta o col.lateral del segon grau.
- c) Casades i no separades de fet.
- d) Que visquin en parella amb una tercera persona».

toda situación de convivencia sino sólo en las uniones institucionalizadas, es decir aquellas que cumplen con los requisitos que exige la ley. No es, así pues, la simple convivencia y la *affectio* sino, además, el acomodo al modelo de convivencia legal el que se erige en fundamento de la atribución de derechos. Una parte, por lo tanto, de convivientes queda al margen.

Se excluye (no tienen derecho a sucederse ab intestato) las personas que no pueden llegar a constituir nunca la pareja, porque concurre un obstáculo que no se puede superar, y quienes apenas han iniciado la unión y no han tenido la precaución de otorgar escritura pública. Sin embargo, se ha de hacer notar que la regulación que se propone en el proyecto de Libro II sobre la convivencia en pareja estable amplía, sustancialmente, el supuesto de hecho; de donde serán pocas las situaciones de exclusión de parejas (uniones) al margen de la norma legal (que no ilegales).

De momento, en el ínterin, mientras no se apruebe el Libro II del Código Civil, parece que no se exige que la unión no matrimonial esté constituida ya que es suficiente con la convivencia (heterosexual u homosexual) estable.³⁰

2.4. El usufructo universal

El usufructo universal del superviviente (cónyuge y pareja) es una de las instituciones propias de la sucesión intestada catalana (que proviene de la ley republicana de la sucesión intestada).

La normativa que se incorpora al CCCat responde, en esencia, al modelo tradicional pero, a la luz de la realidad social, familiar y del mercado (de los intercambios de bienes y servicios) y de los principios sociales de protección, se introducen cambios relevantes con la finalidad tanto de mejora técnica, como para lograr una institución más acomodada a la situación económica del superviviente usufructuario y a la de los herederos nudo propietarios, y con mejor provecho para ambos.

El usufructo universal se configura con *carácter vitalicio*, no se extingue necesariamente, como ocurría en el régimen del Código de Sucesiones, por el nuevo matrimonio o unión del superviviente (art. 331.3 CS *versus* 441-3). En cambio, y es una novedad de relevancia, este usufructo sí se acaba por la concurrencia de las causas generales de extinción del usufructo a la que se remite expresamente.³¹

³⁰ De la misma opinión, GARRIDO MELERO, op cit, *Código civil*, pp. 33p.

³¹ De la misma opinión, GARRIDO MELERO, op cit, *Código Civil*, pp. 339.

El Art. 561-16 *Extinció* CCCat indica:

“1. El dret d’usdefruit s’extingeix per les causes generals d’extinció dels drets reals i, a més, per les causes següents:

En cuanto a *los bienes que se gravan* en consonancia con la regulación anterior, el usufructo no alcanza a los legados ordenados en codicilo y, tampoco, a las atribuciones ordenadas en pactos sucesorios a favor de otras personas (lo que es nuevo), ni a las donaciones por causa de muerte (art. 442-4.1 *versus* art. 331.2 CS).

Pero, sorprendentemente, en contraste con el régimen vigente en el Código de Sucesiones, se establece de modo expreso que el usufructo *se extiende a las legítimas* (art. 442-4.1 *versus* art. 321.2 CS). ¿Justificación de la novedad? Nada se indica directamente, aunque quizá sí se atisba en la firme decisión del legislador de debilitar y restringir la exigencia de la legítima.³²

Baste recordar en este punto, que las únicas legítimas que resultan gravadas por este usufructo universal sólo pueden ser las de los hijos y descendientes. El gravamen del usufructo sobre la legítima plantea, entonces, una cuestión añadida: si, en esta circunstancia puede aplicarse la opción, que se concede a los legitimarios gravados (art. 451-9 *versus* art. 360 CS) de aceptar la legítima gravada o renunciar a la institución de heredero o legado y reclamar lo que le corresponda legalmente. Una valoración precipitada que no tuviera en cuenta los principios en los que se funda la actual sucesión, llevaría a admitirlo. Una apreciación sistemática del nuevo texto se ha de

a) Mort de l'usufructuari o usufructuària o del darrer d'ells en els casos a què fa referència l'article 561-14.1, en els usdefruits vitalicis.

b) Extinció de la persona jurídica usufructuària, si no la succeeix una altra, que es produeixi abans del venciment del termini de durada de l'usdefruit, sens perjudici de la legislació concursal aplicable.

c) Consolidació, si l'objecte de l'usdefruit és un bé moble, excepte si els usufructuaris tenen interès en la continuïtat de llur dret.

d) Pèrdua total dels béns usufructuats, sens perjudici de la subrogació real si escau.

e) Expropiació forçosa dels béns usufructuats, sens perjudici de la subrogació real si escau.

f) Nul·litat o resolució del dret dels transmissors o dels constituents de l'usdefruit sens perjudici de terceres persones.

g) Extinció de l'obligació dinerària en garantia o assegurament de la qual s'ha constituït l'usdefruit.

2. El termini de durada de l'usdefruit fixat en funció de la data en què una tercera persona arribi a una edat determinada venç el dia assenyalat encara que aquesta persona mori abans.

3. L'extinció voluntària del dret d'usdefruit no comporta l'extinció dels drets reals que l'afecten fins que no venç el termini o no es produeix el fet o la causa que comporten l'extinció.

4. Els béns usufructuats, una vegada extingit l'usdefruit, s'han de restituir als nus propietaris, sens perjudici del dret de retenció dels antics usufructuaris o de llurs ci del dret de retenció dels antics usufructuaris o de llurs hereus per raó de les despeses de reparacions extraordinàries que els deguin."

³² *Vid.*, Preàmbulo, apartado VI

decantar por dudar sobre la aplicación de la opción al caso que nos ocupa.³³ Conviene tener presente que se está ante un gravamen legal, no es la voluntad privada la que limita la legítima sino una disposición legal la que a la vez que atribuye el usufructo, grava a la legítima y no prevé matización o excepción alguna; de lo que se sigue su inaplicabilidad, el que no haya lugar para la opción. En el caso del usufructo legal del superviviente los legitimarios deben soportar el gravamen.

La innovación de mayor envergadura en esta materia es la *facultad de conmutación del usufructo* que se regula en el art. 442-5. Es la respuesta a los problemas que, en la realidad económica del tráfico, en particular respecto de determinados patrimonios, planteaba la «inmovilización» de éstos que se produce durante el tiempo en que el usufructo vitalicio (hoy del cónyuge y de la pareja) se mantiene. De «(...) les transformacions de l'economia, la societat i les famílies en els darrers decennis (...)» habla el Preámbulo de la Llei 10/2008.³⁴ El usufructo de regencia tradicional del que trae causa la institución, de hecho, se indica en aquél «(...) pot presentar disfuncions en la gestió de patrimonis de base urbana, financera o empresarial (...)».³⁵ Lo que aconseja, a la par que mantener la cobertura económica del superviviente asignándole una atribución patrimonial, la creación de un instrumento jurídico que se adecue a la realidad económica regida por los principios de agilidad y aprovechamiento útil de los patrimonios. La opción prevista en la norma es un instrumento técnico jurídico que permitirá desvincular los patrimonios, en definitiva procurará una mejor distribución y aprovechamiento de los bienes relictos entre los herederos. Según continúa justificando el Preámbulo,³⁶ la conmutación del derecho de usufructo que se regula «(...) millora sensiblement la posició del (cònjuge vidu o convivent) en la successió intestada (...)».

Corresponde al superviviente el usufructo sobre los bienes de la herencia que puede *conmutar por la atribución de una cuarta parte alícuota de la herencia*, y además *el usufructo de la vivienda familiar o conyugal* (art. 442-5).

a) *El usufructo sobre la vivienda familiar o conyugal*. Sólo puede darse cuando la vivienda forme parte del caudal hereditario y el causante no haya dispuesto de la misma en codicilo o pacto sucesorio.

En los casos en que la vivienda pertenezca a los dos miembros de la pareja (exista una situación de comunidad entre el superviviente y el *decurius*)

³³ Vid. YSÀS SOLANES, op cit, *Derecho de Sucesiones*, pp.228.

³⁴ Preámbulo, apartado I, 3.

³⁵ Preámbulo, apartado V, 3.

³⁶ Preámbulo, apartado V, 3.

el usufructo recae sobre la cuota de éste. Se excluye de este régimen la vivienda adquirida por los dos cónyuges o por la pareja con pacto de supervivencia, en los que el superviviente no adquiere el usufructo de la cuota del *de cuius* sino que su propiedad se expande a la cuota que dejó vacante; que se efectúa fuera del proceso sucesorio y como efecto directo del pacto (art. 44.3 CF). El proyecto del Libro II³⁷ conserva esta institución contractual y la extiende a la pareja no matrimonial (arts. 231-15 y 234-3). Tampoco procede el usufructo de la vivienda en los casos en que, en la liquidación del régimen de bienes matrimonial, se haya asignado en la cuota del superviviente la vivienda familiar (los proyectados arts. 232-22 y 232-38 para los regímenes de participación y de comunidad respectivamente).

Este usufructo de la vivienda es vitalicio y cesa por las causas generales de extinción del usufructo, pero no por el nuevo matrimonio o unión estable del usufructuario (art. 442-5.3).

Llama la atención la doble calificación que hace la norma acerca de la vivienda: familiar o conyugal. Seguramente no tiene más trascendencia que la de distinguir, una vez más, entre matrimonio (conyugal)-unión estable (familiar), porque no parece que el significado sea más o menos amplio (conyugal solo la pareja, familiar, todos los que componen la unidad).

De todas formas la terminología no parece tener una especial relevancia pues en el proyecto del Libro II (persona y familia) no se menciona el domicilio conyugal, la expresión que se emplea es la de domicilio familiar, tanto para el matrimonio (arts 231-3 y 231-9: disposición de la vivienda familiar)³⁸ como para la convivencia estable (art. 234-8).³⁹

b) El sobreviviente tiene derecho a *una cuarta parte alícuota del valor líquido de los bienes hereditarios*. Para calcularlo se toma el valor que tuvieren los bienes en el momento de la muerte del causante y se deducen (restan) los bienes de los que éste haya dispuesto por codicilo o pacto sucesorio y el usufructo de la vivienda familiar. No se descuentan las legítimas (art 442-5.4).

Esta cuarta de la pareja supérstite, a la que se podría llamar usufructuaria, se *puede pagar a elección de los herederos* ya en bienes hereditarios o en

³⁷ Arts. 231-15 a 231-18 y 234-3.2.

³⁸ Se indica en este art. 231-3 (Domicilio familiar):

“1. Els cònjuges determinen de comú acord el domicili familiar. Davant tercers persones, es presumeix que el domicili familiar és aquell on els cònjuges o bé un d'ells i la major part de la família conviuen habitualment.

2. En cas de desacord respecte al domicili, qualsevol dels cònjuges pot acudir a l'autoritat judicial, qui el determinarà en interès de la família als efectes legals”.

³⁹ En este art. 234-8 aunque no se habla de domicilio sí que se regula el uso, en los casos de ruptura de la pareja, de la vivienda a la que califica como familiar.

dinero. En todo caso la norma remite a la regulación del legado de parte alícuota (actual art. 427-36) que se habrá de tener en cuenta.

La opción tiene marcado un plazo de caducidad: un año que se computa a partir de la muerte del causante. No obstante, si antes de que haya transcurrido el superviviente acepta expresamente la adjudicación del usufructo, la opción se extingue (art. 442-5.2).

Tal y como está configurado este derecho a optar entre el valor y el usufructo, se trata de una facultad de la pareja sobreviviente que es quien decide qué es lo que se adecua mejor a su situación no sólo económica, aunque será la que más pese, sino sobre todo personal (la relación que exista con los herederos). Se ha de pensar que no sólo la apertura o extensión de los derechos sucesorios al conviviente en unión estable de pareja propicia que concurren hijos y descendientes de distintas parejas, sino que las crisis matrimoniales y las sucesivas uniones (matrimoniales o no) también, favorecen una descendencia dispar en el origen.⁴⁰

No es facultad de los herederos quienes no pueden imponerla, pero sí sugerirla, aunque sí son éstos, una vez se ha ejercitado, los que deciden con qué se paga.

Como se observa, pese a las palabras del Preámbulo de la Llei 10/2008, no se ha llevado hasta las últimas consecuencias la valoración económica de la situación, pues aún mantiene un peso importante el dato de las relaciones personal / familiar.

Este usufructo legal es susceptible de hipoteca, y su extinción implica de modo automático la del derecho de garantía, salvo que los nudos propietarios hubieren consentido la constitución, supuesto en el que se extiende al pleno dominio (art. 569-32).

La Llei 10/2008 no ha modificado el art. 569-32 que, ahora está desfasado pues solo regula la hipoteca del usufructo legal de los cónyuges viudos. Se han olvidado de hacer las correcciones oportunas, que tampoco parece que se harán con ocasión de la aprobación del Libro II CCCat pues no se prevé nada respecto de este precepto (aunque sí se modifican otros).

Finalmente, debe hacerse una referencia a otra de las novedades que se contienen el proyectado Libro II y que repercuten en el tema que nos entretiene. Con buen criterio, en la liquidación del régimen de bienes de separación se extiende el derecho a reclamar la compensación por razón de trabajo, ahora sólo exigible cuando se extingue por separación y divorcio, al supuesto de extinción por muerte de uno de los cónyuges.

⁴⁰ El factor de la multiplicidad (en verdad sucesividad) de matrimonios o de uniones estables no matrimoniales de una persona y de la concurrencia de hijos de varias parejas.

El cónyuge superviviente puede reclamarla, como derecho personalísimo indica el proyectado art. 232-5.5 «sempre que els drets que el causant li hagi atribuït, en la successió voluntària o en contemplació a la seva mort, o els que li pertoquin en la successió intestada, no cobreixin l'import que li corresponia». Regla que también se aplica a la convivencia estable en pareja (art. 234-9). Aunque se trata de un crédito contra la herencia y no en calidad de heredero intestado.

3. La sucesión de los ascendientes

Las variaciones en el orden de la sucesión intestada de los ascendientes se siguen más que del contenido del precepto (art. 442-8) de la eliminación de una regla. En efecto, se mejora técnicamente la redacción de las reglas del art. 336 del Código de Sucesiones, pero no su contenido.

A falta de hijos, descendientes y pareja son llamados a la herencia los progenitores del causante por partes iguales. En el caso en que sólo sobreviva uno de ellos éste es quien hereda. No existe, como se sabe, derecho de representación en la línea ascendente. A falta de progenitores son llamados los ascendientes, siempre con preferencia de los más próximos en grado. Cuando concurren dos líneas de parientes (de los dos progenitores) del mismo grado (varios abuelos) la herencia se divide en líneas y en cada una de ellas por personas (art. 442-8).

Cesa, definitivamente, en esta delación la regla especial que existía para el supuesto de la sucesión del hijo no matrimonial que, en la normativa anterior excluía a los ascendientes de la sucesión si no le habían «(...) *donat a aquells el tracte familiar de descendent d'una manera continuada*» (art. 337 CS).⁴¹

La total equiparación, o mejor, normalidad de la filiación no matrimonial exigía eliminar la norma. Si el fundamento de la sucesión intestada es el vínculo de parentesco no había de tomarse en cuenta, carece de trascendencia, el origen (matrimonial o no matrimonial). Con todo, no deja de llamar la atención que mientras esta regla se ha suprimido para la filiación no matrimonial, en cambio se apela a ella expresamente en la sucesión intestada para el caso de la adopción intra parejas, intra parientes y en la sucesión de los hermanos (adoptados unos y otros, por distintas personas) entre sí para las mismas modalidades de adopción, a pesar de la equiparación en el parentesco a la filiación por naturaleza.

La norma ahora derogada, además, si podía considerarse que era discriminatoria para con los ascendientes, pero no era desproporcionada

⁴¹ Que GARRIDO MELERO, op cit, *Código Civil*, pp. 358 califica como «una especie de “causa de indignidad” encubierta».

ni le faltaba adecuación. La ausencia de trato familiar, que socialmente tenía y tiene un buen reflejo, es causa suficiente *per se*, de exclusión. Sobre todo si la consecuencia era dar entrada al siguiente orden sucesorio (los colaterales).

Sea como fuere, es obvio que el legislador no ha tenido en consideración estas reflexiones y ha primado la igualdad sobre cualquier otro principio. Lástima que no lo haya llevado a cabo hasta agotar las consecuencias y hasta aplicarlo a la adopción.

4. La sucesión de los colaterales

En este orden sucesorio las innovaciones que presentan los preceptos del Código Civil de Cataluña, en parte se han comentado y el resto son mejoras de índole técnico, principalmente de perfeccionamiento de la redacción.

El criterio que rige en el orden sucesorio de los colaterales se mantiene invariado, se llama a la herencia a los hermanos del causante y a los sobrinos, hijos de hermanos y en su defecto a los demás parientes dentro del cuarto grado. Hermanos del causante y sobrinos (hijos de hermanos) pueden concurrir y la norma dispone las reglas de reparto por estirpe y persona y el acrecimiento entre sobrinos. A falta de hermanos suceden los sobrinos por derecho propio (arts. 442-9 que se corresponde al art 338 CS, y 442-10 que es el art 339 CS y art. 442-11 que es el art. 340 CS).

Deja de existir, justificadamente, la discriminación entre hermanos de doble vínculo (ambos progenitores) o sencillo (uno sólo), ya que pierde sentido en la sociedad del siglo XXI en la que no es una situación extraña que provoque rechazo. Nada justifica que unos reciban el doble que los otros, pese a que no coincidan los dos progenitores. En efecto, en la sucesión a la que se les llama lo único que debe considerarse es el progenitor común que causa el parentesco y no la falta de coincidencia del otro progenitor. GARRIDO MELERO,⁴² recientemente, ha señalado que «(...) quizás lo más oportuno hubiese sido dejar las cosas como estaban, porque no debemos olvidar que estábamos ante una sucesión en lugar de la voluntaria». Precisamente porque es una sucesión legal, no voluntaria, no se podía mantener el criterio discriminatorio en la ley y era obligada la modificación de la norma; discriminación que si quiere sí puede hacer el testador con la parte de los bienes de libre disposición.

La supresión del párrafo 2 del art. 338 CS, que aludía a la aplicación, a los hijos no matrimoniales y adoptivos, de la regla del doble vínculo o sencillo, indica que, por supuesto los colaterales (hermanos o sobrinos) son

⁴² GARRIDO MELERO, op cit, *Código Civil*, pp. 361.

los que, por aplicación de las reglas de parentesco, tengan esa calificación (matrimoniales-no matrimoniales y adoptivos).

Después de los colaterales privilegiados son llamados los demás parientes de grado más próximo hasta el cuarto grado. A los que se anteponen, como se indicó, y mientras no se derogue de manera expresa, los acogedores si la convivencia ha durado cuatro años (art. 8 LAPG).

5. La sucesión de la Generalitat de Cataluña

El cumplimiento del deber de los poderes públicos, entre otros de índole social de «(...) *facilitar l'accés a l'habitatge mitjançant la generació de sòl i la promoció d'habitatge públic i d'habitatge protegit*» proclamado en el Estatuto de Autonomía de 2006 (art. 47) y en la Constitución (art. 47⁴³), es el que explica la novedosa regla en la que se impone dar un destino concreto a determinados bienes que herede la Generalitat.

La sucesión intestada de la Generalitat de Catalunya de los arts. 442-12 y 442-13 del Código es la misma que se contenía en los arts. 347 y 348 CS. Se agrega, ahora, la obligatoriedad de destinar al cumplimiento de *políticas de vivienda social* ya directamente ya a través de la reinversión de los recursos, las fincas urbanas que se contengan en el caudal relicto (art. 442-13.2). La norma, dada la situación actual del mercado inmobiliario y la dificultad de acceso a la vivienda, es buena y se adecua a las circunstancias. Nótese que el mandato es «destinar preferentment» las fincas a vivienda social, no se exige que se mantenga, necesariamente, en el patrimonio público pues deja vía abierta a la enajenación. Se impone, eso sí la subrogación real de las cantidades obtenidas.

Lástima que, una vez más, el legislador sólo haya pensado en el suelo urbano y la vivienda de las ciudades⁴⁴ y haya dejado de lado el suelo agrícola y, en general, las políticas sociales del suelo no urbano. Es decir, la previsión, que no hubiera costado nada, de destinación de los inmuebles a los fines sociales de otros tipos de suelo.

En este punto se coordina con la Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge.

⁴³ Precepto en el que se dice. «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

⁴⁴ Esta novedad se introdujo en el trámite parlamentario de la norma ya que en el proyecto originario se respetaba la redacción del Código de Sucesiones.

IV. LA SUCESIÓN EN LA ADOPCIÓN

El Capítulo III del Título IV, del Libro IV del CCCat, regula la sucesión intestada en caso de adopción (arts. 443-1 a 443-5). En él se introducen (en palabras del Preámbulo) «modulacions de nota en el règim» que afectan al parentesco adoptivo y las modalidades de adopción: la que tiene lugar entre los miembros de parejas (intra parejas) y las adopciones, mal llamadas, intrafamiliares (intra parientes).

Pese a la declaración general de parentesco y a la aplicación del principio de igualdad (*ex* arts. 14 y 39 CE), en esta materia, a contrario de lo que hubiera sido apropiado, el legislador del CCCat ha asumido la misma sistemática del Código de Sucesiones del que trae causa, ha reservado un Capítulo especial a la sucesión en el caso de adopción.

En general, el contenido de las normas no se resiente por el defecto de sistemática mencionado pero debe criticarse, no es correcto regular por separado la sucesión intestada en la adopción, tal proceder manifiesta, al menos en apariencia, cierta nota de especialidad que no es la que rige en la adopción. El legislador habría de haber aprovechado la oportunidad que le deparaba la incorporación a un texto como el Código Civil para mejorar la sistemática, eliminar el capítulo separado y agregar, en cada orden sucesorio (descendientes, ascendientes, colaterales), las reglas especiales de la adopción.

Otra de las cuestiones sobre las que ha de llamarse la atención es el amplio título de este Capítulo III. De su dicción literal se sigue que en éste se regulan todos los efectos sucesorios que se atribuyen al parentesco adoptivo, aunque realmente no es así ya que, por su ubicación en el Título de la sucesión intestada se ha de entender que sólo se restringe a ésta.

En un «repasso» a las normas, cuando se haya completado la redacción de los Libros del CCCat, sería conveniente pulir estas imperfecciones de metodología y de redacción.

El art. 443-1.1 proclama el principio de equiparación entre la filiación por naturaleza (parentesco por consanguinidad) y la filiación adoptiva (parentesco legal). Parentesco por consanguinidad y por adopción producen los mismos efectos. Se ha aprovechado el Libro IV (de Sucesiones) del CCCat para modificar sendos artículos del Código de Familia (Disposición final tercera 3 y 4 de la Llei 10/2008): arts 113 y 127 CF:

- El art. 127.1 CF pasa a decir: «L'adopció origina relacions de parentiu entre l'adoptant i la seva família i els seus descendent, i produeix els mateixos efectes que la filiación per naturalesa». Permanece la dicción originaria de los apartados 2 y 3 en los que

se establece la extinción del parentesco de origen, excepto en la adopción del hijo de la pareja y en la adopción entre parientes y en los casos en que se mantienen los derechos sucesorios (que son los que se regulan en los preceptos que se comentan). Precepto que se mantiene en el art. 235-47 del proyecto de Libro II con el mismo redactado, al que se añade un nuevo apartado, el 4, en el que se dispone que: «Excepcionalment en interès del fill l'autoritat judicial, a proposta de la Entitat Pública o del ministeri fiscal, pot disposar el manteniment dels vincles amb la família biològica quan es tracti de infants originaris de països estrangers, la llei personal dels quals no permet l'adopció plena, o quan hi hagi vincles afectius amb la mare, el pare o els germans biològics, el trencaments dels quals sigui greument perjudicial per l'interès del menor».

- El nuevo art. 113.1 CF indica: «Tota filiació produeix els mateixos efectes civils, sens perjudici dels efectes específics de la filiació adoptiva en matèria de cognoms i de successió intesada, d'acord amb el Codi civil de Catalunya».

El art. 235-2 (*efectes de la filiació*) del proyecto del Libro II, que sustituye al del Código de Familia, es del siguiente tenor:

- «1. Tota filiació produeix els mateixos efectes civils, sens perjudici dels efectes específics de la filiació adoptiva.
2. La filiació determina la potestat parental, els cognoms, els aliments, els drets successoris i qualsevol altre assenyalat per les lleis.
3. Els fills, en arribar a la majoria d'edat, o en ésser emancipats, poden alterar l'ordre dels cognoms».

Frente a la regulación anterior al Libro IV del CCCat, en la que no existía parentesco entre los colaterales de las personas adoptantes y los adoptados, en la realidad jurídica actual existen jurídicamente los colaterales adoptivos (los hermanos y los tíos de los padres adoptivos).

1. Efectos sucesorios de la adopción

En el art. 443-1 CCCat se delimitan los efectos sucesorios que se derivan de la adopción, es decir el contenido de la relación de filiació en este ámbito, conforme a la configuración del parentesco que se adopta (equiparación-igualación).

Una regla general: la primera proposición del apartado 1 y dos reglas específicas, una afecta al nuevo parentesco adquirido (la «familia» adoptante) y otra al parentesco de origen.

1.1. Adopción y sucesión

La norma, de manera general y sin matiz alguno declara la plena equiparación en «los efectos sucesorios» entre el parentesco por adopción y el parentesco por consanguinidad. La igualdad de efectos se predica, literalmente, de todos los sucesorios, es decir los de la sucesión intestada (que son los que regulan en estos artículos) pero, al menos gramaticalmente, parece que alcanza a cualquier otro de origen legal que corresponda (la legítima).

Frente al art. 441-2 CCCat en el que se describen los llamamientos legales para la sucesión intestada donde se incluye a «los parientes por adopción y por consanguinidad» del *decuius*, el art. 443-1.1, 1^a proposición CCCat fija el contenido general que abarca «todos» los efectos.

¿En verdad existe plena equiparación en los efectos sucesorios?

Esta norma dice más de lo que debería decir y se hace necesaria una interpretación restrictiva (*magis dixit quam voluit*) porque no es absoluta sino que existen excepciones. A lo que se añade que está mal colocada (su sede adecuada es en el Libro de Persona y Familia, y mientras no se redacte, en el Código de Familia, en el que ya se prevé en los arts. 113 y 117).⁴⁵

Los efectos sucesorios de atribución legal comunes a cualquier modalidad de adopción son los derechos legitimarios y el llamamiento a la sucesión intestada.

Por lo que se refiere a los derechos legitimarios, en el Libro IV CCCat se ha procedido a igualar a estos efectos la filiación por naturaleza y la adoptiva, sin excepción (art. 451-3 CCCat), lo que no sucede en la sucesión intestada. Mientras en la adopción ordinaria, asimismo, se cumple la regla de igualdad, en la adopción del hijo de la pareja y en la adopción de determinados parientes, la presencia de efectos concretos que se desvían de la regla general contradice una declaración general absoluta. De ahí que el legislador habría debido ser más cuidadoso a la hora de redactar.

⁴⁵ En el proyecto de Libro II CCCat se mantiene la dualidad de preceptos: el art. 235-2.1 que declara la igualdad de efectos, sin perjuicio de los especiales de la filiación adoptiva, y el art. 235-47 en que, a semejanza del art. 127 CF se enuncian los específicos de la adopción. No se mencionan los efectos sucesorios intestados de manera expresa que, por lo tanto, se reservan para los preceptos del Libro IV.

Consecuencia del reconocimiento del parentesco adoptivo pleno (en todas las líneas) es la entrada, en la sucesión intestada del orden de los colaterales adoptivos («mismos efectos»).

Las especialidades de la sucesión en el parentesco adoptivo se predicen de dos situaciones perfectamente identificadas ya exceptuadas en la normativa anterior (aunque no resueltas de manera satisfactoria). Conocido es, de ahí que huelgue comentario, la crítica de la doctrina y el desfase que existía entre los efectos de la adopción en el ámbito personal y los que operaban en la sucesión intestada.

1.2. Efectos sucesorios y parientes adoptivos

Acomodada al parentesco adoptivo pleno, la segunda proposición del Art. 443-1.1 enuncia la posición recíproca que ocupan, en la sucesión intestada, la persona adoptada y sus descendientes respecto de las personas adoptantes y sus parientes. En general, se mejoran las normas del Código de Sucesiones (arts. 341 y 342) pero se detectan incorrecciones que se han de destacar y, en el caso en que, una vez completada la labor codificadora el legislador se decidiera a ello, imprecisiones que se han de armonizar y sanar. Es lo que sucede respecto de los efectos sucesorios *ab intestato* entre los progenitores adoptantes y sus parientes.

De manera incorrecta, desde el punto de vista técnico se llama no a los parientes (que son los que tienen *ius delationis*) sino a (la) «su familia» de quien adopta.

Efectivamente, la familia no se identifica con ningún orden sucesorio, es más, el criterio (dato) que se tiene en cuenta para determinar quien sucede, excepción hecha del cónyuge, de la pareja y de la Generalitat, es el parentesco (arts. 441-1 y 2 principalmente). Bajo el nombre de familia, como es sabido, se hace referencia al grupo de personas en el que se comprende además de los parientes comunes (por consanguinidad y adopción), los cónyuges y parejas de convivencia estable, otras personas, ya parientes de uno sólo de los cónyuges o pareja, ya respecto de las que se ejerce una función de guarda (los hijos y descendientes de uno sólo de los miembros de la pareja, los parientes afines, los menores acogidos, las personas mayores acogidas...). En el ordenamiento jurídico privado, además, por el momento, no existe un concepto «legal» de familia (sí que parece que se prevé en el proyecto del Libro II del CCCat, en el art. 231-1, titulado «heterogeneidad del hecho familiar» una descripción genérica⁴⁶), sino diversos, según la ley

⁴⁶ El nombre que se da al precepto proyectado ya denota que abarca no sólo a personas unidas por el parentesco o por la unión (matrimonial o no matrimonial). El redactado del artículo (que debería pulirse mucho en la andadura parlamentaria) es el siguiente:

que lo toma en cuenta (como sucede, por ejemplo, en la Llei 18/2003, de 4 de juliol, de suport a las familias, art. 2).

El derecho a suceder, entre quien es adoptado y quien adopta se predica, también, de los parientes (por consanguinidad y por adopción) de quien adopta (ascendientes y colaterales). Para quien es adoptado, en cambio y salvo en las modalidades de adopción intra parejas e intra parientes, el derecho a suceder sólo tiene lugar en la línea recta descendiente, ya que la única ascendente es la adoptiva, y la línea colateral.

El legislador habría de haber sido más cuidadoso técnicamente, debería haberse referido «a la persona adoptante y a sus parientes», no a la familia.

Los parientes de quien adopta son los ascendientes, descendientes y colaterales sin más límite que el grado (cuarto), ha desaparecido lo que se calificó⁴⁷ como principio propio del ordenamiento jurídico catalán: el requisito exigido a los ascendientes, para suceder, de que hubieren dado, al adoptado el trato que corresponde a los descendientes (cf art. 342 CS).

1.3. Parientes de origen y adopción

El art. 443-1.2, con mejor redacción que el derogado art. 343 CS, reafirma que la adopción extingue los vínculos (el parentesco) (art. 127.2 CF) entre el adoptado y los parientes de origen excepto cuando se trate de la adopción de los hijos del cónyuge o de la pareja con quien se convive, o de la adopción de los parientes huérfanos dentro del cuarto grado.

Frente a lo que se acaba de resaltar, aquí si se utiliza el término parientes (no el de familia) y la expresión «origen», pese a que a primera vista induce a pensar en el parentesco (previo o anterior a la adopción) biológico (por naturaleza, cf, art. 87.1 CF y art. 235-1 del proyecto) no se circunscribe a éste, de donde puede ser tanto por naturaleza como por adopción.

La regulación especial que se contiene en los siguientes artículos obedece a las particularidades de estas modalidades de adopción. Extinguido el

«La família gaudeix de la protecció jurídica determinada en la llei, que empara sense discriminació les relacions familiars derivades del matrimoni, de la convivència estable en parella i de les realitats familiars configurades partint d'una estructura monoparental. Les famílies constituïdes a l'empara d'altres legislacions gaudeixen de la mateixa protecció, sempre que no siguin contràries als principis constitucionals, i amb els efectes que es determinin legalment, es reconeixen com membres de la família als fills de cada un dels progenitors que visquin en el mateix nucli familiar, com a conseqüència de la reconstitució de noves famílies».

⁴⁷ Anna CASANOVAS MUSSONS, *Manual de dret civil català* (Dir. F. BADOSA), Barcelona / Madrid, 2004 (Marcial Pons), pp. 741.

parentesco de origen no subsisten derechos sucesorios (recíprocos) entre la persona adoptada y sus parientes.

En la regulación de la adopción que se proyecta en el Libro II, junto al mantenimiento del parentesco con la familia de origen en el supuesto de adopción intra parejas (e intra parientes) respecto de los derechos sucesorios, se añade una nueva situación. A propuesta de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal se puede proponer, en interés del menor, que se mantengan los vínculos con los parientes originarios en la adopción de menores extranjeros en cuyos países no se permita la adopción plena, o cuando persistan vínculos afectivos con el padre, la madre o los hermanos⁴⁸ que no convenga truncar. Nada más se agrega ni matiza.

2. Adopción de los hijos de la pareja

El art. 443-2 CCCat, precepto, que trae causa del art. 344 CS (redactado por la Llei 3/2005, de 8 de abril), determina los efectos sucesorios ab intestato en una de las modalidades de adopción que se separan de la adopción ordinaria. En contraste al precepto derogado, se mejora la descripción del supuesto de hecho y los efectos; se trata de la adopción de los hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en relación de pareja con carácter estable.

La regulación vigente de la adopción, la del Código de Familia modificada por la Llei 3/2005, permite la adopción de un extraño (sin relación familiar o parental) y la del hijo del otro miembro de la pareja (homo o heterosexual). El mismo criterio permanece en la regulación de la adopción del proyecto de Libro II CCCat.

En general, en esta modalidad de adopción se requiere (art. 117. 1 a CF, art. 235-32.1 a del proyecto) que la filiación de la persona a quien se adopta

⁴⁸ Article 235-47. *Efectes específics de l'adopció*

1. L'adopció origina relacions de parentiu entre la persona adoptant i la seva família i la persona adoptada i els seus descendents, i produeix els mateixos efectes que la filiació per naturalesa.

2. L'adopció extingeix el parentiu entre la persona adoptada i la seva família d'origen, llevat dels casos previstos a les lletres a) i b) de l'article 235-32, en què es manté el parentiu respecte de la branca familiar del progenitor o progenitors substituïts.

3. Els vincles de l'adoptat o adoptada amb la seva família d'origen es mantenen només en els casos que estableix la llei i, en especial, als efectes dels impediments per a contreure matrimoni i en els casos en els quals es mantenen els drets successoris.

4. Excepcionalment en interès del fill l'autoritat judicial, a proposta de la Entitat Pública o del ministeri fiscal, pot disposar el manteniment dels vincles amb la família biològica quan es tracti de infants originaris de països estrangers, la llei personal dels quals no permet l'adopció plena, o quan hi hagi vincles afectius amb la mare, el pare o els germans biològics, el trencaments dels quals sigui greument perjudicial per l'interès del menor.

no esté determinada respecto del otro progenitor, o que éste haya fallecido, esté en situación de privación de la potestad parental o incurso en causa de privación de la misma. Si no concurre ninguna de estas situaciones sólo es posible la adopción si el otro progenitor presta su asentimiento a la adopción, imprescindible dadas las consecuencias (irrevocables, art. 130 CF, 235-51 del proyecto) que acarrea la constitución de ésta.

El Código de Familia, como el art. 443-2 CCCat literalmente se refiere al cónyuge (del mismo o diferente sexo) y a la persona que convive en relación de pareja con carácter estable. ¿Es necesario que se haya constituido una unión estable de pareja o basta con acreditar la situación de hecho (convivencia estable) para adoptar?.

Por supuesto, cuando la pareja está constituida no se plantea problema alguno. Con todo, mientras no se apruebe el Libro II del CCCat (en fase, ahora, de proyecto), se ha de recordar que las parejas homosexuales han de estar constituidas (mediante escritura pública, arts. 19 y 21 LUEP), mientras que la constitución de las parejas heterosexuales puede ser automática (no formal, art. 1 LUEP). En el proyecto del Libro II CCCat, se unifican las uniones de parejas heterosexuales y homosexuales y se amplían, para éstas, las vías de constitución, entre las que se cuentan la convivencia y la existencia de descendencia común (art. 234-1 del proyecto).

¿*Quid* cuando la pareja no está institucionalizada? ¿Es posible la adopción?. En mi opinión⁴⁹ ni del art. 117 CF, ni del precepto que ahora se comenta (tampoco las previsiones del proyecto de Libro II), se infiere que sea ineludible la prueba de la constitución de la unión estable para adoptar, aunque se presuponga esta situación. Los únicos requisitos que se exigen son de hecho: acreditar la convivencia en relación de pareja, sin distinción entre la homosexual y la heterosexual, y su carácter estable, sin referencia alguna al transcurso de un determinado tiempo de convivencia (la estabilidad no se sigue sólo del tiempo sino del propósito de las personas). La dificultad es la prueba, pero no se determinan o fijan los medios, así que es posible acudir a cualquiera de los admitidos en derecho.

Pese a lo indicado, la opinión contraria no carece de fundamento ya que si se aprueba sin modificación lo que se proyecta en el Libro II CCCat, es muy probable que las referencias a la convivencia en relación de pareja de carácter estable, se hayan de interpretar siempre respecto de las parejas constituidas conforme a la ley: el Art. 234-1 (parella estable) alude,

⁴⁹ Lo que ya indiqué en M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA [GETE-ALONSO, YSAS SOLANES, SOLE RESINA], *Derecho de familia vigente en Catalunya*, 2007, pp.106. En el mismo sentido, GARRIDO MELERO, op cit, *Código Civil*, pp. 339; en contra Francisco Javier PEREDA GÁMEZ [EGEA, FERRER] *Comentaris al Codi de Família i a la Llei d'Unions estables de parella*, Madrid, 2000, pp. 533, 534.

expresamente a la pareja estable «a los efectos de esta ley» (el que es, recuérdese el Código Civil de Cataluña).

En este supuesto la adopción, aunque crea el vínculo de parentesco entre quien adopta y sus parientes y la persona adoptada, no lo extingue respecto del progenitor originario y sus parientes (art. 127 CF en la nueva redacción que le ha dado la Llei 10/2008); pero sí lo hace en relación al otro progenitor (la otra rama de parientes) que es sustituido por la adopción. Aquí, solamente se da relevancia jurídica al parentesco de origen, cuando se prevea legalmente, en especial respecto a los impedimentos para contraer matrimonio y a los efectos sucesorios (arts. 113 CF y 127.3 CF; arts 235-2 y 235-47 del proyecto de Libro II).

Entre la persona adoptada y el progenitor de origen no sustituido se aplica, en orden a los efectos sucesorios, la regla general (derecho a suceder ab intestato recíprocamente, sea cual fuere el parentesco). Asimismo, la equiparación de efectos sucesorios proclamada en el art. 443-1 CCCat se aplica en la relación entre el adoptante del hijo de la pareja y aquél: el derecho a suceder.

La especialidad, en esta modalidad de adopción, radica en el reconocimiento expreso de efectos sucesorios recíprocos entre el adoptado y los ascendientes del progenitor de origen (desplazado por la adopción).

En contraste a la regulación del Código de Sucesiones en la que (art. 344) el adoptado mantenía «el dret a succeir abintestat a llur progenitor i els parents d'aquest» la norma del Libro IV restringe los derechos sucesorios exclusivamente a los ascendientes. El progenitor de origen es sustituido a todos los efectos. Aunque no se justifica la exclusión, es muy probable que se deba a las circunstancias que concurren en esta modalidad de adopción en que o el progenitor no existe (material o jurídicamente: no está determinada la filiación), o está privado o incurso en una causa de privación de la potestad o ha asentido (en el fondo late un juicio negativo de desaprobación de la conducta del progenitor). Sin embargo, si bien estas circunstancias podrían explicar la expulsión de este progenitor de la sucesión del hijo adoptado, no justifican de ninguna manera porqué se priva al hijo adoptado del derecho a suceder al progenitor de origen.

Aunque en la actual redacción del Código de Familia no queda claro (sí en las previsiones del proyecto del Libro II) si permanece el vínculo con la rama de parientes del progenitor sustituido así sucede, cuando menos en la sucesión intestada, es una de las excepciones. Eliminado el progenitor, sólo se predica en la línea recta de la rama; la norma se refiere a los «ascendientes del progenitor sustituido» entre los que se incluyen los abuelos, bisabuelos...etc.

La persona adoptada por la pareja (cónyuge o conviviente) de su otro progenitor *sucede a sus abuelos y ascendientes de esa rama* directamente. Quien es adoptado en estas circunstancias tiene seis abuelos a los efectos de la sucesión intestada. Se excluye la línea colateral del progenitor sustituido porque se estima que la relación afectiva es más probable que se mantenga en la línea ascendente, en particular con los abuelos, que en la colateral.

En *la sucesión del adoptado*, los ascendientes (abuelos) del progenitor sustituido concurren con los del otro progenitor de origen y con los adoptivos, cuando hayan fallecido los padres (adoptivo y el de origen: pareja, cónyuge). Es decir, cuando sea llamado el orden de los ascendientes.

En los dos casos (sucesión de los ascendientes-sucesión del adoptado), no obstante se ha de tener en cuenta que, como indica el art. 443-5 CCCat, la falta de trato familiar elimina los efectos sucesorios.

3. Adopción entre parientes

Como se comentó, el nombre que se da a esta modalidad de adopción, «adopción en la misma familia» (título del art. 443-3), pese a que esté extendido y sea de uso común, el propio Preámbulo de la ley habla de «l'anomenada *adopció intrafamiliar*»,⁵⁰ no es adecuado. Técnicamente, no es la adopción en la familia sino la adopción de parientes regulada en el art. 117.1 b CF.⁵¹ La adopción de huérfanos parientes de quien adopta, por consanguinidad o afinidad, hasta el cuarto grado. Dado que no se permite la adopción entre los parientes en el segundo grado (hermanos, cuñados) (art. 118 b CF, art. 235-31.2 b y c del proyecto de Libro II) y que el límite para la sucesión intestada, es el cuarto grado (art. 442-11), el supuesto que se comprende es el de la adopción de los parientes de tercero y cuarto grado (más allá de éste es adopción entre extraños).

Junto al parentesco por consanguinidad se sitúa el parentesco por afinidad que se mantiene mientras dura el matrimonio que da origen al mismo (cf, art. 118 b CF).⁵² Entre los parientes por consanguinidad de la pareja con quien se convive con carácter estable y su compañera/o no existe parentesco por afinidad, de manera que la adopción de la persona que, de haber estados casados, hubiera sido pariente afín, es adopción entre extraños en la que se produce la ruptura de los vínculos de origen. Una nueva diferencia

⁵⁰ Apartado V, 4.

⁵¹ Se mantiene inalterada en el art. 235-32 del proyecto de Libro II.

⁵² Art. 235-31.2 b y c del proyecto Libro II.

entre el cónyuge y la pareja estable, que carece de trascendencia a efectos sucesorios porque el parentesco por afinidad es irrelevante.

El precepto distingue una regla general y dos particularidades. Como en el artículo del que deriva (art. 345 CS), la finalidad que se pretende es la de procurar que esta modalidad de adopción no interfiera en los derechos sucesorios que existieran entre parientes antes de que se produjera aquella, pero estableciendo límites.

Aunque la adopción puede ser de parientes por afinidad, como este parentesco no se tiene en cuenta en la sucesión intestada, los efectos se circunscriben al parentesco por naturaleza y al adoptivo, de los parientes entre quienes se produce la adopción.

3.1. Regla

Entre quien ha sido adoptado por un pariente de tercer o cuarto grado y los ascendientes de la rama familiar en la que no se ha producido la adopción se mantienen los derechos sucesorios ab intestato con las precisiones particulares que se examinan enseguida.

El derogado art. 345 CS mencionaba, sin especificar, a los parientes por naturaleza en relación a los que hubiera un eventual derecho a suceder. La norma actual lo restringe a la línea recta (directa) y, con buen criterio, lo predica de la rama familiar en la que no ha tenido lugar la adopción, pues en la rama en la que se ha producido la adopción cuenta el nuevo parentesco (el adoptivo) y no el anterior.

Así, por ejemplo, el sobrino adoptado por su tía materna conserva los derechos sucesorios en la rama familiar de su padre. De otra parte, entre adoptante (la tía) y el adoptado (el sobrino) los derechos sucesorios que existen son los que se derivan del parentesco adoptivo (línea directa y grado uno). Sólo a los primeros se refiere el art. 443-3 CCCat.

Esta regla general, pese a que literalmente sugiere que los efectos sucesorios ab intestato se producen en una sola dirección (entre el adoptado y los ascendientes de la otra rama) son recíprocos (entre los ascendientes de la rama y quien fue adoptado).

3.2 Especialidades

Las reglas especiales comprenden dos situaciones que se refieren:

- A. *La sucesión de la persona adoptada y sus descendientes*: en la que sólo se llama a los ascendientes de la rama familiar en la que no se ha producido la adopción y sólo en el caso de que no existan

ascendientes de los padres adoptivos. De forma que, en esta situación, se prima el vínculo de parentesco derivado de la adopción respecto del parentesco de origen (sea cual fuere) y no se produce concurrencia de ascendientes (art. 443-3. a CCCat).

- B. *La sucesión de los ascendientes de origen* en la que no se ha producido la adopción. En concordancia con la regla anterior, los adoptados por un pariente de la otra rama familiar sólo suceden en el caso de que no existan hijos o descendientes del causante (que es el ascendiente de origen) que, según indica la norma en una redacción poco clara «(...) no hagin estat adoptats per una altra persona» (art. 443-3 b).

En verdad, el entendimiento adecuado de ésta (que se expresa confusamente), es el mismo que se hacía en la dicción de la legislación anterior, en la que se explicaba con mayor claridad (art. 345, 2º CS). Conforme a la misma, para que el adoptado por un pariente pueda suceder al ascendiente de la otra rama familiar, el causante (ascendiente) no ha de dejar hijos o descendientes por naturaleza. Aunque a diferencia del precepto del Código de Sucesiones, se ha eliminado la referencia al parentesco por naturaleza y se menciona el origen, sin especificar, se infiere que la referencia ha de ser al parentesco por naturaleza. Si quienes subsisten son hijos adoptivos descendientes del causante éstos concurren con la persona adoptada por otro pariente. La finalidad es la de evitar la concurrencia del adoptado con sus hermanos consanguíneos que aun conservan el parentesco con sus progenitores al no haber sido adoptados por otra persona.

Esta regulación de la sucesión intestada, en los supuestos estudiados, contrasta con los derechos legitimarios. Según el art. 451-3.4, en la adopción por la pareja del progenitor y en la adopción intrafamiliar, en la sucesión de los ascendientes *del progenitor de origen sustituido* por la adopción, *no es legitimario* ni por derecho propio ni por derecho de representación. Tampoco lo es, el huérfano *adoptado por parientes dentro del cuarto grado en la sucesión* de los ascendientes de la rama familiar en la que no se ha producido la adopción.

Si se observa la regla es diametralmente opuesta a la que se prevé en la sucesión intestada. ¿Cuál es la justificación? La explicación es evidente, la reducción de los derechos legitimarios y la primacía del principio de libertad de testar que se proclama en la configuración de la sucesión. Son clarificadoras las palabras del Preámbulo⁵³ (Apartado VI.2) en el que se indica que «(...) en aquests casos, el fill adoptiu té ja les seves lligítimes

⁵³ Apartado VI. 2.

en la successió dels qui l'han adoptat i, si escau, dels seus ascendents, i no hi ha cap raó sòlida per a limitar la llibertat de testar del progenitor o dels avis desplaçats per l'adopció».

4. Sucesión entre los hermanos por naturaleza adoptados

En el derogado art. 346 CS, para cualquier caso de adopción los hermanos por naturaleza, adoptados por personas distintas y que pasaban a tener un estatus *fili* (también el estatus *familiae*) diferente unos de otros, siempre conservaban el derecho a sucederse *ab intestato*, naturalmente cuando fuera llamado el orden colateral.

La nueva regla (art. 443-4) para el mismo supuesto de hecho (hermanos por naturaleza adoptados por personas distintas) ciñe el mantenimiento de los derechos sucesorios a las modalidades de adopción intra parejas e intra parientes (arts. 443-2 y 443-4). En ambos casos, frente a lo que se prevé para la línea ascendente en la que no siempre se permite la concurrencia del parentesco por consanguinidad y el parentesco por adopción, cuando se trata de la sucesión entre hermanos aquí sí se admite. Es decir, la adopción no impide que cuando son llamados a suceder los hermanos de quien fue adoptado, concurren en esta sucesión, los hermanos adoptivos (los otros hijos de los adoptantes) con los hermanos por naturaleza del adoptado fallecido.⁵⁴

De todas formas la norma sólo de manera expresa se refiere a la conservación de los derechos a sucederse entre sí a los hermanos por naturaleza. De ahí que cualquier vínculo de parentesco en la línea colateral que no sea por naturaleza se extingue, a los efectos sucesorios, con la adopción por aplicación de la regla general. Así, aunque el supuesto parezca de laboratorio (no debe dejarse de lado), no mantiene derechos sucesorios respecto de los hermanos adoptivos que pudiera tener la persona que después es adoptada por la pareja (cónyuge) o por el pariente.

El precepto, siguiendo la dicción del art. 339 CS, sólo se refiere a los hermanos. ¿Se comprende en este derecho a suceder a los hijos de los hermanos (por derecho de representación)? En la legalidad anterior así se había considerado.⁵⁵ En la norma actual la interpretación ha de ser la misma matizada por que, ahora, se exige que se acredite el trato familiar, de manera que el derecho de representación de los hijos de hermanos sí que se limita.

⁵⁴ En el mismo sentido, para la legislación derogada, CASANOVAS MUSSONS, op cit, *Manual*, pp. 742.

⁵⁵ Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios al Código de Sucesiones* (Coord. Lluís JOU MIRABENT), Barcelona 1993, Tomo II, pp. 1175.

La previsión legal es adecuada, téngase en cuenta que, como en los preceptos anteriores, la excepción sólo opera si ha existido trato familiar entre los hermanos. Parece oportuno dar entrada a los hermanos por naturaleza, solos o en concurrencia con los hermanos adoptivos, antes que a otros colaterales o a la Generalitat.

No se comprende porque se ha restringido la sucesión entre hermanos sólo a las modalidades de adopción intra parejas e intra parientes. ¿Qué impide reconocer, como se hacía en el Código de Sucesiones, el mismo derecho a los hermanos adoptados por personas extrañas? Quizá el que no se llegue a conocer la existencia de ese parentesco, pero tanto en la normativa actual como en la proyectada, recuérdese que se prevé una acción en ese sentido (al menos para averiguar quienes fueron los progenitores biológicos y los datos biogenéticos (acción de investigación, art. 129. CF, que permanece en el proyecto del Libro II, arts. 235-49 y 235-50). Antes de dar paso a la sucesión intestada de la Generalidad, se habrían de agotar todas las posibilidades del parentesco.

Sin embargo, conviene detener la atención sobre un dato de interés, la exclusión de este derecho en la adopción ordinaria obedece a la aplicación de la regla general de ruptura de vínculos (art. 443-1.2). De la excepción no es legítimo cuestionar porque no se extiende a otro caso que, además, de admitirse, abocaría a ser una regla general.

5. El trato familiar

Los derechos sucesorios en la familia de origen, pese a la adopción, en las modalidades de adopción y en la sucesión entre hermanos no existen «(...) si s'acredita que el causant i el sucesor no han mantingut el tracte familiar» (art. 443-5).

En el Código de Sucesiones el trato familiar, como requisito adicional para suceder, además del vínculo parental, se exigía en la adopción intra parejas y en la sucesión del hijo no matrimonial que se producía cuando eran llamados los ascendientes (arts. 337 y 342 CS). Exigencia que había llevado a decir⁵⁶ que constituía un principio general específico del Derecho catalán. En el Libro IV del Código Civil de Cataluña no se puede hablar de principio general porque el ámbito de actuación se ha reducido considerablemente.

Como se advirtió *supra*, en la sucesión de los hijos por naturaleza no matrimoniales ha desaparecido la referencia al trato familiar que ya no se menciona.

⁵⁶ CASANOVAS MUSSONS, op cit, *Manual*, pp. 741.

En la sucesión en el caso de adopción no tiene la misma amplitud que en el Código de Sucesiones. El art. 342 CS, sin distinción (entre adopción ordinaria y adopción intra parejas e intra parientes) sólo llamaba a los ascendientes «si han donat a l'adoptat el tracte familiar que correspon als descendents» y para la línea recta. La norma actual delimita la exigencia de trato familiar a determinadas modalidades de adopción y en consideración, precisamente, de los efectos específicos de éstos: las adopciones del hijo del cónyuge / pareja y las adopciones de parientes. Quedan al margen las adopciones ordinarias (entre extraños).

De ahí que los ascendientes adoptivos (los abuelos) sean llamados a suceder al adoptado cuando los progenitores hubieren fallecido y no existan descendientes, con independencia de que hubiera habido trato familiar o no.

La reducción actual parece de sentido común, se aviene mejor de una parte, a la especialidad de efectos sucesorios en estos casos (su mantenimiento), y de otra, a la realidad. En la adopción ordinaria la equiparación del parentesco lo es a todos los efectos, no puede estar pendiente del «trato familiar», mientras que en las modalidades la permanencia del parentesco es una excepción a la regla.

Además de estos supuestos, también, en la sucesión entre sí de los hermanos, en los mismos casos (adoptados por la pareja o por parientes) es necesario acreditar que ha existido trato familiar entre ellos. Frente a la norma anterior aquí si que se ha producido una ampliación pues para este caso no se requería.

Este trato familiar en cierta medida es parejo a la *affectio* exigida al cónyuge sobreviviente y a la pareja, que junto a la convivencia se erige en fundamento de su derecho a suceder *ab intestato*. La presencia de este trato familiar, de esta manera, modaliza las reglas del vínculo de parentesco en la adopción. Al dato del parentesco por naturaleza-por adopción, se agrega la constancia de la efectividad de la relación personal e integración (o no desaparición de los lazos) pese a la adopción. La ruptura de estos vínculos afectivos confirma, entonces, la extinción de la relación de parentesco.

Por trato familiar se entiende la situación en la que entre quienes se predica, se ha producido una relación afectiva y de comportamiento entre ascendientes y descendientes y hermanos que es la que habitualmente se espera y califica como tal por la sociedad. Asimismo comporta la falta de rechazo manifiesto de la persona (adoptada). En todo caso, se trata de una situación pública y reconocible.

La ausencia de trato familiar debe acreditarse, para lo que se puede acudir a cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

V. LA SUCESIÓN DEL IMPÚBER

Fiel a la tradición (*Constitucions i altres Drets de Catalunya*, Vol I, Lib IV, Tít II, Constitució de Jaume I en Tarragona 1260 ; Constitució de Pere III, Cortes de Monzón 1363, Constitució de Felipe II en Monzón 1585),⁵⁷ el art. 444-1 regula la sucesión intestada del causante impúber tomando, mejorada, la norma del art. 391 CS.

Es el hecho de carecer de capacidad para otorgar testamento, ser menor de 14 años (art. 421-4, anterior 104 CS), el que determina que, a falta de sustitución pupilar (art. 425-5, anterior 171 CS) entre en juego la regla especial cuyo dato más relevante es, frente a la sucesión intestada regular, su *carácter troncal* (de donde la calificación de sucesión irregular), que, además, el texto explicita en el nombre que asigna al art 444-1 (carácter troncal dels béns).⁵⁸ En esta sucesión irregular se procura por el retorno de determinados bienes, que están en el patrimonio del causante impúber, a los parientes de los que procedía (*materna maternis, paterna paternis*).

En líneas generales, y con mejor técnica de redacción que es de agradecer, en el Libro IV CCCat se mantiene el régimen de esta sucesión especial. Pese a ello, el legislador aquí no ha dejado pasar la oportunidad para restringir el alcance de la troncalidad y limitarla, decisión que quizá se explica porque se ha estimado que el de troncalidad, es un viejo criterio desfasado, en vías de extinción en la sociedad actual y también (¿por qué no?) con fundamento en que el supuesto de hecho, el fallecimiento de un menor de 14 años que ha adquirido bienes de sus parientes, no es tan habitual como en épocas anteriores.

En la regulación del CCCat, tres son las variantes que se presentan respecto de la del Código de Sucesiones.

La primera, por demás absolutamente vinculada con el principio de troncalidad, afecta a los bienes que se califican como troncales. Frente a la norma anterior que consideraba como tales los bienes del impuber sea cual fuere el título de adquisición mientras quedara acreditada que la procedencia era parental, en la regla del art. 444-1 a) la cualidad sólo se predica de los bienes «adquirits a títol gratuít». Bajo esta expresión se deben comprender, además de las donaciones, los adquiridos vía sucesión.

De algún modo parece que se justifica el retorno por la ausencia de contraprestación lo que, sin duda, se ajusta mejor al concepto de

⁵⁷ SALVADOR CODERCH, op cit «Comentarios» pp. 132 y ss; Anna CASANOVAS MUSSONS, «Capítol 57. La successió intestada» en *Manual de Dret civil català* (Dir. Ferran BADOSA COLL), Madrid-Barcelona 2003, pp.746 i 747.

⁵⁸ Al que también llama el art. 425-7 titulado «Principi de troncalitat».

troncalidad. Si el impúber adquirió, mediante compra, un bien de un pariente ¿qué justifica el que se prefiera a un pariente y se trastoque el orden regular de la sucesión cuando ha existido un cambio económico y una, llamémosle compensación por la salida del bien?

También, se ha de notar que no es muy habitual y normal que un menor de 14 años adquiera bienes familiares pagando un precio, en la mayor parte de los casos la adquisición-transmisión se produce por donación o sucesión, en definitiva títulos lucrativos (gratuitos).

Otra reforma está emparentada con la debilitación de la legítima. A tenor del art. 349 norma 2ª CS si existían ascendientes de la otra línea, conservaban su derecho a legítima sobre dichos bienes. La letra b del art. 444-1, en contraste, restringe el derecho a legítima sólo al progenitor superviviente de la otra línea. Si los que sobreviven son otros ascendientes y no el progenitor, no existe legítima. De todas formas, no existe en propiedad novedad de trascendencia pues por aplicación de las reglas generales se ha de tener en cuenta que los únicos ascendientes con derecho a legítima, en este caso, sólo lo son los padres. De ahí que se justifique la precisión terminológica.

Finalmente, desaparece la mención expresa a que la dote estimada, el esponsalicio o escreix se considera de procedencia paterna y de procedencia materna, la dote estimada, el precio de la dote estimada y la soldada.

El resto de la sucesión del causante impúber sigue el régimen ya conocido.

VI. CONCORDANCIAS

Después del repaso de las normas que regulan directamente el sistema de sucesión intestada conviene, para cumplir con el título de la ponencia, hacer alusión breve a la función que cubre en otras instituciones ya reguladas en el Libro IV ya en leyes que están fuera de él, ya en otros Libros del CCCat vigente (las referencias al Código de Familia y al proyectado Libro II se han ido haciendo a lo largo de la exposición).

1. Leyes especiales

Por lo que se refiere a las leyes civiles que aún no se han incorporado en el Código Civil ni forman parte del Código de Familia, las más significativas en las que se contienen derechos sucesorios intestados son la Llei 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mutua (LSCAM) y la Llei 22/2000, de 29 de diciembre, d'acolliment de persones grans (LAPG).

En las situaciones de convivencia de ayuda mutua debe mencionarse el derecho del sobreviviente, cuando la convivencia se extingue por la muerte, a reclamar una pensión alimenticia a los herederos cuando el conviviente supérstite era mantenido «totalment o parcialment pel premort en l'últim any de la convivència previ a la defunció i no tinguin mitjans econòmics suficients per a mantenir-se tenen dret a una pensió alimentària, a càrrec dels hereus d'aquell (...)» (art. 8 LSCAM). Este mismo derecho se mantiene en los trabajos preparatorios del Libro II (persona y familia) (art. 240-7).⁵⁹

El *acogimiento de personas mayores* otorga derechos sucesorios a los acogedores, en caso de fallecimiento de los acogidos. Derechos sucesorios intestados (art. 8 LAPG⁶⁰) que incluso pueden llegar a comportar una alteración en el orden de suceder ya que se anteponen los acogedores a los colaterales. La situación de acogimiento de personas mayores, tal y como se regula en la actualidad, no está previsto que pase a incorporarse al Libro II. En el proyecto publicado en BOPC se manifiesta el propósito de incorporar este acogimiento al Libro VI de obligaciones y contratos dado su carácter contractual. Nada se avanza acerca de si además de la relación contractual existe intención de conservar los efectos sucesorios que ahora sí se prevén. Es muy probable que, como se comentó *supra*, el silencio del Libro IV en torno a estos derechos sucesorios y la experiencia de la institución, que prácticamente ha sido nula, comporte la eliminación de estos efectos.

En el *interín*, no obstante, sigue vigente, lo que implica que se ha de contar con su existencia.

⁵⁹ Sobre este derecho y su calificación me remito a GETE-ALONSO Y CALERA / NAVAS NAVARRO/ YSAS SOLANES/ SOLÉ RESINA, op cit «Sucesión por causa de muerte ...», pp. 305 a 397.

⁶⁰ L' article 8. *Efectes en cas de successió intestada* indica:

“1. En la successió intestada de les persones acollides, si la convivència ha estat per un període mínim de quatre anys, les persones acollidores tenen el dret, en concurrència amb descendents, cònjuge, ascendents o col·laterals fins al segon grau de consanguinitat o adopció, i conjuntament si en són dues, a exercir una acció personal i exigir, als hereus d'aquells, béns hereditaris o llur equivalència en diners a elecció dels qui siguin hereus, que representin una quarta part del valor de l'herència.

2. També poden reclamar la part proporcional dels fruits i les rendes de l'herència percebuts des del dia de la mort de les persones acollides, o de llur valor en diners.

3. S'ha d'imputar sempre a compte de la dita quarta part el valor dels béns que, per qualsevol títol gratuït, les persones acollidores hagin rebut de les acollides o que aquestes els hagin atribuït en llur herència encara que hi renunciïn.

4. L'acció per a formular les reclamacions establertes pels apartats 1 i 2 prescriu al cap d'un any de la mort de la persona acollida.

5. Si no hi ha descendents, cònjuge, ascendents ni col·laterals fins al segon grau o si els fills d'aquests han premort, a les persones acollidores els correspon tota l'herència, si la convivència ha estat per un període mínim de quatre anys”.

2. El Libro IV del Código Civil

La nueva redacción, en ocasiones, de los preceptos del Código de Sucesiones ha propiciado, como se ha tenido ocasión de comprobar, que se explicitaran en el nuevo texto tesis o interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia habían defendido acerca de alguna cuestión concreta.

Es así que, si bien no es correcto calificar el precepto como novedad de régimen, sí es digno de mención en la medida que repercute, en general, en la sucesión intestada como institución jurídica.

Esto es lo que se produce en los siguientes casos:

- *Art 421-20.1* en el que se regula el *codicilo* en el que el testador puede dictar disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos abintestato.
- *Art 422-4*. Consecuencias de la nulidad y caducidad del testamento; en cuyo apartado 1 se explicita que «La nul.litat del testament determina que la successió es regeixi pel testament anterior vàlid o, si no n'hi ha, que s'obri la successió intestada».
- *Art. 422-9* (trae causa del art. 130 CS), Alcance de la revocación de los testamentos. El apartado 5 explicita que «El testament merament revocatori determina que la successió es defereixi d'acord amb les normes de la successió intestada».
- *Art. 423-5*, institución en usufructo (art. 140 CS). Frente a la norma del CS conforme a la que el heredero instituido devenía libre si no se había instituido heredero posterior ni heredero universal o el instituido no llegaba a serlo, el apartado 3 del nuevo precepto establece la solución contraria. «Si no hi ha instituït hereu posterior ni hereu universal, o si l'instituït no arriba a ésser-ho, s'entén que s'ha ordenat una substitució fideïcomissaria a favor dels qui serien els hereus intestats del testador en el moment d'extinguir-se l'usdefruit».
- *Art. 423-8. 1*, institución a favor de los hijos en que se dispone que «Llevat que s'infereixi que la voluntat del testador és una altra, si aquest crida els seus hereus i legataris o llurs substituïts sense designació de noms, mitjançant l'expressió fills, s'entén que hi són inclosos tots els seus descendents, amb aplicació de l'ordre legal de crides de la successió intestada».
- *Art. 423-9*, institución a favor de parientes en el se dispone una norma de interpretación de la voluntad de testador cuando se refiere a «hereus meus, hereus legítims, hereus intestats,

parents més pròxims, parents, successors, aquells a qui per dret correspongui o els meus hereus» en donde se considera llamados a los que en el momento de deferirse la herencia o legado habrían sucedido abintestato al testador de acuerdo con el orden legal de llamamientos.

- *Art. 423-10*, exclusión testamentaria de herederos intestados. En este caso se explicita una tesis que había mantenido la doctrina y la jurisprudencia catalanas. El testamento en el que se excluye el llamamiento de determinadas personas llamadas a suceder al causante en la sucesión intestada, en el que no se haya instituido heredero, comporta que sean llamados a suceder los que no hayan sido excluidos conforme a las reglas de la sucesión intestada. La eliminación de un sucesor que sea legitimario, sin embargo deja subsistente su derecho a reclamar la legítima (porque se trata de una sucesión testada)
- *Art. 424-15*, el llamamiento a los herederos intestados que lo fueren en el momento de la muerte del causante en el caso de caducidad total o parcial de la confianza (en la herencia de confianza).
- *Art. 425-7. 2*, en la sucesión del causante impuber, el llamamiento como sustitutos pupilares de los hermanos o parientes «per l'ordre de la successió intestada».
- *Art. 461-11*, pluralidad de llamamientos, en cuyo apartado 2 se dispone, matizando el anterior art. 27 CS, que la repudiación de la herencia en la creencia de que era intestada no perjudica al repudiante si ha sido llamado a la sucesión en testamento o pacto sucesorio.

3. El Libro I del Código Civil

En el Libro I escasas son las llamadas a la sucesión intestada, entre ellas:

- *Art 121-2*: la imprescriptibilidad de las acciones declarativas, entre las que se incluyen la declaración de heredero (testado o intestado) y las de partición de la herencia.

4. El Libro V del Código Civil

La referencia ya directa a la sucesión intestada, ya indirecta, porque se menciona la sucesión sin concretar, en el articulado del Código Civil es obligada.

Sin pretender la exhaustividad baste un recordatorio general de los preceptos e instituciones en los que entra en juego la sucesión intestada:

- *Art. 531-15*: revocación de donaciones. Se configura como legitimados pasivos, contra los que se ejercita la acción de revocación de la donación, a los herederos (testados o intestados) de los donatarios. Y como legitimados activos a los herederos (testados o intestados) de los donantes, excepto para el caso de revocación por pobreza del donante. Cuando la revocación sea por causa de ingratitud no cabe, en cambio, dirigir la acción contra los herederos de los donatarios, y los herederos de los donantes sólo pueden ejercitarla si éstos no lo han podido hacer.
- *Art. 531-28*: pueden alegar la usucapión los herederos (testados o intestados) de la persona que ha usucapido.
- *Art. 552-2*: constitución de la comunidad. Aunque no se menciona en el precepto directamente, pues se alude a «disposicions per causa de mort», se comprende también la sucesión intestada como causa de la que se pueda derivar una situación de comunidad, incluida en el apartado relativo a la ley.

RELACIONS FAMILIARS I ATRIBUCIONS SUCCESSÒRIES LEGALS. LLEGÍTIMA I QUARTA VIDUAL AL LLIBRE IV DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA*

ALBERT LAMARCA I MARQUÈS
PROFESSOR TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI. I. INTRODUCCIÓ. RELACIONS FAMILIARS I ATRIBUCIONS SUCCESSÒRIES LEGALS. II. NOVETATS EN LA REGULACIÓ DE LA LLEGÍTIMA. 1. Disposicions generals. 2. Els legitimaris i el dret a llegítima. 3. Quantia i còmput de la llegítima. 4. Atribució i percepció de la llegítima en l'herència. Intangibilitat legitimària i suplement. 5. Pagament de la llegítima. 6. Imputació de donacions i atribucions particulars a la llegítima. 7. Col·lació hereditària i imputació legitimària. 8. Preterició i desheretament. 9. Inoficiositat legitimària. 10. Extinció de la llegítima. Renúncia i prescripció. III. LA REFORMA DE LA QUARTA VIDUAL. 1. Drets viduals i dret civil català. 2. Dret a la quarta vidual. 3. Còmput de la quarta vidual. 4. Quarta vidual i liquidació del règim de separació de béns. 5. Reclamació i pagament de la quarta vidual. 6. Extinció de la quarta vidual.

I. INTRODUCCIÓ. RELACIONS FAMILIARS I ATRIBUCIONS SUCCESSÒRIES LEGALS

La Llei 10/2008, de 10 de juliol, *del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, regula en el títol V, a la rúbrica *Altres atribucions successòries determinades per la llei*, les institucions tradicionals de la llegítima i la quarta vidual. Un cop suprimida la reserva, aquestes són les dues institucions en què el dret català té en compte les relacions familiars del causant per tal d'atribuir legalment drets en la seva successió. En un cas —la llegítima— els drets són per als parents en línia directa, fills i altres descendents per dret de representació, i si aquests manquen els pares o ascendents de primer grau. Pel que fa la quarta vidual, el beneficiari és el cònjuge o convivent supervivent, a càrrec de l'herència del cònjuge o

* Aquest treball s'ha realitzat en el marc del projecte DER2008-01809/JURI, finançat pel Ministeri de Ciència e Innovación. Agraïxo el suport a la recerca d'Ingrid Fabián, Raquel Fabián, Carla Gasch i Magalí Riera, alumnes de quart curs de la llicenciatura en Dret a la Universitat Pompeu Fabra i becàries de col·laboració a l'Àrea de Dret Civil de la mateixa Universitat.

convivent premort. En la llegítima l'atribució té el caràcter de participació fixa sobre el patrimoni relict, mentre que en la quarta vidual el contingut és variable i cal, a més, que el supervivent no tingui recursos suficients per atendre les seves necessitats.

El llibre IV CCCat qualifica la llegítima i la quarta vidual com a atribucions legals o determinades per la llei, i en destaca així el caràcter forçós o obligatori en la successió del causant. Amb tot, en dret català s'ha destacat que, a diferència del que passa en altres ordenaments, ambdues institucions no constitueixen una part material o de béns de l'herència reservada als parents, que és el que pròpiament limita la facultat de disposar del causant. En el nostre dret s'ha parlat més aviat d'un fre de la llibertat de testar per l'existència d'aquest dret de crèdit dels beneficiaris, en la mesura en què serà l'hereu qui hi haurà de fer front, amb el patrimoni rebut o amb béns extrahereditaris. Però, en aquests termes, és clar que el causant pot prescindir totalment de llegítima i quarta vidual, en ordenar la seva successió, sense ni tan sols fer-hi esment.¹

Ambdues institucions han sofert modificacions importants en la regulació que en fa el llibre IV del CCCat, en relació amb el text que contenia el Codi de Successions, i anteriorment la Compilació. Aquests canvis responen al mandat legislatiu que conté la Llei 29/2002, de 30 de desembre, *primera Llei del Codi civil de Catalunya*, a l'art. 6. En ocasions la refosa s'ha aprofitat per aclarir i actualitzar aspectes puntuals del dret vigent, en d'altres representa una millora clara de la legislació existent, atès que la modernitza i l'adapta a la societat actual, sense implicar-ne una reforma a fons, mentre que en les menys ha passat això darrer, especialment en matèria de quarta vidual.²

¹ Sobre les característiques de la llegítima en dret català, continua essent cabdal el treball d'Encarna ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, Barcelona, Càtedra Duran i Bas, 1975, i són de referència els seus comentaris a la regulació compilada, Encarna ROCA TRIAS, «Comentari als arts. 122 a 146», a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVIII. Vol. 2. Artículos 122 a 161. Compilación de Cataluña*, Madrid, Edersa, 1982, p. 1 a 275; vegeu també, Josep M. PUIG SALELLAS, «Sobre preterición no errónea y desheredación injusta (Sentencia de 30 de enero de 1973)», a *Revista Jurídica de Catalunya* 1975, p. 119 i seg., p. 148; Juan José LÓPEZ BURNIOL, «Las limitaciones a la facultad de disposición», a CÀTEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ «DURAN I BAS» (ed.), *Materials de les III Jornades de Dret Català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori. Tossa de Mar, 26-29 de setembre de 1984*, Universitat de Barcelona, 1985, p. 61 i seg.; Lluís PUIG I FERRIOL / Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum III. Dret de Successions*, 7a. ed., València, Tirant lo Blanch, 2009, p. 537 i seg.

² En aquest sentit es recull al Preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, pel que fa al conjunt del text en relació amb el Codi de successions: «Tanmateix, s'ha aprofitat l'oportunitat que oferia la incorporació del seu contingut al llibre quart del Codi civil per a actualitzar-ne un nombre significatiu d'institucions i preceptes i, en algunes matèries, per a fer-hi reformes d'una certa profunditat», i en relació amb la llegítima també, «El llibre quart manté la llegítima com a atribució successòria legal i límit a la llibertat de testar,

Llegítima i quarta vidual no són les úniques institucions en què el llibre IV del CCCat té en compte els vincles familiars del causant en la regulació de la successió. Aquestes ho són amb caràcter legal o forçós, però la família està contemplada en altres institucions del dret successori català, assenyaladament en l'ordre de les crides abintestat, quan el causant no ha atorgat testament o aquest esdevé ineficaç. A més, el dret successori té en compte els parents quant a la interpretació de la voluntat del causat (art. 422-13, 423-8 o 423-9), en supòsits en què aquests realitzen una determinada funció en la successió (art. 424-1 a 424-10), per atribuir un caràcter troncal als béns hereditaris (art. 425-7 o 444-1) o bé per donar un tracte diferenciat als límits dels fideïcomisos (art. 426-10), entre altres.

Hom pot afirmar que l'existència d'atribucions legals per raó de parentiu és una qüestió de preferències dins de cada ordenament, una decisió de política jurídica. Amb tot, es pot afirmar que no són drets arbitraris, mancats de fonament, ja que responen a una realitat social incontestable com és la familiar. Des de les III Jornades de Tossa l'any 1984 —fa quasi un quart de segle— s'han aixecat veus que propugnen la supressió de la llegítima o bé la seva modificació estructural canviant-ne els subjectes beneficiaris i els requisits per tenir-hi dret.³ Aquest és un debat recurrent en molts ordenaments que en l'aprovació del llibre IV del CCCat no s'ha abordat a fons. En la meua opinió, no suposa cap decisió incoherent i poc fonamentada mantenir una llegítima curta com la catalana, en un sistema presidit per la llibertat de testar que no propugna la igualtat dels fills, i no aprecio que pogués comportar especials beneficis en el context de les relacions familiars la seva supressió o modificació. Si partim de l'existència dels vincles de parentiu que generen la filiació, amb la formació d'una comunitat familiar en la gran majoria de casos, la participació en l'herència del progenitor per efecte de la llei, i en la reduïda extensió de la catalana, em sembla raonable, amb fonaments materials sòlids. És més, considero que les alternatives plantejades, siguin en forma de supressió o de modificació, no representarien cap millora significativa en termes de benestar social en relació amb el règim vigent.

però accentua la tendència secular a afeblir-la i a restringir-ne la reclamació» i sobre la quarta vidual, de la qual es destaca «la regulació de nova planta».

³ Cfr. Josep M. PUIG SALELLAS, «Notes sobre l'eventual reforma de la llegítima», a CÀTEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ «DURAN I BAS» (ed.), *Materials de les III Jornades de Dret Català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori*. Tossa de Mar, 26-29 de setembre de 1984, Universitat de Barcelona, 1985, p. 211 i seg.; mentre que LÓPEZ BURNIOL, *Las limitaciones a la facultad de disposición*, cit., no es pronunciava en aquest sentit en l'exposició del dret vigent resultant del Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, i de la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del Dret Civil de Catalunya.

Pel que fa a la supressió total de la llegítima, penso que podria generar més conflictes familiars que els beneficis derivats d'una pretesa llibertat de testar absoluta pel del causant. Al capdavant, la llegítima es pot considerar no tant com un benefici envers l'herència dels progenitors, sinó com una defensa en relació amb els germans quant a aquesta herència. Els enfrontaments per raó de comportaments oportunistes adreçats a captar la voluntat dels pares, que propiciaria un sistema de llibertat de testar absoluta, en perjudici dels altres germans, queda ara mitigat per l'existència d'una quarta part reservada en benefici de tots. En l'actualitat, el germà que es pot sentir perjudicat pel comportament dels altres sap que en tot cas li correspon una quota mínima. A manca d'aquesta quota reservada per llei, la defensa d'unes expectatives raonables en l'herència dels progenitors, i davant el risc de no obtenir-ne res, seria probablement molt més aferrissada, amb tots els conflictes familiars que això podria comportar.⁴

En relació amb altres propostes que es puguin fer de modificació estructural de la llegítima, penso que la valoració ha de ser igualment negativa. Sobre la conversió de la llegítima, com a dret individual dels parents en línia directa que és, en un dret col·lectiu o llegítima conjunta en favor de tots ells amb la facultat pel causant d'elegir-ne els beneficiaris, segons el model castellà de la *mejora* o l'aragonès de llegítima col·lectiva, cal dir que no pertany a la tradició catalana, basada en la llegítima individual.⁵ En el nostre sistema la llegítima té en compte la relació de cada legitimari amb el causant i no és un dret en favor d'un grup de parents. En segon lloc, diferenciar els fills per la seva edat quant al dret a la llegítima, o bé per un pretès estat de necessitat, tampoc no sembla una solució gaire positiva en la seva implementació pràctica. En primer lloc, perquè és clar que entre els fills del causant, que són germans, hi haurà sempre una diferència d'edat, de manera que no tindria cap sentit, d'acord amb el meu punt de vista, donar dret a llegítima, posem per cas, al fill de setze anys i no donar-la al de vint. Pel que fa a una llegítima de caràcter alimentari, penso que en dret privat cal evitar la creació de pretensions indeterminades per als particulars en què l'única forma d'exercitar-les és davant els tribunals de justícia.⁶

⁴ Cfr. Ángel CARRASCO PERERA, «Acoso y derribo de la legítima hereditaria», a *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 580, en afirmar amb ironia, sobre el manteniment de la llegítima llarga castellana, que «no es humano privar a los padres de la opción de sacar su herencia a una subasta en la que los hijos tengan que pujar con promesas de cariño y cuidados, con los que amenizar los tristes días de la ancianidad».

⁵ Ho ha proposat així, Martín GARRIDO MELERO (ed.), *Codi civil de Catalunya. Llibre IV, relatiu a successions (Llei 10/2008, de 10 de juliol). Amb notes de concordança i crítiques*, La Notaria, Barcelona, 2008, p. 374.

⁶ La configuració de la llegítima en aquests termes no seria una novetat absoluta en dret català, atès que l'art. 127 de la CDCC de 1960 preveia un dret d'aliments, en proporció al valor de l'herència, per als fills naturals que no fossin legitimaris en la successió del

La força de la llegítima catalana rau en el fet que suposa una quantitat determinable pel mateix legitimari i que l'hereu sap que inevitablement haurà de pagar. Atorgar una pretensió a determinar de manera relativa per part d'un jutge en funció d'un estat de necessitat del seu titular em sembla una solució que no contribueix a la resolució de conflictes, sinó que més aviat pot contribuir a incrementar-los.⁷

La comunitat de vida que resulta del matrimoni o de la unió en parella fa que tots dos hagin de ser considerats en les successions respectives. D'una forma que pot ser discutible, en comparació amb la llegítima, la quarta vidual té en compte aquesta comunitat de vida conjugal o de convivència, i preveu uns drets del supervivent, fonamentats precisament en aquesta comunitat, sobre l'herència del cònjuge o convivent premort si és que ho necessita.⁸

Llegítima i quarta vidual, doncs, s'han mantingut en el nou llibre IV del CCCat en relació amb allò regulat al CS. Tanmateix, ambdues institucions presenten canvis importants que mereixen un estudi detallat. En relació amb la primera podem parlar de novetats que aprofundeixen en la tendència secular al seu afebliment, sense que s'hagi produït una reforma o modificació estructural de la institució, ni en la seva quantia, ni en forma de llegítima conjunta o bé de caràcter alimentari. Mentre que en matèria de quarta vidual, l'actualització de l'institut n'ha comportat un reforçament, sobre el qual també tindrà molta importància la decisió que s'adopti, en el futur llibre II del CCCat, en matèria d'efectes de la dissolució per mort en el règim de separació de béns.

seu pare, mentre no poguessin proveir per ells mateixos «a su adecuado sustento», tot i que el precepte establia expressament que «este derecho carecerá de carácter legítimo y obligará personalmente a los herederos del padre»; sobre aquest dret ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 57 i seg. També el Codi civil espanyol preveia un dret semblant a l'art. 845, que fou derogat per la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*.

⁷ Sobre possibles propostes de reforma i models comparats, vegeu el documentadíssim treball d'Antoni VAQUER ALOY, «Reflexions sobre una eventual reforma de la llegítima», a *InDret* 3/2007.

⁸ Sobre la relació entre règim econòmic matrimonial i beneficis viduals, vegeu la interessant aportació de Laura ROSENBURY, «Two Ways to End a Marriage: Divorce or Death», a *Utah Law Review* 2005, p. 1227 i seg., per les possibilitats de comparació que ofereix amb el cas català.

II. NOVETATS EN LA REGULACIÓ DE LA LLEGÍTIMA

1. Disposicions generals

El llibre IV del CCCat no ha modificat els trets que es poden considerar com a estructurals o definidors de la llegítima en dret català, tal com es recollien al CS. A més, el capítol I del títol V del llibre IV del CCCat, dedicat a la llegítima, presenta la mateixa sistemàtica de l'homònim capítol I del títol V del CS, amb les mateixes sis seccions que presenten rúbriques idèntiques. Hi ha alguna disminució en el nombre d'articles, de vint-i-nou es passa a vint-i-set articles, però formalment la matèria normativa es presenta de manera substancialment similar.⁹

Pel que fa al pòrtic de la regulació, que delimita la noció del dret a la llegítima, no hi ha quasi diferències entre l'art. 451-1 CCCat i l'art. 350 CS, llevat de la introducció de les «atribucions particulars», com a forma de percebre la llegítima, i la supressió de l'expressió «per ministeri de la llei». El primer canvi respon a la nova regulació dels pactes successoris, que inclouen entre les disposicions que hi són admissibles les esmentades atribucions particulars (art. 431-29 i 30 CCCat), i en ésser aquesta una de les formes possibles d'atribució de la llegítima s'haurà considerat que s'havia d'incloure a l'art. 451-1 CCCat. Pel que fa al segon canvi, l'eliminació de l'incís «per ministeri de la llei», s'ha d'entendre com d'estil, perquè és clar que la supressió no altera el caràcter legal de la llegítima com a atribució successòria. En els termes de l'art. 451-1 CCCat la llegítima és un dret a favor de determinades persones, parents del causant, a obtenir en la seva successió «un valor patrimonial», que es pot atribuir de formes molt diverses. Aquests són, doncs, els trets característics en dret català de la llegítima que s'expliciten en el nou text.¹⁰

⁹ A diferència del que ha succeït amb altres parts del Codi de Successions, en què el llibre IV ha portat a terme importants desplaçaments sistemàtics, tal com ho justifica el mateix Preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol: «El llibre quart respecta l'estructura del Codi de Successions amb dos canvis d'ordre sistemàtic. El títol I del Codi de Successions, de disposicions generals, es desdobra en dos títols i el segon passa a ésser el títol VI del nou llibre quart, relatiu a l'adquisició de l'herència, que inclou les regles sobre acceptació i repudiació, dret d'acréixer, comunitat hereditària, partició, col·lació i protecció del dret hereditari. Aquesta reordenació sistemàtica, que té un precedent en el Projecte de compilació del 1955, s'ajusta a l'ordre temporal de les fases en què es desenvolupa el fenomen successori. En segon lloc, el títol III del Codi de Successions, sobre els testaments, passa a ésser el títol II del llibre quart, amb la voluntat de reflectir la centralitat de la successió testamentària, mentre que el títol II del Codi de Successions, sobre els heretaments, passa a constituir el nou títol III, que inclou els pactes successoris i les donacions per causa de mort».

¹⁰ De fet, deixant de banda els canvis d'estil, hi ha continuïtat substancial entre l'art. 451-1 CCCat amb l'art. 350 CS i l'art. 122 CDCC, tenint en compte la reforma de la Llei 8/1990, de 9 d'abril, *de modificació de la regulació de la llegítima*.

D'acord amb aquesta definició, en els darrers anys la doctrina catalana ha insistit en què la llegítima es qualifica més com un dret en favor de determinats parents que com un fre o límit a la llibertat de testar del causant.¹¹ Això és així pel seu caràcter netament de *pars valoris*, que no atribueix cap dret en forma específica sobre l'herència entesa com els béns que deixa el *de cuius* en morir. En aquests termes, el causant pot disposar en testament ignorant la llegítima, com si no existís, i sense reserva de cap dret als legitimaris, ni tan sols fent esment a l'anomenada llegítima estricta. D'acord amb el sistema català, serà a l'hereu a qui correspondrà decidir com hi ha de fer front si és que li reclamen.

Malgrat el caràcter forçós de la llegítima, es pot afirmar que hi ha un important àmbit d'autonomia privada o de llibertat civil en aquest àmbit, que permet modular-ne les conseqüències a la pràctica. Tot i que l'existència mateixa de la llegítima és inevitable, si no hi concorren causes de desheretament, el causant podrà incidir en la forma com es fa efectiva de maneres molt diverses, tant sobre la llegítima global com sobre la individual. L'exercici d'aquesta autonomia dependrà molt de com estiguin formulats els models de testaments, les clàusules que, per defecte, notaris i advocats proposin als testadors. A la pràctica, les qüestions relatives a computació i imputació de donacions, els pactes de renúncia de la llegítima futura, la no meritació d'interessos o d'interessos més baixos o més alts, les previsions sobre reducció de llegats en cas d'inoficiositat, les cauteles compensatòries, entre d'altres, són instruments a l'abast del testador.

En la mateixa seu, l'art. 451-2 CCCat recull l'essencial de l'art. 351 CS, però aprofita per aprofundir en explicitar trets definidors del sistema legitimari català. En aquests termes, es deixa clar que el dret a la llegítima només neix en el moment de la mort del causant, de manera que aquest no queda limitat en vida per una pretensió futura que els legitimaris puguin al·legar.¹² Això vol dir que els catalans no tenen cap limitació de disposar entre vius per raó de llegítima i, a la pràctica, els fills no podran interposar en vida cap acció contra pare i mare per impugnar les donacions que aquests vulguin fer. Una altra cosa serà la seva declaració d'inoficiositat a

¹¹ Clarament així, Lluís JOU I MIRABENT, «Comentari als arts. 350 a 378», a ID. (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Tomo II*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 1190 i seg. Aquesta idea és rectora de l'exposició d'Anna CASANOVAS MUSSONS, «La qualitat personal de legitimari», a *Revista Catalana de Dret Privat*, 2/2003, p. 257 i seg. Sobre l'evolució d'aquesta idea, i la configuració en termes tècnics més de càrrega que d'obligació, ja ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, cit., pag. 49, i ID., *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 24. Amb tot, el Preàmbul de la Llei 1/2008, de 10 de juliol, continua fent referència a «la llegítima com a atribució successòria legal i límit a la llibertat de testar».

¹² Cfr. JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1193; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 28.

l'obertura de la successió, si no hi ha prou béns a l'herència per satisfer la llegítima o l'hereu no pot fer-hi front. En segon lloc, l'apartat 3 d'aquest art. 451-2 CCCat deixa clar, per si hi poguessin haver dubtes, que la llegítima és un dret atribuït en funció del parentiu, però que un cop deferit passa a integrar el patrimoni del legitimari i, si és el cas, es transmet com un actiu més en la seva successió que poden reclamar els hereus en els mateixos termes que qualsevol altra successió per dret de transmissió.

2. Els legitimaris i el dret a llegítima

El cercle de legitimaris, entès com el dels parents en línia directa del causant, no ha estat formalment modificat pel llibre IV del CCCat. Tot i que els canvis de fons en aquest àmbit eren possibles, amb la supressió de la llegítima dels ascendents o bé la consideració del vidu com a legitimari, les modificacions produïdes, malgrat ser importants, no han alterat el sistema. La llegítima a Catalunya no és la torna disminuïda de l'ordre de succeir intestat en la successió testamentària, tal com regeix en altres ordenaments i era al fonament històric de la institució. El cònjuge, doncs, no pot ser considerat com a legitimari a Catalunya, tot i tenir un dret a la quarta vidual com a atribució legal, i el mateix es pot dir des d'ara del convivent.¹³ No és només una qüestió de noms: la llegítima es concep com un dret a un valor fix que es té per efecte del parentiu,¹⁴ mentre que la quarta vidual és un màxim al que només es té dret si es donen uns requisits de fet.¹⁵ Pel que fa als ascendents, el seu dret legitimari, que altrament sembla coincidir amb l'esperança de vida, no passa dels de primer grau, pare i mare. En la mesura en què els menors de 14 anys moren intestats, llevat de substitució pupillar, la inexistència de llegítima per als ascendents de segon grau té un àmbit d'aplicació pràctic molt reduït.

D'entre el cercle de legitimaris, i com a qüestió formal generalitzada a tot el llibre IV del CCCat, cal destacar la supressió de l'enumeració distintiva dels tipus de filiació al CS, reactiva envers el dret anterior. A l'art. 451-3.1 CCCat ja no hi ha la referència als «fills matrimonials, no matrimonials

¹³ Així clarament en la STSJC de 4 de desembre de 1989: «Poca raó té defensar el seu caràcter legitimari, fonamentalment perquè l'exclouen per un cantó, l'exigència legal (art. 147.1 Compilació) d'una determinada situació econòmica i per l'altre, la necessitat d'uns requisits per a conservar-los (art. 152 Compilació). La quarta vidual, entenem, no es configura com a llegítima del cònjuge vidu».

¹⁴ Sobre els trets fonamentals que defineixen la qualitat de legitimari, CASANOVAS MUSSONS, *La qualitat personal de legitimari*, cit., p. 269.

¹⁵ LÓPEZ BURNIOL, *Las limitaciones a la facultad de disposición*, cit., p. 86, reclamava l'any 1984 en aquestes mateixes *Jornades* que s'atribuís al vidu una quota vidual com una llegítima, de manera que no es parlés d'un simple dret d'aliments.

i adoptius», que passen ara a ser «tots els fills del causant».¹⁶ Es regulen, però, els efectes específics de l'adopció quant a la llegítima a l'art. 451-3.4 CCCat. L'incís que els legitimaris ho són «per parts iguals», com recollia també l'art. 352 CS, a banda de significar l'esmentada reacció a les diferències anteriors de tracte entre tipus de fills, també aclareix que la llegítima a Catalunya és individual de cada titular del dret i no és una llegítima conjunta, ni en tot el seu abast, com a Aragó amb la meitat de l'herència, o bé en una part, com en el terç de millora del Codi civil espanyol. A Catalunya la llegítima no constitueix una obligació genèrica de reserva hereditària en favor dels parents, entesos conjuntament com la família en línia directa del causant, sinó un dret específic i concret que deriva de la condició de fill o descendent, i excepcionalment de progenitor.

L'operativa del dret de representació en la llegítima és objecte també d'aclariment a l'art. 451-3.3 CCCat, especialment en relació amb la substitució vulgar. Tot i que hi pot haver molts supòsits en què materialment es doni a la pràctica un mateix resultat, cal distingir nítidament entre dret de transmissió, dret de representació i substitució vulgar en la llegítima.¹⁷ Si bé transmissió hereditària i substitució vulgar s'exclouen, representació legitimària i substitució vulgar poden coincidir en una mateixa successió. El llibre IV del CCCat manté els trets del dret de representació i el preveu en favor dels descendents dels fills premorts, desheretats justament, indignes i, a partir d'ara, també dels absents.¹⁸ Els néts, doncs, i eventualment els besnéts, representen l'ascendent en qui concorren les circumstàncies esmentades i sempre per stirps, sense incrementar el nombre de legitimaris cridats a les parts iguals (art. 451-6 CCCat). Els representants, doncs, no són legitimaris per dret propi en aquest sentit. Ara bé, per tal com la institució d'hereu o el llegat suposen atribució de la llegítima, però el causant pot haver previst una substitució vulgar en relació amb aquestes disposicions, a l'art. 451-3.3 CCCat s'aclareix que aquesta substitució vulgar és preferent al dret de representació i incideix en la distinció important en dret català entre hereus i fills, que no són posicions intercanviables i no tenen sempre el mateix paper. Així, els transmissaris de la llegítima deferida i encara no percebuda poden ser perfectament persones diferents dels fills del

¹⁶ Aquesta enumeració portava causa de la distinció que en el dret compilat es feia entre els tipus de filiació, legítima, adoptiva, natural i il·legítima, quant als drets en la llegítima als art. 124 a 128 CDCC 1960.

¹⁷ Cfr. JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1195.

¹⁸ Sense que hi hagi diferència de règim en el dret de representació entre successió intestada i llegítima, a diferència del que succeïa en el Codi de Successions, en què l'absència només es tenia en compte en la intestada (art. 328 CS), però no en la llegítima (art. 352.2 i 357.2 CS).

legitimari (art. 451-2.3 CCCat) i també ho poden ser els substituïts vulgars dels legitimaris cridats com a hereus o legataris. Si això darrer succeeix, l'herència o el llegat seguiran el curs de la delació hereditària, per via de substitució, mentre que la llegítima es deferirà d'acord amb les regles generals i s'atribuirà per efecte de la representació, de manera estricta.

La gran innovació en aquesta part, i potser com a compromís amb qui en demanava la supressió, és l'atribució de caràcter personalíssim a la llegítima dels progenitors i, per tant, l'afebliment del seu dret. Addicionalment, s'estableixen altres canvis en la llegítima dels progenitors que aprofundeixen en el seu caràcter residual i, àdhuc, excepcional. Així, a l'art. 451.26-2 lletra b) del CCCat, i com a gran novetat, es preveu que el seu dret és renunciabile, de forma pura i simple, abans d'haver estat deferida la llegítima del fill premort, sense cap contraprestació o en forma de renúncia al suplement. A més, a l'art. 451-4.1 CCCat s'aclareix que la mort del causant amb descendents exclou en tot cas el dret dels progenitors, encara que els fills o néts no tinguin dret a la llegítima per haver estat desheretats justament o declarats indignes i, per descomptat, si han renunciat a la llegítima.¹⁹

El caràcter personalíssim del dret dels progenitors, a diferència del dels descendents, no es declara a la secció segona i s'inclou entre les causes d'extinció a la secció sisena. L'art. 451-25.2 CCCat determina l'extinció de la llegítima del progenitor si aquest mor sense haver-la reclamada judicialment o bé per requeriment notarial després de la mort del fill causant. Atès que havia estat criticat que els progenitors tinguessin dret a la llegítima, tot i ser un supòsit estadísticament poc freqüent, sembla una solució raonable, perquè només tutela el seu interès patrimonial directe i no de manera mediata el de possibles successors en el seu dret per transmissió hereditària. Crec que això és el que calia fer. La llegítima dels progenitors pot tenir algun sentit en cas de mort intestada d'un fill casat o convivint en parella sense fills, atès l'ordre de crides abintestat vigent a Catalunya que dona preferència al cònjuge o convivent sobre aquells.²⁰ Potser és menys justificable la previsió legal en cas de successió testamentària si el fill no ha ordenat cap disposició voluntària en favor dels progenitors, però la llei aquí no podia fer distincions.

¹⁹ Tot i que aquesta ja era l'opinió majoritària d'acord amb l'art. 353 CS, que el nou llibre IV ha aclarit, cfr. JÓU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1196.

²⁰ Així s'afirmava expressament al Preàmbul del Codi de Successions, en el context de la modificació de l'ordre de crides en la successió intestada per la Llei 9/1987, de 25 de maig, *de successió intestada*, que donava joc a la llegítima en la intestada, en no ser l'ordre de crides coincidents en ambdues: «D'ençà de la llei de successió intestada, del 1987, els pares, en la successió del fill casat i mort sense fills, conserven un dret de tipus legitimari que poden reclamar del cònjuge hereu».

La llei no aclareix si la quota vacant del progenitor que mor abans de reclamar la llegítima acreix la de l'hereu o bé cal considerar que a l'altre progenitor supervivent, si n'hi ha, li correspon llavors la totalitat de la llegítima, com passa en cas de premoriència (art. 451-4.2 CCCat). Del sistema legitimari sembla que cal deduir el primer efecte (art. 451-25.3 CCCat), i succeiria igual que en cas de desheretament o indignitat d'un progenitor (art. 451-4.6 CCCat), però la solució d'acumular la llegítima en favor de l'únic progenitor em semblaria aquí més raonable. Com a novetat del llibre IV del CCCat, i en aquest context, destaca la negació expressa d'aquest caràcter personalíssim —i per tant transmissible per successió com ja s'ha vist— de la llegítima ja deferida als descendents que han sobreviscut al causant però que moren abans d'haver-la percebuda (art. 451-2.3 CCCat).

3. Quantia i còmput de la llegítima

Tot i que l'art. 356 CS no compta amb cap equivalent al llibre IV del CCCat, i la frase programàtica segons la qual «tots els legitimaris detreuen la llegítima d'una única quarta» no ha passat a formar part dels preceptes del CCCat, és clar que la llegítima en dret català és «una quarta», no pròpiament de l'herència, però sí una quarta part referida a la successió que caldrà determinar d'acord amb les regles de computació legitimària. La decisió de no incloure l'incís anterior és encertada, tot i la seva visibilitat, atès que cal recordar que aquesta era una norma reactiva en el context de la reforma de la Compilació l'any 1984 (art. 129.3 CDCC), ja que amb anterioritat la llegítima total podia ser superior en funció de si concorrien fills adoptius i naturals a l'herència.²¹ Que la llegítima en dret català continua essent una quarta part està previst expressament a l'art. 451-5 CCCat en fixar-ne la quantia com «la quarta part de la quantitat base que resulta d'aplicar les regles» de computació que s'hi contenen. Aquest precepte té el precedent a l'art. 355 CS, i és el cabdal en matèria de computació legitimària, una de les matèries més complexes juntament amb la d'imputació de donacions. És cert que hi ha altres àmbits normatius igualment complexos en seu de llegítima, com ara la preterició o la

²¹ Dels art. 125 i 126 CDCC podia resultar que la llegítima arribés a tres quartes parts de l'herència, si hi concorrien fills adoptius i naturals juntament amb els legítims (supòsit certament excepcional), atès que cadascun d'aquests detreia la llegítima d'una quarta independent, cfr. Encarna ROCA TRIAS, «Comentari als articles 124 a 130 i 141», a A.A.V.V., *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya. Volum I*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 563 i seg.; ID., *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 43 i seg. Per a una anàlisi retrospectiva d'aquest sistema, CASANOVAS MUSSONS, *La qualitat personal de legitimari*, cit., p. 271.

inoficiositat, però computació i imputació, juntament amb el pagament, són sens dubte els que tenen més importància a la pràctica.²²

El llibre IV del CCCat respecta l'estructura tradicional de còmput de la quantia legitimària basada en la suma de *relictum* i *donatum*, però hi afegeix una modificació rellevant pel que fa a aquest en limitar-lo a les donacions dels darrers deu anys de vida del causant: «s'hi ha d'afegir el [valor] dels béns donats o alienats per un altre títol gratuït pel causant *en els deu anys precedents a la seva mort*, excloses les liberalitats d'ús» (art. 451-5 lletra b CCCat). És clara la inspiració de la norma en el § 2325.3 del BGB, però cal recordar que, en el dret català tradicional, i fins a la Compilació de 1960, només eren computables les donacions fetes als legitimaris que a la vegada fossin donacions imputables a la llegítima individual d'aquests. Així ho ha demostrat la doctrina moderna que ha estudiat a fons la qüestió, i la reforma del llibre IV del CCCat implicaria apropar-se a la tradició jurídica nacional, amb una certa cautela temporal que objectivitzava els actes que poguessin considerar-se en frau de la llegítima.²³

Es pot arribar a convenir que no sembla gaire raonable atribuir un dret als legitimaris sobre *tot* el patrimoni del causant, entès aquest com el que deixa en morir i aquell del qual s'ha després gratuïtament en vida. Aquesta regla es va introduir expressament en dret català amb la Compilació de 1960, en modificació del dret anterior molt més restrictiu. És clar que una forma grollera de burlar la llegítima com a atribució legal passa perquè el causant mori sense patrimoni, havent-ne disposat a títol gratuït en vida. Contra això el legitimari hi ha de poder reaccionar, de manera semblant a com preveia l'art. 383.2 CS per a la quarta vidua, amb una reducció o supressió de les donacions atorgades «amb el disseny de defraudar la quarta vidua». Si bé això hauria de ser així davant la sospita de frau legitimari, i només per aquests casos, la decisió més econòmica passa per la computació de totes les donacions, mentre que l'exercici d'accions singulars de declaració del frau, és a dir, de provar que la donació tenia per finalitat burlar els drets legitimaris i incorporar-la per al seu còmput a l'herència, és molt més

²² Sobre la computació és de referència el treball de Lluís PUIG FERRIOL, «Còmputo de la legítima», a *Revista Jurídica de Catalunya* 1971, p. 475 i seg.; més recentment, Lluís PUIG FERRIOL, «Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Catalunya», a J. M. GOZÁLEZ PORRAS / F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Tomo II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Madrid - Murcia, 2004, p. 3987 i seg.; vegeu també ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 65 i ss.; PUIG I FERRIOL / ROCA I TRIAS, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., p. 557.

²³ Així, ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, cit., p. 157; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 74; PUIG I FERRIOL, *Còmputo de la legítima*, cit., p. 523 i seg.

costosa. L'anticipació de l'herència que pot fer el causant en vida, amb la intenció o no de reduir els drets legítimis, és raonable que es tingui com a herència. Però d'aquí a computar *totes* les donacions fetes pel causant durant *tota* la seva vida entenc que hi ha un terme mitjà. La regla dels deus anys suposa un compromís sobre els diferents arguments que es puguin donar, tant pel que fa a la possible intenció del causant de buidar de contingut la llegítima, com que part del patrimoni donat fos de procedència familiar o que aquestes donacions formin part del procés successori del causant iniciat en vida.

A la pràctica, la regla del *donatum* computable dóna lloc a litigis si algun o tots els fills del causant només reben en la successió la llegítima. Si els fills són hereus o bé legataris, i el que reben supera de llarg la llegítima teòrica, la computació de donacions té molta menys importància. Molt diferent és la qüestió del *donatum* imputable pel que fa als legítimis, i també la seva consideració com a computable sense límits temporals, així com en la col·lació, que és objecte d'estudi més endavant. En qualsevol cas, el rastre de les donacions és feble, si no hi ha escriptura pública,²⁴ i n'és força complexa la valoració actualitzada als efectes del còmput de la llegítima.²⁵ En aquesta

²⁴ Així es destaca en la jurisprudència, sobretot quan les donacions són de diners, tant per qüestió de prova com de qualificació, cfr. STS de 20 de juny de 2006 (RJ 3386), STSJC de 4 d'abril de 2005, SAP de Girona (Secció 1a) de 19 de febrer de 2001 (JUR 137259) i SAP de Lleida (Secció 2a) de 22 de juliol de 2003 (JUR 220907).

²⁵ En la jurisprudència s'afirma el caràcter de dret necessari de les regles de computació, que no poden ser alterades pel testador, especialment pel que fa a la valoració dels béns de l'herència, que s'ha de fer d'acord amb el criteri del «valor en venda», i es detecta clarament que les qüestions relatives a la formació d'inventari, inclusió de béns i la seva correcta valoració són molt rellevants a la pràctica i donen lloc a multitud de plets, sovint per quantitats litigioses modestes i, en ocasions, per llegítimes de pocs milers d'euros, cfr. STSJC de 6 de març de 2008, 10 d'octubre de 2005, 4 d'abril de 2005, 18 de novembre de 2004, 22 de desembre de 2003, 10 de juliol de 2000, 16 de setembre de 1999, 31 de març de 1999, 18 de juny de 1998, 29 de juliol de 1996, 3 de setembre de 1994, 16 de desembre de 1993, 22 de novembre de 1993, 1 de març de 1993; en la jurisprudència de les Audiències, SAP de Barcelona (Secció 14a) de 29 de juliol de 2008 (JUR 314049), (Secció 1a) de 21 de desembre de 2007 (JUR 2008/64536), (Secció 14a) de 26 de juliol de 2007 (JUR 331469), (Secció 14a) de 26 de juliol de 2007 (JUR 331433), (Secció 16a) de 1 de juny de 2007 (JUR 294259), (Secció 11a) de 28 de maig de 2007 (JUR 260274), (Secció 4a) de 29 de març de 2007 (AC 503), (Secció 16a) de 27 de març de 2007 (AC 731), (Secció 14a) de 25 de gener de 2007 (AC 727), (Secció 4a) de 23 de gener de 2007 (JUR 127735), (Secció 19a) de 27 de novembre de 2006 (JUR 194672), (Secció 13a) de 29 de setembre de 2006 (JUR 2007/134503), (Secció 11a) de 18 de setembre de 2006 (JUR 2007/106586), (Secció 19a) de 29 de maig de 2006 (AC 2308), (Secció 19a) de 26 de maig de 2006 (JUR 11916), (Secció 13a) de 20 de juliol de 2004 (AC 1133), (Secció 19a) de 10 de febrer de 2004 (JUR 92272), (Secció 1a) de 19 de desembre de 2003 (JUR 30370), (Secció 4a) de 4 de novembre de 2003 (AC 1818), (Secció 17a) de 20 d'octubre de 2003 (JUR 259687), (Secció 1a) 16 de maig de 2003 (JUR 260159), (Secció 4a) de 10 de febrer de 2003 (JUR 166010), (Secció 11a) de 17 d'octubre de 2002 (JUR 2003/105182), (Secció 11a) de 16 de maig de 2002 (JUR 275477), (Secció 13a) de 30 de març de 2002 (JUR 152849), (Secció 1a) de 17 d'octubre de 2001

matèria el llibre IV del CCCat no presenta més variacions remarcables en relació amb el CS que la correcció que es fa a la lletra d) de l'art. 451-5 CCCat de la regla de l'apartat 3r de l'art. 355 CS, quant al moment de valoració dels béns alienats o destruïts per culpa del donatari.²⁶

En aquests termes, els diferents apartats de l'art. 451-5 CCCat respecten les regles tradicionals de computació legitimària partint del valor dels béns de l'herència en el moment de la mort del causant,²⁷ amb deducció dels deutes i les despeses de la darrera malaltia i de l'enterrament o la incineració, afegint-hi el valor de les donacions a estranys dels darrers deu anys i durant tota la vida les que hagin estat fetes als legitimaris i que, al seu torn, siguin imputables a la llegítima. Pel que fa a la valoració d'aquestes donacions, les regles de la lletra d) no innoven especialment allò previst a l'art. 355 CS, i deixen aspectes oberts a la decisió concreta dels tribunals en cada cas. L'impacte que sobre la llegítima pot arribar a tenir l'actualització d'una donació molt antiga queda reduït ara amb la regla dels deu anys, però sempre que no hagin estat fetes a legitimaris —el supòsit més freqüent— i siguin alhora imputables. Amb tot, els problemes per a l'actualització del valor dels béns donats poden ser molt complexos a la pràctica i potser hauria estat preferible adoptar la regla tradicional de les «pessetes constants» (art. 328.1 CDCC), és a dir, atendre al valor del bé en el moment de la donació i portar a terme només una actualització monetària al moment de la mort del causant.²⁸ Les qüestions de valoració són, a més, especialment complexes en

(JUR 2002/6884), (Secció 16a) de 31 de maig de 2000 (JUR 264650), (Secció 1a) de 18 de gener de 2000 (AC 1040), SAP de Girona (Secció 2a) de 6 de febrer de 2008 (JUR 155568), (Secció 2a) de 22 de maig de 2006 (JUR 2007/12108), (Secció 2a) de 9 de desembre de 2003 (JUR 2004/59141), (Secció 2a) de 21 de novembre de 2001 (JUR 2002/32392), (Secció 1a) de 3 de gener de 2001 (JUR 131594), SAP de Lleida (Secció 2a) de 24 de juliol de 2007 (JUR 284185), SAP de Tarragona (Secció 1a) de 24 de maig de 2004 (JUR 205137), (Secció 3a) de 15 d'octubre de 2002 (AC 2398) i (Secció 3a) de 15 d'octubre de 2001 (JUR 2002/26263).

²⁶ En el context del Codi de Successions es podia tenir el dubte de si calia actualitzar o no el valor del bé donat que havia estat alienat o destruït pel donatari en referència a aquest darrer moment o al de la mort del causant. Per fer una anàlisi de la computació legitimària sota la vigència del Codi de Successions, JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1202 i seg.

²⁷ Tot i que sovint a la pràctica es plantegin polèmiques sobre el moment exacte de valoració dels béns en seu judicial, cfr. SAP de Girona (Secció 2a) de 1 de setembre de 1999 (AC 1499).

²⁸ Aquesta pràctica seria contrària al sentit de la computació, entesa com a «una agregación ideal o contable de determinadas liberalidades hechas en vida por el causante de la sucesión a los bienes y derechos que integran su patrimonio en el momento de la muerte», tal com la defineix PUIG FERRIOL, *Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones*, cit., p. 3989, però deixaria el còmput de la llegítima al marge de les oscil·lacions del valor dels béns un cop aquests ja no estan efectivament sota el control del donant. És cert que la computació té el sentit de reintegrar idealment els béns com si mai no haguessin sortit del patrimoni del causant, però també ho és que la dada rellevant als efectes econòmics està

matèria d'accions i particions de societats mercantils, amb el triple mètode possible de valor nominal, valor teoricocomptable i valor real o de mercat.²⁹

El llibre IV del CCCat ha optat per no innovar més en aquesta seu i no ha inclòs cap regla sobre donacions dissimulades ni els anomenats com a *negotium mixtum cum donationem*.³⁰ Tampoc no es pronuncia sobre el caràcter de donació computable de negocis com l'aportació a una fundació, ni tampoc hi ha cap esment a les assegurances de vida. Pel que fa a les primeres, i si es volen evitar litigis entre l'hereu i els legitimaris, especialment per al cas d'artistes amb obra gràfica important però també amb músics o escriptors en relació amb els drets d'autor, el termini de deu anys representa una bona ocasió per planificar amb prou temps el destí del propi patrimoni en forma de fundació.³¹

determinada pel valor en el moment de sortir d'aquest patrimoni i no en el de la mort del donant. També sobre els criteris de valoració, Joan Manuel ABRIL CAMPOY, «La valoración de los bienes y derechos del *relictum* y la aplicación del principio nominalista al pago en dinero de la legítima», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1995/1, p. 825 i seg.

²⁹ Cfr. la sentència cabdal recent de l'AP de Madrid (Secció 28a) de 29 de juliol de 2008 (JUR 290026), també és interessant la SAP de Barcelona (Secció 1a) de 19 de desembre de 2003 (JUR 30370), amb vot particular sobre la qüestió, que fa referència al valor teoricocomptable, nominal i de capitalització de beneficis.

³⁰ Sobre simulació de donacions, legitimació del legitimari i efectes de l'acció exercida, cfr. STSJ de 3 d'abril de 2000, 18 de juny de 1998, 29 de setembre de 1997, 29 de juliol 1996, 10 d'abril de 1995, 3 de setembre de 1994, 21 de març de 1991; també SAP de Barcelona (Secció 11a) de 14 de maig de 2003 (JUR 246033), (Secció 17a) de 25 de novembre 2002 (JUR 61803), (Secció 17a) de 21 de gener de 2000 (AC 565), SAP de Girona (Secció 2a) de 22 de maig de 2006 (JUR 2007/12108), (Secció 2a) de 20 de gener de 2003 (AC 17), (Secció 2a) de 30 de setembre de 2002 (AC 151), (Secció 2a) de 14 de març de 2002 (AC 886), SAP de Tarragona (Secció 1a) de 4 de desembre de 1996 (AC 2393). Pel que fa a la computació de les donacions oneroses o remuneratòries, STSJ de 21 de març de 1994, 16 desembre 1993, 30 de desembre de 1992, SAP de Barcelona (Secció 1a) de 25 de març de 2004 (JUR 121644), (Secció 11a) de 14 d'abril de 2000 (JUR 209160) i (Secció 16a) de 16 de desembre de 1997 (AC 2519).

³¹ Sobre aquests supòsits, PUIG FERRIOL, *Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones*, cit., p. 4005, també Joan Manuel ABRIL CAMPOY, «La computación legitimaria y la intangibilidad cuantitativa de la legítima», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1994/1, p. 824 i seg. Un supòsit sobre el que es podria plantejar algun dubte, a efectes de computació, és el de la repudiació d'una herència, cas sobre el qual es va pronunciar negativament la sentència del TSJC de 29 de gener de 1996, però és clar que seria assimilable a la no-acceptació d'una donació, que en cap cas seria computable, cfr. el comentari a l'esmentada sentència d'Eulàlia AMAT LLARI, «Repudiació de l'herència en perjudici dels legitimaris», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1996/1, p. 823 i seg. Pel que fa a les assegurances de vida, la SAP de Barcelona (Secció 16a) de 20 de març de 2001 (AC 881) nega el caràcter de computable a la indemnització d'una assegurança de vida percebuda per la vídua del causant, mentre que la SAP de Tarragona (Secció 3a) de 24 de gener de 2002 (AC 889) imputa la indemnització percebuda per raó d'una assegurança a la legítima del fill beneficiari. La SAP de Barcelona (Secció 17a) de 4 d'abril de 2000 (AC 1822) afirma que si no es tracta pròpiament d'una assegurança de vida i sí d'un producte financer d'imposició a termini indeterminat, que es pot rescotar en qualsevol moment, la quantitat en forma de prima serà computable als efectes de llegítima, vegeu també la important SAP de Barcelona (Secció 1a) de 22 de gener de 2001 (JUR 114960).

De cara al futur més proper, cal tenir en compte una qüestió que es plantejarà i que no sembla estar resolta. Si es considera que el vidu té dret a compensació per raó de treball en cas de dissolució per causa de mort del règim de separació de béns, la quantia de la compensació forma o no part de l'herència als efectes del còmput legitimari? Entenc que sí que n'ha de formar part, tot i que es pot afirmar que és un efecte de la dissolució del règim econòmic i, com a tal, previ a la successió. Ara bé, si a la pràctica aquesta compensació i la quarta vidual poden arribar a considerar-se intercanviables, no tindria sentit incloure a la segona en l'herència, per calcular la quarta legitimària, i no a la primera. Sobre això es torna més endavant en seu de quarta vidual.³²

4. Atribució i percepció de la llegítima en l'herència. Intangibilitat legitimària i suplement

La regulació de la llegítima, a la secció tercera (art. 451-7 i seg. CCCat) parteix de la dada constatable a la pràctica que una bona part de legitimaris són també hereus o legataris en l'herència dels progenitors, de manera que allò mínim que la llei els garanteix probablement ja ho perceben a títol d'institució voluntària per part del causant. La llegítima, doncs, no constitueix un títol autònom diferenciat en la successió, sinó un valor patrimonial garantit que es pot percebre de la manera que el causant hagi previst, i només per al cas en què no hi hagi cap previsió ho serà per efecte de la llei. En aquest sentit, cal destacar l'esforç que s'ha fet a l'art. 451-7.4 CCCat per esvaïr un dubte que sovint es planteja a la pràctica, més entre els interessats que entre els professionals, i que resulta dels clausulats notarials. D'acord amb aquest precepte, és clar que l'hereu o legatari legitimari que resulta escassament afavorit en el testament, en termes quantitius, no pot reclamar a més de l'herència o el llegat, que ja la cobreix, allò que per llegítima li correspongui, encara que en el testament s'hagi ordenat un llegat simple de llegítima.³³ De la mateixa manera, l'art. 451-7.1 CCCat esvaeix els possibles dubtes sobre si la renúncia a l'herència o al llegat, que en suposen

³² Com a regla de computació, en la jurisprudència s'ha afirmat que allò que correspon al vidu pel dret de predetracció de l'habitatge conjugal (art. 35.1 CF) no constitueix *relictum i*, per tant, no s'ha de tenir en compte als efectes de computació legitimària, tampoc no s'ha de computar la llegítima d'acord amb el criteri fiscal que addiciona un 3% al valor de l'herència, quant a la base per calcular l'impost, en concepte de «parament domèstic», o bé que en molts casos el valor del parament domèstic és funcional o que té un valor d'ús però no de venda, de manera que difícilment pot ser computable, cfr. STSJC de 6 de març de 2008 i SAP Barcelona (Secció 17a) de 4 de març de 2005 (AC 1095), (Secció 13a) de 29 de setembre de 2006 (JUR 2007/134503), (Secció 17a) de 4 de març de 2005 (AC 1095), (Secció 1a) de 19 de desembre de 2003 (JUR 30370) i SAP de Girona (Secció 2a) de 21 de desembre de 2004 (AC 2005/170).

³³ Cfr. SAP de Tarragona (Secció 3a) de 7 de desembre de 2006 (JUR 2007/206950).

atribució, implica també renúncia a la llegítima quan hi hagi un llegat simple en el testament.³⁴ En la mesura en què el llegat en forma simple no atorga cap dret addicional, malgrat la seva ordenació expressa per part del causant, la mateixa resposta s'ha de donar per a la renúncia.³⁵

En l'afany per evitar litigis entre legitimaris, l'art. 451-7.1 CCCat també disposa, com és obvi, que el valor de la llegítima determinat a l'obertura de la successió s'ha d'ajustar al valor dels béns resultants de l'atribució a títol d'hereu o de llegat també en el moment de l'obertura de la successió. Per descomptat que el causant pot preveure una altra cosa i ordenar que, al marge d'allò que rebin per institució universal o particular, als legitimaris els ha de correspondre, a més, allò que estrictament els hauria correspost per llegítima. Pel que fa a aquests béns objecte d'atribució, s'ha aclarit i modulad la regla tradicional de béns de «propietat exclusiva, plena i lliure» del causant, de manera que no en suposa una excepció que el legitimari sigui cotitular del bé llegat en comunitat ordinària indivisa o també titular d'un dret susceptible de produir la consolidació del domini conjuntament amb el que el causant li lliga.³⁶

Pel que fa a la polèmica clàssica i recurrent entre intangibilitat quantitativa i qualitativa de la llegítima en dret català, el llibre IV del CCCat ha pres una opció decidida per la protecció només de la primera, d'acord amb el que s'ha defensat a la pràctica i també amb pronunciaments jurisprudencials recents.³⁷ Si es convé que la llegítima garanteix un valor

³⁴ Així ja JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1192.

³⁵ És molt comú en els testament que s'atorguen a Catalunya incloure un llegat simple de llegítima com a primera o darrera clàusula testamentària. El sentit d'aquesta atribució formal de la llegítima pretén evitar els efectes de la preterició errònia de legitimaris, en forma de vestigi de pràctiques passades, sense cap utilitat present. Probablement la formulació hauria de ser una altra, en la mesura en què el testador faci manifestació nominativa dels fills que ha tingut i ordeni atribucions voluntàries en favors d'ells, a títol d'herència o de llegat. De manera que aquest llegat simple només tindria sentit si resta algun legitimari sense atribució voluntària específica.

³⁶ En el cas resolt per la STSJC de 3 de novembre de 1995, es va decidir que un llegat d'aliments en favor del legitimari no era imputable a la llegítima i, per tant, no en podia constituir atribució, tampoc no ho podia ser un llegat d'usdefruit, STSJC de 19 d'octubre de 1994.

³⁷ Cfr. SAP de Barcelona (Secció 16a) de 14 de setembre de 2004 (AC 2094) i SAP de Lleida (Secció 2a) de 25 de febrer de 2003 (JUR 76910), en què no es considera que l'usdefruit afecti la intangibilitat de la llegítima, que és només quantitativa, també SAP de Girona (Secció 2a) de 4 d'octubre de 2006 (JUR 2007/184058). Per contra, en altres sentències es manifesta que l'usdefruit s'ha de suprimir atès que es contrari al principi d'intangibilitat de la llegítima, així SAP de Barcelona (Secció 16a) d'1 d'abril de 2004 (JUR 154270). En la jurisprudència s'han qualificat com a disposicions del causant contràries a la intangibilitat de la llegítima les clàusules de prohibició d'intervenció judicial en l'herència, cfr. STSJC de 10 de juliol de 2000, 16 de setembre de 1999 i SAP de Barcelona (Secció 1a) de 18 de gener de 2000 (AC 1040). A aquesta clàusula feia referència l'art. 289.3 del Projecte de CDCC de 1955 i també ara l'art. 423-18 CCCat.

mínim i hi ha també una opció legal sempre per reclamar-lo, l'ordenament sembla que no hauria d'anar més enllà d'aquesta tutela. De manera que si hereus o legataris perceben la llegítima gravada, sempre tindran l'opció de reclamar la llegítima estricta, però llavors res més. Probablement aquesta és, doncs, una de les reformes més important en aquest àmbit, per la important transcendència que podrà tenir a la pràctica. L'art. 451-9 CCCat es pronuncia obertament per entendre tàcita en dret català una *cautela socini* o cautela compensatòria de la llegítima, a diferència dels dubtes que generava l'art. 360.1 CS.³⁸ En la mateixa direcció cal entendre la decisió de considerar que l'usdefruit vidual intestat s'estén a la totalitat de l'herència, d'acord amb l'art. 442-4.1 CCCat, matèria que prou problemes havia donat a la pràctica notarial.³⁹ Amb tot, en matèria de fideïcomisos, o de llegat sotmès a condició i termini, l'aplicació d'aquesta cautela compensatòria serà més complexa.

³⁸ Luis María VALLET MAS, «La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la *cautela socini* en la Compilación catalana», a CÀTEDRA DURAN I BAS (ed.), *Estudios sobre la legítima catalana*, Barcelona, 1973, p. 329 i seg., es pronunciava en contra de la possibilitat d'introduir aquesta regla (p. 353). Sobre aquesta cautela, vegeu, ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 141; Antoni VAQUER ALOY, «Llegítima dels hereus i usdefruit universal: dues sentències divergents», *InDret* 2/2005; ID., «Atribució de la llegítima a títol d'hereu i usdefruit universal de l'herència a favor del cònjuge. Alguns arguments a favor d'una cautela compensatòria tàcita de la llegítima», a Joan Manel ABRIL CAMPOY / Eulàlia AMAT LLARI (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol. Vol II*, València, Tirant lo Blanch, 2006, p. 2443 i seg.

³⁹ Aquest és de ben segur un dels àmbits en què la qüestió de la intangibilitat de la llegítima ha estat més problemàtic. Atès que l'art. 331.1 CS disposava que l'usdefruit vidual no es podia estendre a les llegítimes, sorgia el dubte de si la protecció de la llegítima ho era en termes només quantitativus o també qualitativus. La decisió era complexa, atès que la protecció quantitativa només tenia sentit si hi havia llegats ordenats en codicil, atès que l'usdefruit difícilment superarà les tres quartes parts del valor de la cosa usufructuada, en casos de cònjuge supervivent amb fills. Si la protecció era qualitativa llavors calia entendre que l'usdefruit s'entenia només sobre tres quartes parts de l'herència, i en deixava una en plena propietat en favor dels fills hereus i legitimaris. La decisió s'ha hagut de prendre en les adjudicacions notariales d'hereus intestats i ha donat lloc a diverses resolucions en l'àmbit governatiu en recursos contra qualificacions de registradors de la propietat, cfr. Martín GARRIDO MELERO, «El hipotético conflicto entre el usufructo universal y las legítimas», a Jesús-Julían FUENTES MARTÍNEZ / Martín GARRIDO MELERO, *La doctrina de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en materia de Derecho civil catalán (Recursos gubernativos 1989-2004)*, Barcelona, Col·legi Notarial de Catalunya - Marcial Pons, 2005, p. 145 i seg.; vegeu també la recent Resolució de la DGDEJ de 9 d'octubre de 2006 (DOGC núm. 4758, de 10 de novembre de 2006), comentada per Joan MARSAL GUILLAMET, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques III», a *InDret* 4/2007, p. 9; sobre el tema també JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1220; CASANOVAS MUSSONS, *La qualitat personal de legitimari*, cit., p. 264, Santiago ESPIAU ESPIAU, «Usufructo vidual universal, legítima de los hijos menores y conflicto de intereses en la sucesión intestada», a *Revista Jurídica de Catalunya* 2007 p. 789 i seg.

L'acció de suplement de llegítima, habitual en el dret més tradicional per les atribucions expresses que es feien en pagament de la llegítima, està regulada a l'art. 451-10 CCCat, i la seva importància ha disminuït en fer-ho també la pràctica de la primogenitura basada en la institució d'hereu únic.⁴⁰ S'introdueix, però, un nou apartat 3 a l'art. 451-10 CCCat, en relació amb l'art. 361 CS, força important, que aclareix que les clàusules notarials estàndards d'època o carta de pagament en què hom es dona per totalment pagat de la llegítima i que renuncia al suplement, no comprèn el que correspongui per l'addició d'inventari de nous béns no inclosos en la computació.⁴¹ Aquesta cautela legal o salvaguarda dels drets del legitimari, enfront el que l'escriptura de manifestació d'herència i de pagament de llegítima pugui indicar, s'ha considerat que era necessari incloure-la per llevar dubtes sobre els efectes que l'aparició de nous béns pot tenir i evitar alguns excessos en termes de renúncia feta pel legitimari que la percep en funció de l'inventari practicat.⁴²

5. Pagament de la llegítima

Les consideracions fetes sobre intangibilitat qualitativa de la llegítima s'han de referir necessàriament als llegats ordenats de manera expressa pel testador o bé a la institució d'hereu que n'impliquin atribució. Així, cal entendre la previsió de l'art. 451-7.2 CCCat sobre els béns «de propietat exclusiva, plena i lliure» del causant, com confirma l'apartat 3 següent del mateix precepte. Ara bé, quan del que es tracta és d'un llegat simple de llegítima, o ni tan sols d'això per al cas de preterició intencional, i és l'hereu qui decideix com s'ha de pagar la llegítima i ho fa en béns de l'herència, l'anterior previsió, ara recollida a l'art. 451-11.2 CCCat, té molta més importància. El llibre IV del CCCat reproduïx les regles del CS en matèria de pagament de la llegítima amb l'esmentada addició, que tot i que calia considerar vigent suposa un encert remarcable. D'aquesta manera, continua essent una facultat de l'hereu escollir la forma de pagament de la llegítima, que també pot correspondre als facultats per fer la

⁴⁰ Cfr. José Antonio PÉREZ TORRENTE, «El suplemento de legítima en la Compilación y en la Ley Hipotecaria», CÀTEDRA DURAN I BAS (ed.), *Estudios sobre la legítima catalana*, Barcelona, 1973, p. 249 i seg.; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 166.

⁴¹ Sobre la qüestió, Martín GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Barcelona - Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 933. En canvi, l'aprovació de l'inventari fet i la valoració donada als béns sí que impedeix la reclamació d'un «suplement» de llegítima per considerar que aquesta última no és correcta, atès que només seria revisable en cas de rescissió per lesió en els termes de l'art. 59 CS, cfr. SAP de Barcelona (Secció 14a) de 5 de setembre de 2005 (JUR 37870).

⁴² Com bé es posa de relleu en el cas resolt per la sentència del TSJC de 25 d'abril de 2002, una cosa és donar-se per plenament pagat de la llegítima i del suplement, i una altra renunciar-hi.

partició, distribuir l'herència o expressament facultats per pagar-la (art. 4511-11.1 CCCat).⁴³ El dret vigent manté que l'opció entre béns del cabal relict o diners correspon a l'hereu, segurament en favor del legitimari, que d'aquesta manera no ha de suportar en exclusiva els desavantatges de cada tipus de béns. Si es permet a l'hereu formar lliurement un lot de béns i de diners, es pot pensar que escollirà els béns de pitjor condició i completarà el lot amb diners fins a arribar al valor de la llegítima. Amb la regla vigent, i a reserva de pacte amb el legitimari, o hi ha béns suficients a l'herència de baixa qualitat que no interessin a l'hereu i se'n pugui desprendre pagant la llegítima o bé aquest optarà per pagar-la en diners.⁴⁴

La generalització de les formes societàries per a la gestió dels patrimonis familiars posa a prova la correcció de la regla tradicional catalana, i planteja la qüestió de si el pagament de la llegítima per l'hereu en accions o participacions de l'empresa familiar és una elecció admissible en els termes esmentats de béns «de propietat exclusiva, plena i lliure», si n'hi ha d'un altre tipus a l'herència. En la mesura en què difícilment el legitimari podrà realitzar aquestes accions o participacions, si són minoritàries, si no és en favor d'altres socis, i en ocasions també pot passar que no li suposin gaire rendiment econòmic o cap en forma de dividendes, per decisió del soci majoritari, que pot ser el mateix hereu, a més que en molts casos estaran sotmeses a sindicació i, per tant, no seran «lliures», la seva elecció com a mitjà de pagament de la llegítima per part de l'hereu és força discutible a la pràctica.⁴⁵ Sobre l'elecció que pot correspondre a l'hereu, també cal tenir en compte el diferent tractament fiscal que reben els béns de l'herència, i les conseqüències en termes de percepció efectiva de valor que —comparativament— pot tenir sobre el legitimari, per exemple, la reducció del 95% del valor de l'habitatge habitual o de les accions o participacions de les empreses familiars. Si l'hereu es reserva aquests béns i paga la llegítima amb altres béns no bonificats, la càrrega tributària que això pot suposar per al legitimari serà clarament desigual com a conseqüència de l'elecció feta.

La llei no sotmet a cap requisit l'elecció, entre béns i diners, que fa l'hereu obligat al pagament de la llegítima. Amb tot, se'n manté la possibilitat de

⁴³ El pagament de la llegítima es farà en forma d'execució de l'herència del causant i l'adquisició del legitimari hi tindrà causa, amb tot, en la STSJC de 12 de març de 1998, es dóna validesa, com a acte de pagament de la llegítima, a la donació de béns de l'herència realitzada per l'hereva en favor del legitimari, que no els considerava com a tals i reclamava, tot i això, la llegítima paterna.

⁴⁴ Sobre la regla i els seus antecedents, Ramon Maria MULLERAT I BALMAÑA, «Possibilitat de pagar la llegítima catalana en béns o en diner (Art. 137 de la Compilació)», a CÀTEDRA DURAN I BAS (ed.), *Estudios sobre la legítima catalana*, Barcelona, 1973, p. 223 i seg.; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 175.

⁴⁵ Cfr. JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1228.

revisió judicial en termes d'equitat a l'art. 451-12 CCCat i penso que aquesta serà cada cop més important, ateses les consideracions anteriors.⁴⁶ L'article continua fent referència a la jurisdicció voluntària, hi haurà un contenciós entre legitimari i hereu sobre la qüestió.⁴⁷ Pel que fa a l'elecció feta per un marmessor o comptador partidori, el seu poder de decisió sembla que ha de ser més limitat que el de l'hereu, i no pot actuar de manera favorable a l'hereu i desfavorable per al legitimari, sense instruccions expresses del causant. Cal recordar, òbviament, que l'hereu és qui està facultat per fer l'elecció, però que és possible l'acord amb el legitimari i pactar el pagament conjunt de la llegítima amb diners i béns de l'herència de la manera que més els convingui.

L'art. 451-13 CCCat respecta la regla de l'art. 364 CS, fonamental en el sistema català, de valoració dels béns en el moment del pagament de la llegítima. A diferència del que succeeix en altres ordenaments, en què la llegítima té diversos moments de càlcul, en dret català les oscil·lacions de valor dels béns de l'herència no repercuteixen ni positivament ni negativa en el dret del legitimari. Per aquest motiu, els béns escollits en pagament de la llegítima no han de coincidir amb la quarta part dels béns de l'herència en el moment de calcular-la, sinó amb el valor llavors de la llegítima, igual com resultaria de qualsevol altre mitjà de pagament vàlid de l'import calculat.⁴⁸ De manera coherent, aquest valor s'incrementa amb els interessos legals des de la mort del causant, sempre que el causant no ho hagi prohibit o n'hagi fixat un altre import.⁴⁹ És una clàusula d'estabilització del valor, però no una repercussió en el legitimari del

⁴⁶ Sobre aquesta problemàtica en el dret tradicional, MULLERAT I BALMAÑA, *Possibilitat de pagar la llegítima catalana en béns o en diner*, cit., p. 238 i seg., en què s'afirmava que els béns havien de ser de qualitat mitjana dels de l'herència; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 180. Així ho ha afirmat l'AP de Barcelona (Secció 12a) en interlocutòria de 7 de setembre de 2006 (AC 2007/633).

⁴⁷ Cfr. MULLERAT I BALMAÑA, *Possibilitat de pagar la llegítima catalana en béns o en diner*, cit., p. 243; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 181. És clar que aquesta revisió també es pot donar com a incident d'execució de títols judicials, si l'hereu ha estat condemnat judicialment al pagament de la llegítima, cfr. interlocutòria de l'AP de Barcelona (Secció 12a) de 7 de setembre de 2006 (AC 2007/633); vegeu també la interlocutòria de l'AP de Barcelona (Secció 16a) de 5 de juliol de 2000 (JUR 285497) i la SAP de Lleida (Secció 2a) de 2 de setembre de 2002 (JUR 257341).

⁴⁸ Cfr. SAP de Girona (Secció 2a) de 22 de maig de 2006 (JUR 2007/12108). Quan el testador lliga béns concrets en pagament de la llegítima, per contra, la seva valoració s'ha de fer en el moment de l'obertura de la successió, encara que se'n faci el lliurament molt de temps després, fins a quinze anys en el cas resolt per la SAP de Girona (Secció 2a) de 10 de maig de 2004 (JUR 182994)

⁴⁹ També pot succeir que el legitimari convisqui amb l'hereu o usufructuari universal de l'herència, que sovint serà així si és menor d'edat, cfr. SAP de Barcelona (Secció 14a) de 13 de novembre de 2000 (AC 2001/1409)

risc econòmic dels béns que componen el cabal relicte. Constitueix una càrrega de l'hereu, per evitar les conseqüències negatives de la pèrdua de valor dels béns de l'herència, procedir tan aviat com sigui possible a calcular la quantia de la llegítima i a fer-ne el pagament.⁵⁰

Pel que fa a les despeses del pagament de la llegítima, que són a càrrec de l'herència, la regla recollida a l'art. 364.2 CS s'ha suprimit en seu de llegítima, atès que ja s'hi fa esment a l'art. 461-19 lletra d) CCCat com a càrrega hereditària. El legislador haurà considerat que la duplicació de la mateixa regla no era elegant per innecessària o supèrflua, tot i la importància d'explicitar-la en la mateixa seu normativa. A la pràctica no s'ha considerat que les «despeses» o cost fiscal de la llegítima siguin a càrrec de l'herència, ni hi ha base normativa civil per defensar-ho. Sí que entenc que cal incloure entre les despeses a càrrec de l'hereu les notarials i d'inscripció al Registre de la Propietat.⁵¹ Aquestes despeses són càrregues

⁵⁰ En la recent sentència del Tribunal Suprem de 17 de novembre de 2008 (RJ 6051), no es condemna l'hereu a satisfer interessos per la llegítima reclamada des de la interposició de la demanda, d'acord amb l'aplicació que s'hi fa del principi «in illiquidis non fit mora». Del cas, no resulten detallats els antecedents de fet, només que la part actora va demandar l'hereu perquè es fixés el valor del patrimoni relicte i se li fes pagament de la dotzena part en pagament de llegítima més els interessos des de la presentació de la demanda, amb l'argument que no es demanava una quantitat concreta i que calia esperar al resultat del plet per a la seva determinació, el Tribunal Suprem entén que el deutor no estava en mora i la quantitat no era líquida, de manera que no s'havien d'abonar interessos moratoris. El cas feia referència a dret català i provenia de l'AP de Barcelona, però s'al·legava com a infringit l'art. 1.108 CC. Per descomptat que la resolució és contrària al que estableix el dret català en la matèria d'acord amb el que aquí s'afirma. Sobre l'aplicació de la regla de meritació d'interessos en la llegítima i el seu suplement (art. 139 CDCC, art. 365 CS i vigent art. 451-14 CCCat), STSJC d'11 de desembre de 2006, 10 de juliol de 2000, 31 de març de 1999, 9 de juny de 1997, 23 de novembre de 1994, també SAP de Barcelona (Secció 1a) de 4 d'abril de 2002 (AC 1057), (Secció 4a) de 28 de setembre de 2001 (JUR 2002/4414), SAP de Girona (Secció 2a) d'11 de novembre de 2002 (JUR 2003/120598), (Secció 2a) de 30 de setembre de 2002 (AC 151), (Secció 2a) de 28 de maig de 2001 (AC 2457), SAP de Lleida (Secció 2a) de 22 de desembre de 2004 (JUR 2005/104828), (Secció 2a) d'11 de març de 2002 (JUR 118828) i (Secció 2a) de 10 de setembre de 1999 (AC 1805). Una cosa és que la llegítima meriti interès, com a quantitat determinada a la mort del causant, i una altra que un llegat de diners, que és imputable a la llegítima i n'implica atribució i que pot excedir-ne la quantia, meriti també interès, cosa que la llei no preveu per als llegats de diners, ja que només ho determina per als llegats amb eficàcia real art. 427-20 CCCat, però no per als llegats «de quantitat», supòsit entre els quals caldria qualificar els llegats dineraris, en què els interessos només són deguts des de la reclamació judicial o extrajudicial o des del dia en què s'ha promès fer-lo efectiu, però no des de la mort del testador. Per a la llegítima, però, hi ha aquesta regla especial, que d'altra banda portaria al mateix resultat, així ho afirma la STSJC de 31 de març de 1999: «No hi ha dubte que si el testament contenia atribució legitimària baldament insuficient, l'atribució ha de meritar interès des de la mort del causant i, en canvi, el suplement produirà interessos des de la interposició de la demanda».

⁵¹ Amb tot, es podria defensar la no-inclusió de les despeses d'inscripció al Registre de la Propietat, entre les de pagament de la llegítima com a càrregues hereditàries, atès que aquesta inscripció no és obligatòria per al legitimari per tal d'adquirir la propietat dels

hereditàries en el sentit de l'art. 461-19 CCCat i cal recordar aquí que no s'ha comès l'error greu que hauria estat deduir del *relictum* pel còmput de la llegítima (art. 451-5.a) les càrregues hereditàries en el seu conjunt, atès que comprenen la retribució de marmessors, que en cap cas pot perjudicar la llegítima i ha de ser suportada íntegrament per l'hereu.⁵²

En termes de responsabilitat pel pagament de la llegítima, l'art. 451-15 CCCat reproduceix la regla recollida a l'art. 366 CS, la qual és la culminació d'un procés d'afebliment, quant a les limitacions que podria plantejar la llegítima per a l'adquisició de l'herència per part de l'hereu i la subsegüent disposició dels béns hereditaris.⁵³ Eliminada tota constància registral *ex lege* de la llegítima en dret català, la contrapartida passa per declarar a l'hereu responsable del pagament en termes *personals*, és a dir, com a mer dret de crèdit.⁵⁴ Això pot plantejar alguna conseqüència desfavorable en la mesura en què puguin aparèixer nous legitimaris en el futur⁵⁵ i aquells que

béns lliurats en pagament de la llegítima, així JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1231

⁵² Cfr. PUIG FERRIOL, *Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones*, cit., p. 3999.

⁵³ Com a efecte d'aquest procés, JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1191, afirma que «como consecuencia nunca será necesaria la intervención del legitimario en la escritura de partición de la herencia». En la mateixa direcció, la Disposició transitòria vuitena de la Llei 10/2008, estableix en el seu apartat la caducitat immediata, a la seva entrada en vigor, de les mencions legitimàries referents a successions obertes abans del 8 de maig de 1990 que constin al Registre de la Propietat.

Sobre l'anotació preventiva de la demanda de reclamació de la llegítima al Registre de la Propietat, cfr. les interlocutòries de l'AP de Barcelona (Secció 1a) de 2 de juny de 2008 (JUR 266564) i (Secció 16a) de 8 de juliol de 2002 (JUR 270519).

⁵⁴ Sense que l'hagin de reclamar necessàriament alhora tots els legitimaris, per tant, no hi ha litisconsorci actiu necessari per a la seva reclamació, STSJC de 3 de setembre de 1994, cfr. Eulàlia AMAT LLARI, «Naturaleza de la legítima catalana y su influencia en el litisconsorcio», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1993/1, p. 3 i seg.; Susana NAVAS NAVARRO, «La intangibilidad cuantitativa de la legítima. Acción de reclamación y litisconsorcio», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1994/2, p. 784 i seg., vegeu també SAP de Barcelona (Secció 1ª) de 17 de gener de 2000 (AC 1039). Però sí, en canvi, es pot plantejar el litisconsorci passiu necessari dels hereus, cfr. SAP Barcelona (Secció 16a) de 21 de maig de 2008 (JUR 204733), (Secció 13a) de 23 de novembre de 2006 (JUR 2007/194814), (Secció 14a) de 27 de juny de 2000 (JUR 305302), (Secció 16a) de 8 d'abril de 1999 (AC 887). Sobre la legitimació passiva en la reclamació de la llegítima de l'usufructuari universal amb facultats de disposició, cfr. SAP de Barcelona (Secció 17a) de 4 de març de 2005 (AC 1095).

⁵⁵ En aquest sentit, en la SAP de Barcelona (Secció 17a) de 21 de març de 2003 (JUR 203155) s'estima que no s'ha de condemnar a l'hereva a satisfer interessos per la llegítima atès que ignorava l'existència del legitimari, en el cas, fills d'un fill extramatrimonial del causant, acollint el tribunal la petició de l'hereva que al·legava la seva possessió de l'herència de bona fe.

hagin percebut ja la llegítima siguin insolvents, tot i que l'hereu hagi gaudit del benefici d'inventari (art. 461-14 i ss. CCCat).⁵⁶

6. Imputació de donacions i atribucions particulars a la llegítima

En matèria de donacions imputables sí que hi ha hagut un canvi substancial, en relació amb el dret anterior, en el cabdal art. 451.8 CCCat, que és el concordant de l'art. 359 CS.⁵⁷ D'una banda, i sense ser un canvi normatiu de fons, s'aclareix el dret vigent a Catalunya, explicitat de manera insuficient al Codi de successions, i que és l'oposat al del Codi civil espanyol, en què tants professionals del dret a Catalunya tenen encara el seu referent formatiu. En el dret català les donacions fetes en vida pel causant als legitimaris per regla no són imputables a la llegítima individual. Perquè això darrer succeeixi cal que el donant així ho hagi manifestat al donatari en fer la donació, i que aquest ho accepti juntament amb la donació (art. 451-8.1 CCCat). La norma té el fonament en l'element negocial de declaració de voluntat que suposa l'acceptació de la donació: el donatari ha de consentir expressament els efectes anticipatoris de la llegítima que implica la donació. A més, aquesta regla s'adiu amb el principi general català de llibertat civil (art. 111-6 CCCat) i, per descomptat, amb el de no igualació legal dels fills en la successió que suposa la llegítima curta, en què es fonamenta el sistema successori vigent. El caràcter imputable de les donacions és pot deixar sense efecte pel causant posteriorment, però no es pot afegir⁵⁸ ni tampoc es pot presumir si no consta explicitat pel donant

⁵⁶ En qualsevol cas, teòricament l'hereu sempre tindrà recursos per afrontar el pagament de la llegítima, en els termes de la computació legitimària de l'art. 451-5 CCCat, i la reducció de llegats i donacions per inoficiositat dels art. 451-22 i seg. CCCat. Amb tot, cal tenir en compte que aquesta acció d'inoficiositat està sotmesa a un termini de caducitat de quatre anys (art. 451-24.2 CCCat), mentre que la pretensió per exigir la llegítima està sotmesa a un termini de prescripció de deu anys, que pot ser efectivament de durada molt més llarga si tenim en compte les causes de suspensió i interrupció (art. 451-27 CCCat). Serà, doncs, càrrega de l'hereu evitar els efectes perjudicials sobre el seu patrimoni de la caducitat de l'acció d'inoficiositat. Sobre la matèria, Joan MARSAL GUILLAMET, «Responsabilitat de l'hereu pel pagament de la llegítima», a *InDret* 2/2003.

⁵⁷ Per a la imputació en aquest precepte del CS, vegeu, JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1216 i seg.

⁵⁸ Sovint els testadors manifesten, amb intenció de no deixar res per aquest concepte, que el fill en vida ja ha rebut allò a què per llegítima tenia dret, de vegades amb escreix, afirmació falsa en termes d'imputabilitat i motivada per l'ànim de privar la llegítima en no existir causa de desheretament, cfr. STSJC de 31 de març de 1999, 23 de novembre de 1998, 21 de març de 1991, SAP de Barcelona (Secció 13a) de 23 de novembre de 2006 (JUR 2007/194814), (Secció 17a) de 18 de novembre de 2002 (JUR 61627), (Secció 4a) de 4 d'abril de 2001 (JUR 171500), (Secció 1ª) de 28 de gener de 2000 (AC 2001/2173), SAP de Lleida (Secció 2a) de 29 d'abril de 2005 (JUR 171481) i (Secció 2a) d'11 de març de

i acceptat pel donatari (art. 451-8.5 CCCat).⁵⁹ Així s'entenia per la doctrina de la tradició jurídica clàssica —que distingia entre donacions *ob causam* i donacions simples— i és el que ara recull l'art. 451-8 CCCat de manera diàfana en els seus apartats 1 i 5, la qual cosa hauria de servir per esvair els errors que encara hi ha força estesos.⁶⁰

Per contra, i en segon lloc, al llibre IV del CCCat s'han inclòs uns supòsits força genèrics i indeterminats d'imputació *ex lege* que alteren la regla tradicional de la no imputació de donacions i presumpció de llibertat. Aquí el legislador ha fet paternalisme en uns casos en què haurà considerat que era just —suposo— en relació amb els altres legitimaris evitar la desigualació que el pare o la mare hagin decidit fer voluntàriament en vida, però a la pràctica ha creat una distorsió molt important de conseqüències imprevisibles. En el cas d'aquestes donacions, crec que hauria de ser suficient valorar la possibilitat que té el donant d'assessorament legal, per tal d'atribuir el caràcter d'imputable o de a compte de la llegítima a la donació i no imposar-lo *ex lege*. Per descomptat que el donant pot decidir suprimir aquest caràcter en el mateix acte o amb posterioritat, però la modificació del sistema, en forma d'excepció incoherent, ja està introduïda.

En efecte, al llibre IV del CCCat s'ha suprimit la referència de l'art. 359.1r i 2n del CS a la imputació del dot o l'aixovar constituït pel causant o les

2002 (JUR 118828). Erròniament, en un cas d'aquesta mena, l'AP de Barcelona (Secció 1^a), en sentència de 17 de gener de 2000 (AC 1039), entengué que el testador pot declarar en testament la imputació de les donacions fetes sense aquesta prevenció.

⁵⁹ Clarament ho ha exposat el TSJC en la seva jurisprudència, així en la sentència de 4 d'abril de 2005: «Per tal que les donacions atorgades entre vius pel testador puguin ésser imputables a la llegítima, és necessari que la donació s'hagi fet amb l'expressa prevenció de què l'acte de liberalitat sigui imputat al pagament de la llegítima o que serveixi de pagament o bestreta de la mateixa, prevenció que s'ha de fer en el moment d'atorgar la donació, i no per declaració efectuada amb posterioritat en testament o en una altra declaració fefaent de voluntat del *de cuius*, posat que en resultar afectat el donatari en un dret de caire forçós i irrenunciable (almenys a priori) és clar que ha de conèixer les circumstàncies referents a la imputació, per a decidir si accepta allò donat amb l'expressa atribució legitimària»; també sobre imputació en la llegítima STSJC de 10 de juliol de 2000, SAP de Barcelona (Secció 16a) de 26 de març de 2003 (JUR 203265), (Secció 4a) de 4 d'abril de 2001 (JUR 171500), SAP de Girona (Secció 2a) de 3 d'abril de 1993 (AC 1198), SAP de Lleida (Secció 2a) de 29 d'abril de 2005 (JUR 171481) i SAP de Tarragona (Secció 1a) de 3 d'octubre de 2007 (JUR 2008/41733).

⁶⁰ El treball de referència en el nostre dret continua essent el de ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, cit., p. 165 i seg.; també, ID., *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 106 i seg., i ID., «La extinció de la llegítima», a CÀTEDRA DURAN I BAS (ed.), *Estudios sobre la legítima catalana*, Barcelona, 1973, p. 361 i seg., p. 392; vegeu també, PUIG SALELLAS, *Sobre preterición no errónea y desheredación injusta*, cit., p. 138 i seg.; PUIG I FERRIOL, *Cómputo de la legítima*, cit., p. 528; Joan Manuel ABRIL CAMPOY, «Determinación de la legítima. La protección del título de legitimario y de su contenido económico», a *La Llei de Catalunya i Balears*, 1991/2, p. 742 i seg.

altres donacions matrimonials fetes per ell mateix, així com les quantitats assenyalades o assignades pel causant en capítols matrimonials en concepte de dot, aixovar, donació o simplement en concepte de llegítima. Al seu torn, a la lletra a), i potser en substitució d'aquestes i com a pretesa actualització de la regla tradicional de la *dote contenta* o pacte d'acontentament, la lletra a) de l'art. 451-8.2 CCCat declara imputables «les donacions fetes pel causant a favor dels fills perquè puguin adquirir el primer habitatge o emprendre un activitat professional, industrial o mercantil que els proporcioni independència personal o econòmica».

En la meua opinió aquesta és una decisió gens encertada, per diversos motius, alguns ja assenyalats. D'una banda, perquè entenc que la imputació com a regla per defecte no és coherent, atès el geni de dret català: llibertat civil i no igualació dels fills en un context de llegítima curta són contraris a la imputació *ex lege*. D'això resultarà que a la mort del causant els germans podran fer-se qüestió d'allò que els progenitors hagin decidit lliurement fer en vida. De manera més concreta, entenc que els supòsits de la lletra a) de l'art. 451-8.2 CCCat són imprecisos i arbitraris. Si es defensa la modernització de la regla tradicional d'imputació de dots, aixovars i donacions matrimonials o capitulars, s'ha de dir que en aquestes hi havia una tipificació clara del supòsit, amb la convicció d'estar complint amb un deure, i una consciència expressa de percepció de la llegítima i, en ocasions, de renúncia al suplement sobre la base d'aquesta «tipicitat». Això no passarà ara, perquè no hi haurà cap advertiment exprés al legitimari, que no coneixerà el detall de la regla de la lletra a) de l'art. 451-8.2 CCCat. A més a més, el supòsit no queda gens tipificat.⁶¹

Si bé es pot arribar a identificar quan hi ha una donació per adquirir el primer habitatge o bé per emprendre una activitat professional, industrial o mercantil, ja es més difícil escatir si això darrer suposa la independència personal o econòmica. La imprecisió a la pràctica o indeterminació d'aquests supòsits és manifesta i no és realista amb la multiplicitat de supòsits que es poden donar d'actes gratuïts entre pares i fills. Crec que l'important no és la finalitat de la donació sinó la donació per ella mateixa, l'acte gratuït mitjançant el qual els pares decideixen incrementar

⁶¹ Sobre la imputació *ex lege* en el dret tradicional, i amb suport en Jaume Càncer, ROCA TRIAS, *La extinció de la llegítima*, cit., p. 392, explica que la imputació de les donacions *ob causam* es donava perquè el donant estava complint, en certa mesura, un deure jurídic, com ara es considerava l'obligació de dotar i, per tant, era coherent que s'imputés a la llegítima individual de qui hagués rebut la donació feta en compliment d'un deure, i no així quan la donació fos lliure o simple, atès que aquestes s'atorguen amb ànim de liberalitat, per pura voluntat d'enriquir el donatari i no de complir un deure; vegeu també ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, cit., p. 174 i seg.; Id., *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 120.

el patrimoni dels seus fills. Pot passar perfectament que uns pares ajudin un fill a comprar un primer habitatge, però que en compensació a un altre l'ajudin en la construcció d'una segona residència o bé li cedeixin gratuïtament l'ús d'un habitatge propietat seva.⁶² També pot perfectament passar que ajudin a un fill a establir-se professionalment, sigui amb la compra d'un local o bé de maquinària. Ara bé, del precepte sembla entendre's que la finalitat de la donació no és simplement per a una activitat econòmica, sinó per a emprendre-la i de manera inicial en la vida del donatari, la primera, sembla. S'haurà de considerar també imputable la donació d'una fracció significativa de l'empresa familiar al fill més gran de cinquanta anys que fa anys que hi treballa? En la meva opinió, i de la lletra de la llei, sembla que no.

Per descomptat que la qualificació de la imputabilitat de les donacions, si és que consten i es proven, s'haurà de fer *ex post*, un cop mort el progenitor i oberta la successió. S'imposa un consell adequat al testador sobre aquesta qüestió perquè decideixi en conseqüència, tant si creu que li convé fer prelegats o una participació que defaci la igualtat de la institució conjunta als fills, com si creu que ha de disposar una clàusula general en què declarar el caràcter no imputable de les donacions que hagi pogut fer als fills en vida, opció raonable atesa la lletra de la llei. En fi, aquest ha estat un primer pas, que entenc nefast, cap a la generalització de la imputació de donacions en dret català i suposa una concessió a la secular influència jurídica castellana i un proteccionisme intervencionista excessiu sobre la llibertat dels ciutadans. El que qualifica les donacions és el seu efecte lucratiu genèric i no la seva finalitat.⁶³ Aviat veurem que hom es preguntarà per què unes donacions sí són imputables i les altres no.

El problema es farà més greu amb el bon tractament fiscal que des de l'any 2008 tenen les donacions entre parents en línia directa a Catalunya, si es fan en escriptura pública.⁶⁴ Addicionalment, cal tenir en compte l'extrema bonificació fiscal del 95% del valor de les participacions d'una empresa familiar en cas de donació entre ascendents i descendents.⁶⁵

⁶² En la jurisprudència s'ha plantejat la qüestió de si cal computar i imputar el valor de l'habitatge als efectes de llegítima o dels diners donats per a la seva adquisició, qüestió que pot tenir gran importància atesa la diferent fluctuació de valor, cfr. STSJC de 6 de març de 2008.

⁶³ Sobre la qüestió, amb els antecedents de la tradició jurídica, ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 112 i seg.

⁶⁴ Art. 14.1 de la Llei 17/2007, de 21 de desembre, *de mesures fiscals i financeres*.

⁶⁵ Art. 20.6 de la Ley 29/1984, de 18 de diciembre, *del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*.

La introducció de modificacions en el sistema tradicional d'imputació de donacions ha plantejat la introducció d'una nova regla, pel que fa a la computació, que exigeix fer-ne una anàlisi detallada. S'ha considerat que les donacions imputables no havien d'estar sotmeses al nou termini decennal de l'art. 451-5 CCCat, de manera que en la lletra b) d'aquest precepte es disposa rotundament que «el valor dels béns que han estat objecte de donacions imputables a la llegítima s'ha de computar, en tot cas, amb independència de la data de la donació». Res a dir sobre aquesta regla, que era la tradicional a Catalunya abans de la Compilació. Si bé la imputació perjudica el donatari en el moment de l'obertura de la successió, la computació de la donació fa créixer la quantia global de la llegítima i, de retruc, si convé, també la seva llegítima individual.⁶⁶ L'art. 451-8.4 CCCat recorda que la regla dels deu anys no regeix tampoc per a la imputació, que no està sotmesa a límit temporal. Ara bé, atès que a partir d'ara no *totes* les donacions són computables, només les dels darrers deu anys i les que siguin imputables per decisió del donant-testador i les que ho siguin *ex lege* per defecte (art. 451-8.2 lletra a) CCCat), per aquestes últimes si el donant-testador decideix que no siguin imputables, seran llavors computables? En la meua opinió, i de la lletra de la llei, cal decidir que no ho seran. L'argument *a contrari* que sí seran computables les donacions lliures a què el causant hagi atorgat caràcter d'imputables em sembla que ho confirma. Aquesta és una qüestió que pot arribar a ser important i que cal aclarir des d'ara obertament.

7. Col·lació hereditària i imputació legitimària

La regla de la imputació legitimària té la seva torna en la col·lació hereditària, als efectes de la partició entre cohereus que són descendents del causant, i d'aquí també la seva importància.⁶⁷ Així ho explicita l'art. 464-7.1 CCCat en assenyalar com a col·lacionable allò rebut en vida «en concepte de llegítima o [que] hi sigui imputable, o que el causant hagi establert expressament, en el moment d'atorgar l'acte, que l'atribució sigui col·lacionable». No hi ha, doncs, en el dret vigent diferències de règim

⁶⁶ Pel que fa a la valoració de les donacions imputables, l'AP Barcelona (Secció 16a), en sentència de 21 de maig de 2008 (JUR 204733), aplica un estricte criteri nominalista per a les donacions de diners, rebutja l'aplicació de l'índex acumulat d'increment dels preus que proposava el demandat (amb un increment del 38,8% en el cas) ja que aquesta donació de diners «s'ha de computar pel seu valor intrínsec (principi nominalista), atès que cap norma jurídica autoritza a computar-la pel seu equivalent de valor deu anys més tard, en la data de la mort de la causant», quan és tot el contrari el que exigia l'art. 359 per remissió a l'art. 355 del CS.

⁶⁷ Cfr. STSJ de 10 de juliol de 2000, també SAP de Barcelona (Secció 17a) de 29 de juny de 1999 (AC 6904) i SAP de Lleida (Secció 2a) de 12 de març de 2003 (JUR 110345).

jurídic entre imputació legitimària i col·lació als efectes de la partició en les quotes hereditàries.⁶⁸

Per aquest motiu, es pot afirmar que en l'àmbit de la col·lació la introducció de la regla de la imputació *ex lege* de la lletra a) de l'art. 451-8.2 CCCat és especialment perniciososa. Hom pot arribar a pensar que la imputació de donacions no tindrà conseqüències greus en termes de litigiositat quan tots els fills del causant siguin hereus i el que rebin per herència sigui superior al que per llegítima els correspon. Ara bé, si traslладem la regla a la col·lació llavors els efectes són molt més distorsionadors, atesa la imprecisió dels supòsits d'imputació de donacions. Aquí sí que, efectivament, el fill donatari haurà de detreure de la seva quota allò que hagi rebut en vida, i la nova regla de col·lació permetrà als fills cohereus passar a jutjar tot allò que els pares hagin decidit lliurement fer en vida en forma de donació.

Estendre l'àmbit de la col·lació, com s'ha fet de manera imprecisa, vol dir que els fills cohereus tenen motius legals per retreure's entre ells la relació que haguessin tingut amb els progenitors, un cop morts aquests i constant expressament en testament la seva voluntat de fer-los cohereus per parts iguals. En la meua opinió això suposa ignorar les regles bàsiques de l'organització patrimonial successòria a Catalunya tant repetides: llibertat civil i no igualació legal dels fills.⁶⁹ Ara hi haurà bons arguments *de lege lata* perquè els fills es barallin morts els pares: fer la relació de les donacions atorgades a cadascun d'ells i, si convé, demanar que es col·lacionin i, per tant, entrar en litigis sobre la seva qualificació. En aquests termes, pot ser raonable aconsellar el causant sobre la possibilitat de prohibir o dispensar expressament els hereus de la col·lació de donacions en els testaments atorgats a partir d'ara.⁷⁰

⁶⁸ Cfr. ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 110 i seg. En la SAP de Barcelona (Secció 17a) de 28 de juliol de 2000 (JUR 306780) s'afirma que les donacions per causa de mort són computables i imputables a efectes de llegítima, mentre que no són col·lacionables atès que l'art. 43 CS no hi fa referència expressa.

⁶⁹ Cfr. en la SAP de Barcelona (Secció 19a) de 27 de novembre de 2006 (JUR 194672), en un dels pocs casos en què es planteja la col·lació de donacions en termes propis.

⁷⁰ Sobre la col·lació en el dret català, Carlos J. MALUQUER DE MOTES, «Comentari als arts. 273 i 274», a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIX. Vol. 3.º. Artículos 248 a 276. Compilación de Cataluña*, Madrid, Edersa, 1986, p. 498 i seg.; José Luis MEZQUITA DEL CACHO, «Comentari als arts. 43 i 44», a Lluís JOU I MIRABENT (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Tomo I*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 154 i seg.; Agustí M. BASSOLS I PARÉS, *La col·lació en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1997; GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones*, p. 821 i seg.; PUIG I FERRIOL / ROCA I TRIAS, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, cit., p. 659.

8. Preterició i desheretament

En matèria de preterició, el llibre IV del CCCat ha tingut l'encert d'aclarir el dret vigent del CS en un àmbit en què pràcticament no hi ha hagut jurisprudència des de l'entrada en vigor de la Compilació.⁷¹ L'art. 367 CS no va introduir claredat en la regulació de l'art. 141 de la CDCC, ans tot el contrari. Així, no quedaven delimitats amb precisió els supòsits en què la preterició errònia no donava lloc a la nul·litat del testament. En l'actualitat, l'art. 451-16 CCCat estableix un llistat i en delimita els supòsits. Com a novetat, de manera coherent al conjunt del llibre IV del CCCat, l'acció d'impugnació del testament per preterició errònia està sotmesa a un termini de caducitat de quatre anys des de la mort del testador i l'art. 451-16 CCCat ha afegit els codicils entre els negocis susceptibles d'impugnació.⁷²

En aquesta seu, l'art. 451-16.4 CCCat confirma l'obvietat que la clàusula notarial d'estil del llegat simple de llegítima no enerva els efectes de la preterició errònia, si és el cas.⁷³ Tanmateix, el fet que s'aclareixi que la institució del cònjuge o convivent en tota l'herència com a hereu únic evita els efectes de la preterició, dona força virtualitat a l'anterior clàusula. És a dir, per bé que fins ara hom podia tenir dubtes de si la institució universal en favor del cònjuge abans de tenir fills podia donar lloc a preterició errònia, en l'actualitat aquest dubte queda esvaït. A la pràctica, des de l'entrada

⁷¹ D'entre la que ha estat objecte de resolució pel TSJC, les sentències de 10 d'abril de 1995, 21 de desembre de 1993 i 1 d'octubre de 1991, anteriorment el TS en sentència de 4 de maig de 1966 (RJ 2290). Per bé que en algun cas s'ha fet valer l'acció de nul·litat quan del que es tractava era de preterició intencional i no errònia, per a la qual, a més, havia passat en excés el termini de caducitat, cfr. STSJC de 27 de març de 2008.

⁷² El que sí que queda clar de la nova regulació, com amb el Codi de Successions, és que l'institut de la preterició errònia no protegeix la llegítima material, sinó la quota intestada del fill erròniament preterit, «como garantía de claridad de la voluntad testamentaria», atès que els fills preterits «son los que la ley entiende que todo testador normal quiere que le sucedan», tal com va assenyalar José M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre la preterición y la voluntad del causante», a ÀREA DE DRET CIVIL. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*. 24-26 de setembre de 1992, Barcelona, PPU, 1994, p. 379 i seg., p. 383., vegeu també José M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, «La preterición», a Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ et al. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo IV*, Madrid, Thomson - Civitas, 2003, p. 5339 i seg.; en el mateix sentit, JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1191. També sobre la preterició, CASANOVAS MUSSONS, *La qualitat personal de legitímarí*, cit., p. 279 i seg., que la qualifica com a «omissió dispositiva en relació amb la llegítima»; Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La preterición en Cataluña», a CÀTEDRA DURAN I BAS (ed.), *Estudios sobre la legítima catalana*, Barcelona, 1973, p. 289 i seg.; ROCA TRIAS, *Natura i contingut de la llegítima en el Dret Civil Català*, cit., p. 87 i ss.; ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 203; Santiago ESPIAU ESPIAU, «Nulidad de testamento por preterición errònea y usufructo vidual», a *Revista Jurídica de Catalunya* 1995, p. 593 i seg.

⁷³ En relació amb aquesta clàusula, GARRIDO MELERO, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 284 i seg.

en vigor del llibre IV del CCCat els supòsits de preterició invalidants del testament encara seran més reduïts.⁷⁴ Caldrà que el testament sigui anterior a tenir cap fill o bé contreure matrimoni o constituir una unió estable de parella per part del causant. Si tot i donar-se els fets anteriors el testador ha disposat a títol universal en favor de persones diferents a les anteriors i sobrevenen nous fills, només llavors hi haurà preterició. Pel que fa al supòsit fins ara clàssic que generava dubtes, el d'institució d'hereu en favor del cònjuge abans de tenir fills, aquest ja queda fora de l'àmbit dels efectes de nul·litat de la preterició errònia, en els termes de la lletra a) de l'art. 451-16.2 CCCat.⁷⁵

En relació amb el desheretament, aquest és potser un dels àmbits on el llibre IV del CCCat presenta un dels canvis més importants en el sistema successori català. En la pràctica, la jurisprudència evidencia que la majoria de desheretaments fracassen perquè l'hereu no pot provar-ne la causa enfront la reclamació del legitimari que es considera desheretat injustament.⁷⁶ Són recurrents, doncs, els supòsits en què els progenitors voldrien privar de la llegítima els descendents i no hi ha causa legal o bé tot i que n'hi hagi no se'n preconstitueix la prova en favor de l'hereu, que un cop mort el causant no té mitjans per provar-la. Probablement en aquest supòsit succeeix que manca la relació familiar entre causant i legitimari. Aquesta darrera és la nova causa que incorpora l'art. 451-17.e) CCCat, de forma que el testador no tindrà dificultats especials en la seva acreditació i preconstitució de la prova en favor de l'hereu. La pràctica ens dirà si ha estat o no un encert, personalment hi tinc els meus dubtes. Segurament que molts testadors consideraran que se'ls fa justícia en permetre'ls

⁷⁴ Entre els que podrien donar lloc a litigiositat hi ha el dels fills declarats amb posterioritat a la mort en virtut de sentència dictada en plet de reclamació de filiació. En la jurisprudència hi ha constància de la reclamació de llegítima per persones la filiació de les quals amb el causant s'ha determinat judicialment, cfr. STS 17 de novembre de 2008 (RJ 6051) i STSJ de 21 de desembre de 1993.

⁷⁵ Sobre aquesta matèria, PUIG SALELLAS, *Notes sobre l'eventual reforma de la llegítima*, cit., p. 217.

⁷⁶ Cfr. STSJ de 24 d'abril de 2003, en què concorre una clàusula típica en aquests casos, de forma que el testador «manifiesta que nada lega a sus otros dos hijos JM y M por haber recibido con creces cuanto podría corresponderles en concepto de legítima. En el supuesto de que los nombrados reclamaran derechos en su herencia los deshereda expresamente, debido a los malos tratos recibidos de los mismos», vegeu també SAP de Barcelona de 22 de febrer de 2002 (JUR 116669) en què el testador havia desheretat la seva filla «por haberle maltratado de obra e injuriado gravemente», o bé la SAP de Barcelona (Secció 17a) de 12 de maig de 2000 (JUR 211840), (Secció 1a) de 4 d'abril de 2000 (JUR 190162) i SAP de Girona (Secció 2a) de 24 de maig de 2000 (JUR 213878). Per contra, en la SAP de Girona (Secció 2a) de 18 d'octubre de 2004 (JUR 310006) es considerarà provada l'existència de causa de desheretament —per prova de testimonis— consistent en els mals tractes greus de la filla única al seu pare, també en la SAP de Tarragona (Secció 1a) de 17 d'octubre de 2003 (JUR 259597).

desheretar els fills amb els quals no tenen cap relació. Amb tot, caldrà que aquesta absència manifesta i continuada de relació familiar sigui per una causa *exclusivament* imputable al legitimari, el que constitueix una cautela o salvaguarda legal en favor seu.⁷⁷ L'exclusió o privació dels drets legitimaris, però, serà només individual en perjudici del fill desheretat. Si aquest legitimari té fills, cal convenir que l'estirp que tindrà dret a llegítima per representació no quedarà afectada per la causa de desheretament del progenitor, ans tot el contrari (art. 451-3.2 CCCat). Si no hi ha relació familiar entre néts i avi per causa exclusivament imputable al pare-fill del causant, aquesta imputabilitat entenc que no s'entén als néts.

Pel que fa a la resta de causes de desheretament, es mantenen les que fins ara estaven vigents, entre les quals cal tenir en compte —per remissió— l'important eixamplament experimentat per les causes d'indignitat de l'art. 412-3 CCCat. Aquestes causes permeten al causant privar de la llegítima els legitimaris afectats, però constitueix una càrrega de l'hereu provar-les davant la reclamació del legitimari que impugna els desheretament per considerar-lo injust.

9. Inoficiositat legitimària

La inoficiositat legitimària constitueix una acció de què disposa el legitimari en defensa o protecció de la integritat del seu dret, en coherència amb el caràcter legal de la llegítima i les regles de computació per determinar-ne la quantia. Si la llegítima pressuposa l'existència de *relictum* i també, si és el cas, de *donatum*, s'entén que, en cas de no tenir l'hereu béns a l'abast per satisfer-la, el legitimari pugui demanar que es redueixin els llegats ordenats pel causant i, si això no és suficient, les donacions fetes en vida.⁷⁸ Per

⁷⁷ Sobre aquesta causa, cal tenir en compte l'afirmació del Tribunal Suprem en sentència de 28 juny 1993 (RJ 4792): «Hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los preceptos que regulan la institución; falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias que de ser ciertos corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia».

⁷⁸ En el cas resolt per la sentència del TSJC de 12 de setembre de 2002, el donatari era el mateix hereu, de forma que el tribunal entén que no procedeix la reducció de la donació per inoficiositat atesa la responsabilitat personal de l'hereu pel pagament de la llegítima, el patrimoni del qual està integrat per la donació que podria ser reduïda per inoficiositat. En el de la SAP de Girona (Secció 1a) d'11 d'abril de 2003 (JUR 150500) el patrimoni del causant estava integrat per dues finques adquirides amb pacte de supervivència amb el seu cònjuge, que d'acord amb l'art. 44.3 CF s'han de computar als efectes del càlcul de la llegítima, però el tribunal estableix que en no poder-se considerar aquesta adquisició com una donació *mortis causa* «mai podria ser d'aplicació el termini de reducció de donacions per inoficioses».

descomptat que d'aquesta mateixa facultat disposa l'hereu si es troba en la situació esmentada, però de forma primària la inoficiositat s'estableix en benefici del legitimari, perquè malgrat poder accionar directament contra el patrimoni personal de l'hereu podria trobar-se que aquest fos insolvent. Si succeeix això primer, i en cas que la reclamació del legitimari posi en risc el seu patrimoni personal, l'hereu també podrà recórrer a l'acció d'inoficiositat.⁷⁹

La limitació de les donacions computables a les dels darrers deu anys de vida del causant, llevat de les que són imputables, restringeix clarament l'àmbit de la inoficiositat legitimària, i la seva complexitat, pel que fa a aquestes. En matèria de llegats, serà una càrrega de l'hereu no procedir al seu lliurament fins que no s'hagi pagat la llegítima, cosa que si cal pot fer en forma d'ofertament de pagament i consignació en favor del legitimari.⁸⁰ Com a novetat en el llibre IV del CCCat, destaca que l'hereu també té acció per reduir o suprimir donacions inoficioses, cosa que no succeïa al CS, llevat que aquest també fos legitimari.⁸¹ A més, ara no s'exigeix que l'hereu accepti l'herència pura i simplement per poder reduir els llegats per causa d'inoficiositat (art. 375.1 CS), cosa que podrà fer en qualsevol cas. El termini de caducitat de l'acció d'inoficiositat, fins ara de cinc anys a l'art. 378 CS, s'harmonitza també al termini de quatre anys des de la mort del causant.

10. L'extinció de la llegítima. Renúncia i prescripció

El llibre IV del CCCat no ha admès de forma general la renúncia pura i simple del dret a la llegítima abans del seu naixement (art. 451-26.1 CCCat). De ben segur que és coherent amb l'existència mateixa de la llegítima no

⁷⁹ Sobre la matèria, vegeu l'extensa exposició de Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La inoficiosidad legitimaria», a CÀTEDRA DURAN I BAS (ed.), *Estudios sobre la legítima catalana*, Barcelona, 1973, p. 99 i seg.; també ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 221 i seg.; Anna CASANOVAS I MUSSONS, «La llegítima», a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de Dret civil Català*, Barcelona - Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 748 i seg., p. 756; PUIG I FERRIOL / ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., p. 571.

⁸⁰ Cfr. STSJC de 25 de gener de 2001, en què s'afirma que l'ofertament de pagament per ells mateix no és eficaç per impedir la meritació d'interessos si no va acompanyada de la consignació del deute, també sobre la qüestió, SAP de Barcelona (Secció 16a) d'1 d'abril de 2004 (JUR 154270), (Secció 1a) 16 de maig de 2003 (JUR 260159), (Secció 4a) de 31 de maig de 2002 (AC 2060), (Secció 4ª) de 24 de febrer de 2000 (JUR 142530) i (Secció 2a) de 10 de setembre de 1999 (AC 1805).

⁸¹ Cfr. STSJC de 5 d'abril de 2005, 11 de novembre de 2002 i SAP de Girona (Secció 1a) d'11 d'abril de 2003 (JUR 150500); també, Antonio PARA MARTÍN, «Legítima y sucesión intestada», a ÀREA DE DRET CIVIL. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya. 24-26 de setembre de 1992*, Barcelona, PPU, 1994, p. 401 i seg.

permetre'n la renúncia anticipada, posició que fins i tot poden arribar a compartir els favorables a la seva supressió. Sense cap contraprestació costa d'entendre que la renúncia del legitimari respongui a una voluntat espontània amb aquesta única finalitat. Per contra, el llibre IV del CCCat manté la validesa de la renúncia al suplement de la llegítima futura a canvi d'una donació de present, que és el supòsit raonable de renúncia per contraprestació, el tradicional pacte d'acontentament.⁸² En aquest cas, el nou dret codificat ha donat seguretat al pacte entre ascendents i descendents, ja que es fixa amb claredat que el termini per rescindir per lesió aquesta renúncia és de quatre anys a comptar des de l'atorgament del pacte. Això fa que s'esvaeixi la incertesa vigent sobre el potencial pràctic d'aquest pacte, perquè la renúncia esdevé ferma als quatre anys del seu atorgament.⁸³ Les possibilitats que té el futur legitimari de conèixer amb exactitud el patrimoni del donant, als efectes de calcular la lesió, són poques i l'impacte negatiu de la impugnació per a les expectatives del renunciant a ser beneficiari en l'herència futura de l'ascendent desaconsellen la interposició de l'acció (art. 451-26.2 lletra c) i 3 CCCat). Per contra, els progenitors sí que poden renunciar a la llegítima dels seus fills pel cas de premoriència d'aquests, en els termes d'allò previst a l'art. 451-26.2 lletres a) i b) CCCat, d'una manera que eixampla els límits del que s'admetia fins ara, ja que fins i tot la renúncia pot ser de manera pura, sense cap contraprestació.

Juntament amb els supòsits de renúncia a la llegítima futura que són admissibles, l'art. 451-25 CCCat enumera el desheretament just, la declaració d'indignitat i la renúncia un cop deferida com a causes d'extinció de la llegítima.⁸⁴ En aquests casos s'extingeix la llegítima individual en

⁸² Sobre aquest pacte al Codi de successions, JOU I MIRABENT, *Comentari als arts. 350 a 378*, cit., p. 1268; Paloma DE BARRÓN ARNICHES, «El pacto de renuncia a la legítima futura en el Derecho civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya* 1993, p. 325 i seg. En el marc del dret tradicional i sota la Compilació, ROCA TRIAS, *Comentari als arts. 122 a 146*, cit., p. 247; Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentari al Títol IV. De la successió intestada», a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIX. Vol. 3.º. Artículos 248 a 276. Compilación de Cataluña*, Madrid, Edersa, 1986, p. 1 i seg., p. 16.

⁸³ De la literalitat de l'art. 377.2n CS, l'AP de Barcelona (Secció 11a), en sentència de 28 de maig de 2007 (JUR 260274), va entendre que calia escriptura pública per a la validesa d'aquest pacte, de manera que el que s'havia convingut en document privat s'havia d'entendre nul. De l'art. 451-26.2.c CCCat no resulta aquesta exigència d'escriptura pública. Vegeu també la SAP de Barcelona (Secció 4a) de 2 de març de 2007 (JUR 244664). Per al pacte d'acontentament, SAP de Lleida (Secció 2a) de 12 de març de 2003 (JUR 110345).

⁸⁴ Pel que fa a la renúncia a la llegítima un cop deferida, la renúncia es restringeix a la llegítima, sense que abasti altres possibles drets en l'herència, així per al cas de la derogada reserva binupcial, cfr. SAP de Barcelona (Secció 4a) de 14 de desembre de 2007

favor de l'hereu, atès que el legitimari renunciant, desheretat o indigne fa número pel còmput de les quotes individuals, sense que la seva quota vacant acreixi la dels altres legitimaris (*exheredatus partem facit ad minuendam legitimam*⁸⁵). Amb tot, cal recordar que si el legitimari desheretat o indigne té descendents, llavors opera el dret de representació i es manté la quota vacant en favor d'aquests (art. 451-3.2 CCCat).

En matèria de prescripció, el llibre IV del CCCat ha harmonitzat el termini de la pretensió per exigir la llegítima i el suplement amb el general en el dret vigent a Catalunya (art. 121-20 CCCat), tal com succeïa a l'art. 146 CDCC abans de la desafortunada reforma de 1990.⁸⁶ El *dies a quo* s'ha de considerar aquí objectiu, «de la mort del causant», i no subjectivitzat en termes des del moment en què el legitimari té coneixement de la mort del causant. L'art. 121-23 CCCat és una regla general que cedeix quan n'hi ha una d'especial que fixa un *dies a quo* particular, que ha de ser objectiu quan el termini és llarg.⁸⁷ Amb la reducció del termini s'ha introduït una causa de suspensió del còmput, per al cas que l'hereu obligat sigui l'altre progenitor del legitimari (art. 451-27.2 CCCat). Els efectes d'una reclamació de la llegítima al progenitor supervivent poden ser nefastos per al fill legitimari en l'herència d'aquest, de manera que la prudència a l'hora de decidir si es reclama o no la llegítima del progenitor premort queda emparada per la suspensió pel termini.⁸⁸ Com a precedent de la regla es pot al·legar l'art.

(JUR 2008/64641), a més, aquesta renúncia ha de resultar de mitjans que revelin una voluntat de renunciar que sigui explícita, clara i concloent, cfr. SAP de Barcelona (Secció 4a) de 29 de març de 2007 (AC 503) i (Secció 11a) de 7 de novembre de 2002 (JUR 2003/105797). En el cas resol't per la SAP de Lleida (Secció 2a) de 22 de desembre de 2004 (JUR 2005/104828), en procedir l'hereva a vendre unes finques de l'herència, va comparèixer el seu germà legitimari consentint la venda i renunciant a cap pretensió sobre les mateixes en relació amb el seu dret a llegítima, sense que això suposés renúncia a la llegítima. Aquí es podia plantejar si el legitimari renunciava a incloure-les en el còmput de la llegítima, o bé el que feia era desvincular les finques de tota responsabilitat patrimonial pel pagament de la llegítima, en el context de la CDCC, opció aquesta per la qual es va pronunciar el tribunal.

⁸⁵ Cfr. Francisco de A. CONDOMINES VALLS / Ramon FAUS ESTEVE, *Derecho Civil Especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 180.

⁸⁶ Albert LAMARCA I MARQUÈS, «La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació», a *Revista Jurídica de Catalunya* 1999, p. 957 i seg., p. 977.

⁸⁷ Cfr. Albert LAMARCA I MARQUÈS, «Comentari a l'art. 121-23. Còmput del termini», a Antoni VAQUER ALOY / Albert LAMARCA I MARQUÈS (eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 265 i seg.

⁸⁸ Cfr. STSJC de 23 de novembre de 1998 i SAP de Girona (Secció 1a) de 27 de novembre de 2003 (JUR 2004/28586).

146.2 CDCC.⁸⁹ La mateixa suspensió opera en cas de designació d'hereu pels parents.

III. LA REFORMA DE LA QUARTA VIDUAL

1. Drets viduals i dret civil català

La comunitat a què dona lloc el matrimoni o la convivència en unió estable de parella és causa del reconeixement de drets al vidu o al convivent en la successió del cònjuge o convivent premort (art. 452-1 CCCat). En aquesta matèria, la de la quarta vidual, el llibre IV del CCCat presenta canvis importants en relació amb el CS. La refosa legislativa en aquest àmbit era especialment complicada, atès que s'havia assenyalat la insuficiència de la regulació de la quarta vidual, incorporada al CS del text compilat sense grans canvis de fons quant a elements estructurals.⁹⁰ Precisament per això no es podia mantenir el dret vigent i, malgrat que tota intervenció legal era problemàtica, tant si s'afeblia el dret com si, de manera més realista, se'n revisava el contingut i se'n mantenia l'estructura externa, calia afrontar-ne la reforma. Això darrer és el que ha succeït i, davant les diferents preferències que es puguin tenir, que abasten un ventall molt ampli, si bé no es pot afirmar encara que al dret català hi ha llegítima del vidu, aquest té un dret legal en la successió del cònjuge o convivent enfortit en relació amb el CS.⁹¹

Per valorar la posició del cònjuge vidu o convivent supervivent en el dret successori català s'ha de considerar també la que li correspon en la successió intestada, de ben segur un àmbit molt més important quant al vidu que no el dels drets legals en la successió testamentaria. Aquí cal ressenyar que s'han pres mesures que n'enforzeixen la posició, mitjançant un dret d'opció, enfront la solució usufructuària única tradicional (art. 442-5 CCCat). La decisió del llibre IV del CCCat en matèria de quarta vidual podrà semblar a alguns excessiva i a d'altres insuficient, i continua

⁸⁹ Cfr. PUIG I FERRIOL / ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., p. 578.

⁹⁰ Canvis substancials que tampoc no es van produir en la reforma de la Compilació de l'any 1984, llevat d'estendre-la també al vidu, cfr. Anna CASANOVAS MUSSONS, «Comentari als arts. 147 a 154», a A.A.V.V., *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya. Volum I*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 625 i seg.

⁹¹ De fet, el Preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, afirma que al llibre IV del Codi Civil de Catalunya es presenta una «regulació de nova planta de la quarta vidual».

en la tradicional posició complicada del dret català envers els drets viduals. Aquesta és l'herència del règim capitular tradicional.⁹²

A banda de l'anterior, la principal i gran innovació en aquest àmbit és l'equiparació al llarg del llibre IV del CCCat del convivent en unió estable de parella al cònjuge. Deu anys després de l'aprovació de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, *d'unions estables de parella*, el legislador ha considerat que l'equiparació en matèria successòria, tant testada com intestada, s'havia de produir.⁹³ La llei no exigeix cap requisit addicional als que la normativa de parelles prevegi per considerar les existents. De manera que la remissió de les disposicions successòries a les de família de la LUEP aquí és plena. Caldrà esperar encara l'aprovació del llibre II CCCat per veure la regulació final i si les parelles homosexuals es podran tenir també per constituïdes per efecte de la convivència continuada de dos anys, cosa que encara no succeeix tot i els canvis mínims que la Llei del llibre IV del CCCat ha fet en el Codi de Família.⁹⁴ En termes pràctics, a més, l'equiparació que s'ha

⁹² Cfr. Encarna ROCA TRIAS, «La successió dels cònjuges entre ells», a ÀREA DE DRET CIVIL. UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya. 24-26 de setembre de 1992*, Barcelona, PPU, 1994, p. 41 i seg.; Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentari a l'art. 250», a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXIX. Vol. 3.º. Artículos 248 a 276. Compilación de Cataluña*, Madrid, Edersa, 1986, p. 95 i seg.; Encarna ROCA TRIAS, «Comentari al Capítol V. De la quarta marital», a Manuel ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVIII. Vol. 2. Artículos 122 a 161. Compilación de Cataluña*, Madrid, Edersa, 1982, p. 277 i seg.; LÓPEZ BURNIOL, *Las limitaciones a la facultad de disposición*, cit., p. 85 i seg.; Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a la sentència de 4 de desembre de 1989. Dret a la quarta vidual i any de plor», a *Revista Jurídica de Catalunya*, 1990, p. 481 i seg.; José Alberto MARÍN SÁNCHEZ, «Comentari als arts. 379 a 386», a Lluís JOU I MIRABENT, (COORD.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Tomo II*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 1272 i seg.

⁹³ Sobre la qüestió, ja en les *Jornades* de 1984, A. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña?», a CÀTEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ «DURAN I BAS» (ED.), *Materials de les III Jornades de Dret Català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori. Tossa de Mar, 26-29 de setembre de 1984*, Universitat de Barcelona, 1985, p. 151 i seg., tot i afirmar que era partidari de concedir drets abintestat al convivent però no els «de caràcter legitimario» atès que aquests darrers «tienen su fundamento, no en las relaciones de convivencia y afecto entre los cónyuges, sino, precisa y cabalmente, en la existencia del matrimonio; esto es, en la existencia y cumplimiento de los deberes conyugales (deberes que no tiene el conviviente *more uxorio*) para y por parte del cónyuge supérstite» (p. 171), per una crítica posterior a aquesta postura, Pau SALVADOR CODERCH / Marc-Roger LLOVERAS I FERRER / Joan Carles SEUBA I TORREBLANCA, «Amor et caritas. La parella de fet en el dret successori de Catalunya», a ÀREA DE DRET CIVIL. UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya. 24-26 de setembre de 1992*, Barcelona, PPU, 1994, p. 207 i seg., p. 209.

⁹⁴ Limitats als de la Disposició final tercera de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, per la qual es modifica el Codi de Família en matèria de filiació, tant per fecundació assistida com adoptiva (art. 92, 97, 113 i 127 CF). De moment, només les parelles homosexuals

produït evitarà polèmiques sobre el dret a la quarta vidual en supòsits de matrimonis de curta durada, però amb una llarga convivència prèvia en parella.

2. Dret a la quarta vidual

El cònjuge o convivent té dret a la quarta vidual si com a conseqüència de la fi de la comunitat de vida que genera la mort de l'altre cònjuge o convivent no té «recursos econòmics suficients per satisfer les seves necessitats». És a dir, el dret de successions reconeix que la comunitat conjugal o de parella, que implicava l'assumpció de les despeses del manteniment familiar d'ambdós cònjuges o convivents (art. 4 CF i art. 4 i 23LUEP), té projecció *post mortem*. D'aquí el naixement del dret si el supervivent no pot atendre les seves necessitats amb el patrimoni propi, en què s'inclou el que resulti de la liquidació del règim econòmic o el que obtingui en la successió del premort.⁹⁵

La quarta vidual és un dret residual i, a diferència de la llegítima en dret català, el cònjuge només hi té dret en cas de necessitat. Això succeirà si en vida tenia una posició de gran dependència econòmica respecte del premort, de manera semblant a com succeeix per a l'atribució del dret a la pensió compensatòria en cas de separació o divorci, i en testament el causant no deixa al supervivent béns suficients per compensar aquesta dependència. S'ha pogut dir que no semblava raonable fer de pitjor condició el cònjuge vidu que el separat o divorciat, que manté el seu dret sobre el patrimoni de l'excònjuge premort (art. 86.2 CF). En aquest sentit, l'art. 452-1.2 CCCat incorpora alguns criteris de l'art. 84 CF, en seu de pensió compensatòria, per determinar el dret a la quarta vidual, que només es donarà si el causant no ha deixat al supervivent béns suficients per compensar la dependència econòmica existent.

Per descomptat que el cònjuge vidu o convivent supervivent no té dret a la quarta si pot satisfer amb el seu propi patrimoni les necessitats, sigui amb el que tenia abans de l'obertura de la successió o bé per disposició

constituïdes en escriptura pública, d'acord amb l'art. 21 LUEP, tindran els drets que el llibre IV CCCat reconeix als convivents. Per a les parelles heterosexuales n'hi ha prou amb dos anys de convivència o bé amb aquesta i tenir descendència comuna, d'acord amb allò que estableix l'art. 1 LUEP. D'altra banda, cal tenir en compte que per a les parelles homosexuals, l'art. 34.1.a de la LUEP ja preveia una mena de quarta vidual en favor del convivent homosexual, en la successió intestada en concurrència amb parents en línia directa del causant, que ha estat derogada per la Disposició derogatòria, lletra b), de la Llei 10/2008, de 10 de juliol.

⁹⁵ Sobre els requisits per a tenir dret a la quarta vidual, en el context de la regulació del llibre IV del CCCat, PUIG I FERRIOL / ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., p. 584 i seg.

testamentària del premort o per efecte de la successió intestada. A més, no hi ha dret tampoc a la quarta vidual en cas de separació de fet o judicial, o si al moment de la mort hi havia pendent una demanda de nul·litat del matrimoni, de divorci o de separació, llevat de reconciliació.⁹⁶ Pel que fa al convivent, no té dret a la quarta si estava separat de fet del premort (art. 452-2 CCCat).

3. Càlcul de la quarta vidual

Fins aquí semblaria que l'opció del llibre IV del CCCat en matèria de quarta vidual ha passat només per modernitzar-ne la terminologia caduca del CS, significada en la polèmica «còngrua sustentació» de l'art. 380 CS, que és substituïda per «les seves necessitats», d'acord amb l'art. 452-1.1 CCCat.⁹⁷ Amb tot, la reforma va molt més enllà d'això i l'important en matèria de quarta, assumit que constitueix una perllongació *post mortem* dels deures d'assistència entre cònjuges, és la base del càlcul per obtenir-ne la quantia, àmbit en què s'acosta clarament a la llegítima. El llibre IV del CCCat ha tingut l'encert de recordar que el dret del vidu és «fins a un *màxim* de la quarta part de l'actiu hereditari líquid», tal com en la jurisprudència i la doctrina es venien assenyalant,⁹⁸ amb un clar caràcter de dret de necessitat. Tanmateix, i aquí rau la principal innovació, aquest actiu hereditari es calcula d'acord amb les regles per al càlcul de la llegítima de l'art. 451-5.b, c i d CCCat, amb la distinció que les donacions fetes al vidu o convivent supervivent no s'hi compten.

La quarta vidual passa a tenir, doncs, una base de càlcul semblant a la llegítima. Fins ara, en el CS, era un dret de participació netament hereditari, atès que només afectava el *relictum* (art. 383 CS). Amb el llibre IV del CCCat, i sense una explicació clara, que no sigui la de presumpció objectiva del frau al cònjuge o convivent, o per tal d'igualar-

⁹⁶ Regla que ha canviat el dret precedent, que donava dret a la quarta al cònjuge separat sempre que no fos «per una causa que li sigui exclusivament imputable» (art. 381.1r CS), de forma que en la jurisprudència hi ha casos de reclamació i concessió de la quarta vidual a cònjuges separats i també en què es planteja l'existència o no de la separació de fet, cfr. STSJC de 4 de febrer de 1999 i 8 de juny de 1993 i SAP de Barcelona (Secció 16a) de 20 de febrer de 2003 (JUR 196601).

⁹⁷ Sobre la noció de «còngrua sustentació» en la jurisprudència, i com a qüestió de fet que han d'apreciar els tribunals, STSJC de 4 de febrer de 1999, 26 de gener de 1995 i 4 de desembre de 1989, que ha estat seguida en la jurisprudència de les Audiències provincials.

⁹⁸ Cfr. STSJC de 4 de febrer de 1999: «la magnitud de la cuarta parte de los bienes relictos debe entenderse como un tope máximo que no hay por qué alcanzar», també SAP de Barcelona (Secció 16a) de 20 de febrer de 2003 (JUR 196601) i (Secció 17a) 3 de juliol de 2000 (AC 2507).

lo als fills, s'hi afegeix el *donatum* per determinar-la. Aquesta *donatum*, doncs, participa d'alguna manera del que l'art. 452-1 CCCat assenyala com a «nivell de vida de què gaudia durant la convivència i el patrimoni relict», elements per determinar les necessitats del cònjuge. Cal dir que em semblava més prudent l'opció de l'art. 383 CS, que només tenia en compte el *relictum* amb opció pel cònjuge de «demandar la reducció o supressió de les donacions entre vius atorgades pel premort amb el disseny de defraudar la quarta vidual». Tot això, però, tenint en compte que la quarta vidual sempre és un màxim, de forma que l'increment quantitatiu que pot derivar d'aquestes regles de càlcul no ha de revertir necessàriament en favor del vidu.⁹⁹

Com a segona novetat per calcular la quarta vidual, prou important, l'art. 452-3 CCCat estableix que del *relictum* cal descomptar «el valor dels béns de l'herència atribuïts al cònjuge vidu o al convivent». Aquesta regla no la contenia com a tal l'art. 383 CS, tot i que es pot considerar supèrflua atès que per determinar el dret a la quarta s'han de tenir en compte els béns que el causat ha atribuït el vidu en la successió (art. 452-1.1 CCCat).

4. Quarta vidual i liquidació del règim de separació de béns

Era una opinió força estesa que la quarta vidual en dret català suposava una mesura correctiva dels efectes perjudicials d'incomunicació patrimonial del règim de separació de béns en cas de dissolució del matrimoni per mort d'un dels cònjuges.¹⁰⁰ Hom hi podia veure el corresponent en cas de mort al dret a la compensació econòmica per raó de treball de l'art. 41 CF en cas de dissolució del règim per separació o divorci. Sembla que si els cònjuges estaven casats en un règim de participació o de guanys, i aquests es feien comuns durant el matrimoni, difícilment tindria sentit la reclamació de

⁹⁹ Cfr. PUIG I FERRIOL / ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, cit., p. 587 i seg.

¹⁰⁰ Cfr. CASANOVAS MUSSONS, *Comentari als arts. 147 a 154*, cit., p. 630, en afirmar que «és un dret que s'atorga per a corregir els possibles resultats injustos d'un sistema -que té com a rerefons un règim-econòmic-matrimonial de separació de béns- en el qual el cònjuge no té la condició de legitimari, i precisament per no tenir aquesta condició», de forma que «la quarta es configura clarament com una compensació legal del desequilibri econòmic que la dissolució del matrimoni per mort d'un dels cònjuges provoca en el sobrevivent». Vegeu també, ANNA CASANOVAS MUSSONS, «La quarta vidual», a FERRAN BADOSA COLL (dir.), *Manual de Dret civil Català*, Barcelona - Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 759 i seg. En aquests darrers termes també es recull a la jurisprudència del TSJC, en sentències de 26 de gener de 1995 i 4 de desembre de 1989, en aquesta darrera s'afirma que la quarta vidual «s'ha d'entendre com una compensació legal del desequilibri produït per la situació de viduïtat, a favor del cònjuge sobrevivent» i també que «és un dret establert *ex lege* per corregir resultats injustos que es podrien produir dins el sistema de separació de béns precisament perquè el consort no gaudeix de la condició de legitimari».

la quarta, tot i que el dret català no la restringeix als cònjuges casats en separació de béns.

El Projecte de llei de llibre II del Codi Civil de Catalunya¹⁰¹ preveu el dret a la compensació per raó de treball en cas d'extinció del règim de separació per mort (art. 232-5.5), com a dret personalíssim del cònjuge «sempre que els drets que el causant li hagi atribuït, en la successió voluntària o en contemplació de la seva mort, o els que li pertoquin en la successió intestada, no cobreixin l'import que li correspondria». D'aquesta previsió, i atès el que estableix l'art. 452-1 CCCat, tal com d'altra banda sembla lògic, l'anàlisi de si procedeix la quarta vidual sempre haurà de ser posterior a la de la compensació. Aquesta té el límit —tal com està projectada— en «la quarta part de la diferència entre els increments dels patrimonis dels cònjuges», mentre que la quarta vidual està constituïda pel cabal relict, que inclou tots els béns del causant sense distinció del seu origen, incrementat amb el *donatum*.

Res a dir si ambdós drets són intercanviables i, si és el cas, complementaris pel que fa al vidu. El problema sorgeix, com ja s'ha apuntat, si la compensació econòmica en cas de mort suposa una resta del *relictum* als efectes del còmput de la llegítima. Cal tenir en compte que, a efectes tributaris, la compensació està exempta de tributació i comportarà a la pràctica una oportunitat clara per reduir l'impacte fiscal de la successió, atès que l'art. 33.3 lletra d) de la Llei de l'impost exclou de tributació per IRPF les adjudicacions que es produeixin entre els cònjuges en l'extinció del règim econòmic matrimonial de separació «per imposició legal».¹⁰² Si l'hereu, d'acord amb el cònjuge, detreu una quarta part del patrimoni relict en forma de compensació, reduirà clarament la base de l'Impost de successions, a reserva que l'Agència Tributària de Catalunya entengui una altra cosa.

En aquest sentit, és molt important determinar que aquesta possible quarta màxima detreta en pagament de la compensació per raó de treball, que no necessàriament ha de ser conseqüència d'un procés judicial, es consideri com a *relictum* per al còmput legitimari, a diferència del que dogmàticament sembla que correspondria fer, cosa que no succeiria en cas que els drets del vidu se satisfessin en forma de quarta vidual.¹⁰³ Aquesta solució és possible legalment a partir de la literalitat de l'art. 451-5 lletra

¹⁰¹ Publicat al *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* núm. 384 de 19 de gener de 2009, p. 9. i seg.

¹⁰² Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*.

¹⁰³ Cfr. SAP de Girona (Secció 1a) de 5 de maig de 2003 (JUR 181713).

a) CCCat en referir-se estrictament als «béns de l'herència». Si convenim que no hi ha dissolució del règim de separació de béns que modifiqui el *relictum*, tal com succeeix en els règims de comunitat, i la compensació constitueix només un crèdit del vidu enfront l'herència, llavors no es produiria la minva esmentada de la base per calcular la llegítima. Tal com succeeix amb la quarta vidual, aquesta quarta de compensació per raó de treball no es consideraria «deute» a deduir del cabal relict, perquè sorgeix per efecte de la mateixa mort del causant.¹⁰⁴ Si no s'opta per aquesta solució, perfectament admissible amb el dret vigent, i per evitar les disfuncions greus a què pot donar lloc la compensació en el procés successori en relació amb la llegítima, caldria afegir entre els supòsits que exclouen la compensació per raó de treball, a l'art. 232-5.5 CCCat projectat, el de la quarta vidual, juntament amb els altres drets del vidu en la successió que ja cobreixen l'import de la compensació.

Com a diferència important entre el règim jurídic de la quarta vidual i la compensació per raó de treball, cal assenyalar que la «quarta» de la compensació projectada és susceptible de transacció o de pacte entre els cònjuges, que en poden pactar «l'increment, la reducció o l'exclusió» (art. 232-7 del Projecte de llibre II CCCat), cosa que no succeeix amb la quarta vidual. Sembla que aquesta transacció o pacte no s'ha de tenir en compte per determinar el dret a la quarta vidual, en els termes de l'art. 452-1.1 CCCat, la qual cosa no és coherent amb l'estructura del dret.

5. Reclamació i pagament de la quarta vidual

Pel que fa a la reclamació i el pagament de la quarta vidual, la regulació es remet fonamentalment al model de la llegítima (art. 452-4 CCCat).¹⁰⁵ Aquí entenc, però, que l'elecció de l'hereu sobre com s'ha de pagar —si amb béns o amb diners— estarà condicionada pel fet que efectivament els béns puguin servir per satisfer les necessitats del vidu o convivent.

¹⁰⁴ Així es pot sostenir amb els arguments que dóna PUIG FERRIOL, *Cuestiones sobre computación legitimaria en el Código de Sucesiones*, cit., p. 3998, en tractar de les càrregues hereditàries, atès que «por regla general no son deducibles las cargas hereditarias porque si bien éstas gravan también la herencia, tal gravamen nace con la apertura de la sucesión y como que el derecho de los legitimarios también nace en este momento (según resulta del artículo 351 CS), tal derecho es preferente a las demás adquisiciones por causa de muerte en atención al carácter necesario que tiene la legítima para el causante de la sucesión».

¹⁰⁵ Incloua també la possibilitat de sol·licitar l'anotació preventiva de la demanda de reclamació de la quarta al Registre de la Propietat, cfr. interlocutòria de l'AP de Barcelona (Secció 17a) de 16 de desembre de 2003 (JUR 2004/30094) i interlocutòria de l'AP de Tarragona (Secció 3a) de 19 de juny de 2008 (JUR 321642).

L'extensió del model de la llegítima a la quarta vidual —que el CS referia a la trebell·liànica i la falcídia— fa que també es puguin reduir o suprimir llegats i donacions si no és possible el pagament de la quarta vidual per part de l'hereu o bé si el vidu hereu no la pot retenir sense detriment (art. 452-5 CCCat). La reducció dels llegats resulta del caràcter d'atribució legal de la quarta vidual, preferent a les disposicions voluntàries del causant. La innovació de permetre la reducció de donacions resulta de la seva inclusió per al còmput de la quarta, el que n'amplia clarament la quantia i en reforça el dret.

En aquesta matèria, i a diferència de la llegítima, en què entre hereu i legitimari hi pot haver només diferències sobre la seva quantia derivada de les bases de càlcul, en la quarta vidual s'hi afegeix la necessitat de determinar l'existència mateixa del dret i, un cop afirmat aquest dret, la quantia exacta que correspon percebre al vidu o convivent supervivent de la quarta calculada. És clar que la posició del vidu o convivent en la successió és molt més feble que la del legitimari, i es pot afirmar que la quarta vidual constitueix un dret que s'ha d'exercitar pràcticament sempre de manera judicial, atès què l'èxit de la seva reclamació extrajudicial presenta grans febleses. A la pràctica es destaca que són molt poques les sentències en què consta la reclamació de la quarta vidual.¹⁰⁶ Això pot succeir perquè no hi ha necessitat de reclamar-la, sigui perquè el vidu ja tenia patrimoni propi, sigui perquè el causat ha previst disposicions suficients en favor seu, o bé perquè, com s'ha apuntat, és un dret feble i d'èxit improbable. Per descomptat que res no impedeix que els hereus satisfacin voluntàriament el que considerin al supervivent en concepte de quarta vidual, sense necessitat d'intervenció judicial.

6. Extinció de la quarta vidual

A diferència del seu model legitimari, en matèria de còmput i pagament, les transaccions expresses sobre quarta vidual no són possibles abans del naixement del dret. La diferent naturalesa d'ambdós drets i l'existència d'una comunitat de vida impedeix que els cònjuges es facin atribucions

¹⁰⁶ A banda de les esmentades STSJC de 4 de febrer de 1999, 8 de juny de 1993 i 4 de desembre de 1989, es poden citar en la jurisprudència recent de les Audiències provincials les sentències següents en què es reclamava la quarta vidual o bé s'hi fa referència: SAP de Barcelona (Secció 13a) de 10 de maig de 2004 (JUR 184194), (Secció 4a) 5 de maig de 2004 (JUR 190059), (Secció 1a) 9 de febrer de 2004 (JUR 97957), (Secció 16a) 20 de febrer de 2003 (JUR 196601), (Secció 1a) 5 de febrer de 2002 (JUR 112780), (Secció 1a) 1 de juny de 2001 (JUR 246164), (Secció 1a) 3 de juliol de 2000 (AC 2507), AP de Lleida (Secció 2a) de 6 d'octubre de 2005 (JUR 2006/81392), (Secció 2a) de 28 de març de 2001 (JUR 141380), AP de Tarragona (Secció 3a) de 6 de juny de 2005 (JUR 181817) i (Secció 3a) de 11 de juny de 2002 (JUR 240945).

amb renúncia expressa al possible «suplement» per quarta vidual. L'única forma d'evitar les reclamacions per quarta vidual als hereus serà que, tant per patrimoni propi com per comunicació de l'altre, el supervivent tingui prou recursos per satisfer les seves necessitats.¹⁰⁷

És possible, per descomptat, la renúncia a la quarta vidual un cop nascut el dret, de forma pura i simple o bé un cop percebut allò que el causant hagués disposat en favor del vidu o convivent encara que no fos suficient. Per descomptat que el vidu o convivent no tindrà dret a la quarta si està en alguna de les situacions que regula l'art. 442-6 CCCat. En aquests casos el dret no haurà nascut. Tampoc no hi tindrà dret en cas d'indignitat, tot i que no s'hi faci referència, si aquesta és invocada (art. 412-6 CCCat).¹⁰⁸ Pel que fa al desheretament no sembla versemblant la situació de convivència i la concurrència d'alguna de les causes de desheretament i el seu esment pel causant en testament. Malgrat que tot és possible, el legislador ha considerat que l'al·legació d'aquestes suposades causes passa per la separació i el divorci, i el cònjuge que ha suportat les infidelitats de l'altre no té dret a privar-lo de la quarta vidual en testament per aquest motiu.¹⁰⁹ L'art. 452-6.1 lletra d) CCCat inclou una causa específica i sobrevinguda de privació de la quarta que l'hereu pot al·legar per denegar-la enfront la reclamació del vidu o convivent, és la suspensió o privació de la potestat sobre els fills comuns per causa que li sigui imputable.

El caràcter alimentari, o de necessitat de la quarta, fa que s'extingeixi si el supervivent mor sense haver-la reclamada o bé si contreu nou matrimoni o conviu maritalment amb una altra persona. Tot això és així si succeeix abans que s'exerceixi el dret. Un cop percebuda la quarta no hi ha cap motiu perquè es restitueixi, a diferència del que preveu l'art. 385 CS. Tanmateix, si el supervivent n'ha iniciat la reclamació judicial i mor abans de finalitzar el procés, entenc que només tindria sentit adjudicar-la pel cost d'atendre les seves necessitats fins al moment de la mort, si aquestes no han quedat prou cobertes per l'any de viduïtat que hagi pogut percebre.¹¹⁰

¹⁰⁷ El TSJC, en sentència de 4 de febrer de 1999, va conèixer d'un contracte de transacció en què es renunciava al possible dret futur a la quarta vidual a canvi d'una pensió vitalícia, sense pronunciar-se expressament sobre l'admissibilitat de la renúncia.

¹⁰⁸ Sobre aquesta possibilitat, STSJC de 8 de juny de 1993.

¹⁰⁹ La qüestió s'havia plantejat ja durant la vigència de la Compilació, cfr. ROCA TRIAS, *Comentari al Capítol V. De la quarta marital*, cit., p. 308.

¹¹⁰ Sobre la relació entre aquest any de viduïtat quant als fruits i rendes de l'herència i la quarta vidual, cfr. SAP de Barcelona (Secció 1a) d'1 de juny de 2001 (JUR 246164) i (Secció 1a) de 3 de juliol de 2000 (AC 2507).

Pel que fa al termini de prescripció de la pretensió, el llibre IV del CCCat ha aplicat el termini breu de tres anys, que l'art. 121-21 CCCat preveu per a determinades pretensions de dret patrimonial, i ha escurçat en dos anys el termini de cinc anys de l'art. 384.4rt CS.

CINQUENA PONÈNCIA
ADQUISICIÓ DE L'HERENCIA

L'ACCEPTACIÓ I LA REPUDIACIÓ. EL RÈGIM D'ADQUISICIÓ DE L'HERÈNCIA*

ANNA CASANOVAS MUSSONS
CATEDRÀTICA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI: I. L'ACCEPTACIÓ I LA REPUDIACIÓ. 1. La configuració dels actes d'acceptació i de repudiació. La capacitat per acceptar o repudiar. 2. La *interrogatio in iure*. 3. La repudiació. 4. L'acceptació. II. EL RÈGIM DE L'ADQUISICIÓ DE L'HERÈNCIA. 1. Els efectes de l'acceptació pura i simple. 1.1 La confusió de patrimonis. 1.2 La responsabilitat il·limitada per deutes. 1.3 El benefici de separació de patrimonis. 2. Els efectes de l'acceptació a benefici d'inventari. 2.1 La separació de patrimonis. 2.2 La responsabilitat limitada de l'hereu beneficiari. 2.3 L'administració liquidadora de l'herència.

I. L'ACCEPTACIÓ I LA REPUDIACIÓ

En matèria d'adquisició de l'herència com a objecte de la successió universal a títol d'hereu, el dret català segueix el criteri romanista de l'adquisició per acceptació: l'efecte adquisitiu només es pot produir a través d'un acte voluntari d'acceptació del subjecte cridat com a hereu, i llavors l'eficàcia adquisitiva de l'acceptació es porta cap enrere fins al mateix moment de la mort del causant (art. 5 CS, art. 411-5 CCCat). L'excepció és el supòsit de l'hereu fideïcomissari, cas en el qual el criteri adquisitiu és el de la delació (art. 235.2 CS, art. 426-44.1 CCCat), com en els llegats (art. 267.1 CS, art. 427-15.1 CCCat).

1. La configuració dels actes d'acceptació i de repudiació. La capacitat per acceptar o repudiar

Com a actes negocials que tradueixen la voluntat del delat d'adquirir l'herència deferida a favor seu o la de rebutjar aquesta adquisició, l'acceptació i la repudiació són actes voluntaris i lliures la realització dels quals per part del cridat a l'herència té com a pressupòsit necessari el «coneixement que s'ha produït la delació a favor seu» (art. 16.1 CS, art. 461-1.1 CCCat). Al seu torn, això pressuposa l'existència certa d'aquesta delació, en el doble sentit de la certesa de la mort del causant i la certesa de

* Aquesta contribució s'emmarca en els projectes de recerca DER 2008-03992/JURI i 2009 SGR 00221, ambdós dirigits pel Dr. Ferran Badosa Coll.

la pròpia delació de l'interessat com a fets objectius efectivament produïts. No n'hi ha prou, doncs, que objectivament s'hagi produït la delació a favor de qui pretén acceptar o repudiar l'herència. Cal també la circumstància subjectiva del coneixement d'aquest fet per part de l'interessat.

Els trets comuns que caracteritzen els actes negocials d'acceptació i de repudiació de l'herència són els següents:

- a) Es tracta d'actes *inter vivos* d'estructura unilateral i de caràcter no receptici. Tant l'acceptació com la repudiació són declaracions de voluntat i, com a tals, s'han d'exterioritzar tot manifestant-se externament d'una manera o altra, però no es dirigeixen a perfeccionar cap negoci o cap oferta anterior: no tenen destinatari, són actes que concerneixen exclusivament l'acceptant o repudiant. D'aquest caràcter no receptici dels actes d'acceptació i de repudiació es deriva la seva irrevocabilitat (art. 26.1 CS, art. 461-1.3 CCCat): un cop manifestada la voluntat en un sentit o altre, l'acceptant o repudiant ja no la pot retirar.
- b) Són actes individuals (cadascun dels diversos cridats és titular de la seva pròpia delació autònoma: art. 16.2 i 29.2 CS, art. 461-1.2 i 461-13.2 CCCat) i no personalíssims (admeten la representació del titular, art. 20.2 CS, art. 461-9.2 CCCat).
- c) Són actes de caràcter pur i indivisible (art. 25.1 CS, art. 461-2.1 CCCat). La «puresa» significa que no es poden fer sota termini o condició, i en aquest sentit s'estableix que qualsevol mena de restricció es tindrà per no formulada. El legitimat per acceptar o repudiar s'ha de limitar a manifestar la seva voluntat favorable o contrària a assumir el títol d'hereu que se li ofereix, tal com se li ofereix. La seva configuració correspon exclusivament al testador o a la llei, i és immodificable per la voluntat del cridat com a nou titular de l'herència, que no la pot modular al seu gust. D'aquí també la indivisibilitat de l'acceptació o la repudiació: de la mateixa manera —i per la mateixa raó— que no s'admet una acceptació o repudiació condicionada o amb caràcter temporal, tampoc no s'admet amb caràcter parcial. A més de «pur», doncs, l'exercici de la delació ha de ser «total».
- d) Com a actes negocials, l'acceptació i la repudiació de l'herència són impugnables per les mateixes causes que ho són els negocis jurídics en general: la manca de capacitat d'obrar i els vicis de la voluntat (art. 26.2 CS, art. 461-10 CCCat). En aquest punt, l'article 461-10 CCCat afegeix de manera expressa l'exigència del caràcter determinant i excusable de l'error, i corregeix una deficiència de

l'article 26.3 CS, que només considerava la impugnació feta pel representant legal de l'acceptant o repudiant, sense tenir en compte el supòsit del menor d'edat, que pot impugnar per ell mateix un cop arribat a la majoritat.

Pel que fa a les condicions de capacitat que ha de reunir el titular de la delació per tal de poder-la exercitar amb eficàcia plena, cal distingir segons es tracti d'una persona física o d'una persona jurídica. Amb relació a aquestes darreres, es fa remissió a les normes específiques (art. 21 CS, art. 461-9.3 CCCat). Quant a les persones físiques, l'exigència de capacitat d'obrar per exercitar la delació per acte propi (art. 20.1 CS, art. 461-9.1 CCCat) inclou també el menor emancipat o habilitat, que requereix la complementació de capacitat pertinent quan es tracta de repudiar. Els menors no emancipats i els incapacitats judicialment sotmesos a la potestat dels pares o dels tutors han de ser substituïts pels representants legals, els quals necessiten l'autorització judicial en cas de repudiació (vid. art. 151.1.d i 212.1.d CF, normes que també exigeixen l'autorització judicial per renunciar al benefici d'inventari de què gaudeix legalment el fill o tutelat; l'article 461-9.2 CCCat sembla eliminar aquesta possibilitat).

2. *La interrogatio in iure*

És el mecanisme processal en virtut del qual s'aconsegueix d'escurçar el llarg termini de l'article 461-12.1 CCCat (art. 28.1 CS). Es tracta de trencar la indecisió del delat, tenint en compte que el seu silenci cridat pot perjudicar els interessos de terceres persones. En aquest sentit, l'article 461-12.2 CCCat (art. 28.2 CS) legitima els interessats en la successió (aquells que rebrien la delació si el cridat preferent repudiés: el substitut vulgar o els parents del grau següent, per exemple) i també els creditors del causant o del cridat (que a diferència dels anteriors són interessats en l'acceptació) per instar el jutge perquè apressi el cridat a pronunciar-se sobre si accepta o no l'herència, cosa que poden fer un cop hagi transcorregut un mes des de la delació a favor de l'interpel·lat. Un cop vençut el termini fixat pel jutge —que no pot excedir els dos mesos— sense pronunciament formal sobre l'acceptació o la repudiació de l'herència (en escriptura pública o davant del jutge), la llei atorga valor de repudiació al silenci de l'interpel·lat, llevat que es tracti d'un menor o incapacitat, cas en el qual «s'entén que l'accepta a benefici d'inventari». Aquesta excepció és una novetat introduïda per l'article 461-12.3 CCCat; la referència al benefici d'inventari podria resultar supèrflua, atès que els menors i incapacitats gaudeixen legalment d'aquest benefici (art. 461-16), sense necessitat de practicar l'inventari ex articles 461-14 i 461-15 (de manera que la manca d'inventari no condueix a l'acceptació pura i simple de l'article 461-17).

3. La repudiació

És la declaració de voluntat en virtut de la qual el cridat renuncia a adquirir l'herència deferida a favor seu, i s'extingeix la seva delació com si no hagués existit mai (amb la qual cosa es posa en joc llavors la delació del vocat següent). Excepcionalment, la llei admet l'efecte/repudiació sense que hi hagi un acte de repudiació per part del subjecte. És el cas de la interrogatio in iure o interpel·lació judicial de l'article 461-12.3 CCCat (art. 28.2 CS), quan l'interrogat —major d'edat no incapacitat— no es pronuncia dins el termini que se li ha fixat per fer-ho: se'l dóna per repudiant, sense que s'hagi manifestat sobre això.

Tret d'aquest supòsit excepcional, la voluntat de repudiar no pot ser deduïda ni de cap silenci ni de cap comportament del delat; atès que implica l'autoexclusió de la successió, cal que aquesta voluntat consti de manera expressa. Encara més, la repudiació té caràcter formal: en el seu cas no regeix el principi de llibertat de forma propi dels actes negocials en general. Segons l'article 461-6.1 (art. 22.1 CS), la repudiació de l'herència s'ha de fer necessàriament o bé en escriptura pública o bé mitjançant un escrit adreçat al jutge competent.

Amb relació a la repudiació feta en perjudici dels creditors del repudiant, l'article 461-7 CCCat ha variat l'enfocament de l'article 23 CS (la redacció del qual, basada en l'article 1001 CCesp., resultava confusa com a legitimació per acceptar, a manera d'acció subrogatòria dels creditors). Ara l'èmfasi es posa directament en la qüestió de la inoposabilitat de la repudiació, que implica la legitimació dels creditors —anterior— del repudiant, perjudicats perquè la repudiació ha frustrat les seves expectatives de cobrament, per fer efectius els seus crèdits sobre els béns hereditaris (amb caràcter preferent als creditors personals de l'hereu efectiu) durant l'any següent a la repudiació. Es protegeix l'expectativa dels creditors, fent que la repudiació del seu deutor no els sigui oposable. Tenint en compte que els béns hereditaris no pertanyen al repudiant, sinó a l'hereu posterior que ha acceptat l'herència, això significa que es tracta d'una legitimació per fer efectius els seus crèdits sobre els béns hereditaris amb caràcter preferent als creditors personals de l'hereu. Per tant, en el sistema general de preferències entre creditors sobre l'herència (primer de tot els del causant i després els de l'hereu), en aquests casos s'hi interposen els del repudiant.

L'article 461-8 CCCat (art. 24 CS) estableix una sanció legal a l'actuació fraudulenta del delat que pretén repudiar l'herència després d'haver-se'n aprofitat maliciosament disminuint l'actiu hereditari en perjudici dels altres interessats. Al marge de les responsabilitats civils o penals en què hagi pogut incórrer, la sanció consisteix en la imposició de l'efecte contrari del que pretenia: es prescindeix de la seva voluntat de repudiar, encara que l'hagi

manifestada de forma legal, i se li imposa ex lege l'adquisició de l'herència. No sols se'l priva de la facultat de repudiar, sinó que «esdevé hereu pur i simple», i això forma part igualment de la sanció legal: se'l priva de la possibilitat d'acollir-se al benefici d'inventari, imposant-se el règim de la responsabilitat il·limitada de l'hereu pur i simple (art. 461-18 CCCat, art. 34.1 CS).

4. L'acceptació

És l'acte d'exercici de la delació que consisteix en la manifestació de la voluntat d'assumir el títol d'hereu i, per tant, d'adquirir l'herència. Amb tot, l'acceptació no sempre és un acte voluntari: hi ha dos supòsits que permeten establir la distinció entre l'acceptació com a acte negocial i l'acceptació com a efecte que actua al marge de la voluntat. El primer és el de la sanció legal al repudiant fraudulent de l'article 461-8 (art. 24 CS): la llei inutilitza l'acte formal de repudiació que ha efectuat i li imposa l'adquisició l'efecte jurídic de l'acceptació en contra de la seva voluntat. El segon cas és el de l'article 461-2.2: amb relació a les quotes deferides posteriorment es produeix l'efecte/acceptació sense que el delat s'hagi manifestat a aquest respecte, per extensió d'un acte d'acceptació anterior.

D'acord amb l'article 461-3 CCCat (art. 17 CS), la voluntat d'acceptar l'herència deferida tant es pot manifestar de manera expressa com resultar tàcitament.

L'expressa és la manifestació explícita i directa de la voluntat d'acceptar; demana la forma escrita, en document públic o privat (art. 461-4). Aquest marge de llibertat no regeix en el cas concret de l'interpel·lat judicialment que decideix acceptar l'herència, atès que aquesta acceptació s'ha de fer necessàriament «en escriptura pública o davant del jutge» (art. 461-12.3 CCCat, art. 28.3 CS).

L'acceptació tàcita és la que resulta de manera indirecta —perquè no hi ha una declaració de voluntat adreçada a l'acceptació— del mateix comportament del cridat amb relació a l'herència. Hi ha dos grans tipus d'actes del cridat que impliquen l'acceptació tàcita. D'una banda, aquells que duu a terme tot assumint voluntàriament el títol o la qualitat d'hereu, cosa de la qual es desprèn de manera necessària i inequívoca la voluntat d'acceptar l'herència. És el cas, per exemple, dels actes en relació amb l'herència jacent a què es refereix l'article 411-9.2 (art. 8.1 CS), quan «amb aquests actes es prengui el títol o la qualitat d'hereu». El segon tipus d'actes són aquells als quals la llei atribueix específicament el valor d'acceptació tàcita: els de l'article 461-5 (art. 19 CS), especialment els que constitueixen actes de disposició de l'ius delationis. No hi ha, en canvi, acceptació tàcita, sinó repudiació, en el supòsit de l'article 461-6.2 (art. 22.2 CS). En aquest

cas, la renúncia del delat a la seva posició jurídica no és translativa, sinó abdicativa, atès que la seva voluntat d'afavorir les persones a què es refereix el precepte és una voluntat inútil: la quota del renunciant ja les afavoriria igualment encara que no ho hagués manifestat.

Qualsevol acceptant de l'herència es pot acollir al benefici d'inventari (BI) per tal de provocar la separació entre el patrimoni hereditari i el seu patrimoni personal. Es tracta d'una opció que correspon lliurement a l'hereu, sense que en cap cas el causant li ho pugui impedir (art. 461-14 CCCat, art. 30.1 CS). En aquest punt, s'ha facilitat i prioritzat l'opció pels efectes del BI, convertint l'acceptació pura i simple en merament residual: article 461-17 CCCat. Tal com s'assenyala en el preàmbul:

«El llibre quart avança cap a la generalització de la limitació de responsabilitat de l'hereu als béns rebuts per herència i ho fa tot estenent les conseqüències del benefici d'inventari, com a efecte legal, als hereus que efectivament han practicat inventari, encara que no hagin manifestat la voluntat d'acollir-se a aquest benefici o fins i tot encara que hagin manifestat que l'accepten de manera pura i simple. Allò que compta, al capdavant, és haver practicat, dins del termini marcat per la llei, un inventari fidel...»

Els articles 461-14 i 461-17.2 remarquen el fet que, si bé normalment l'acompanya, el BI no forma part de l'acceptació (el supòsit paradigmàtic és el de l'article 431-28.1, ex article 76 CS). L'article 461-1-15 estableix els requisits de temps (sis mesos) i de forma de l'execució de l'inventari sobre les pautes dels articles 30 i 31 CS, amb la novetat —en la línia de facilitar al màxim l'accés al BI— d'admetre l'inventari efectuat en document privat, sempre que s'hagi presentat a l'Administració pública per a la liquidació dels impostos relatius a la successió (art. 461-15.2).

La funció de l'inventari és la identificació del patrimoni hereditari amb vista al règim especial del BI (art. 461-20 i 461-21 CCCat, art. 35 i 36 CS), que el mantindrà completament separat del patrimoni personal de l'hereu, i llavors queda l'actiu inventariat —al qual es limita la responsabilitat de l'hereu beneficiari— destinat a la liquidació del passiu. L'article 461-15.6 respon precisament a aquesta perspectiva liquidadora (i a la preferència dels creditors del causant sobre els legataris) en establir que durant el termini de formalització de l'inventari els legataris no poden accionar contra l'herència. La qüestió és que durant el període previ a l'obtenció del benefici l'hereu no pot fer allò que no podrà fer després com a hereu beneficiari: lliurar o complir els llegats abans de satisfer els creditors del causant (art. 461-21.2 CCCat, art. 36.1CS). Per tal d'evitar, doncs, que s'eludeixi la preferència d'aquests creditors sobre els béns relictos, la llei

atura qualsevol reclamació dels legataris mentre no entra en joc el règim especial del BI (que ja protegeix aquella preferència). Cal obviar, en canvi, la referència de l'article 461-15.6 (art. 32.2 CS) als «fideïcomissaris», perquè només té sentit amb relació al fideïcomís pur (suprimit pel CS).

Hi ha determinats casos en què el BI s'atribueix legalment, sense necessitat de demanar-lo ni de fer l'inventari: l'acceptació de l'herència comporta llavors automàticament —per ministeri de la llei— el règim especial dels articles 461-20 i 461-21 CCCat (art. 35 i 36 CS). Són els supòsits a què es refereix l'article 461-16 (art. 33 CS), en què es distingeix entre els hereus i les herències que gaudeixen de ple dret del BI. En el primer cas, es tracta d'un benefici personal: la llei el concedeix per raó de la persona de l'hereu, ja sia en consideració a les seves condicions de capacitat (menors o incapacitats), ja sia per la seva funció (hereus de confiança, persones jurídiques públiques i les privades declarades d'utilitat pública o d'interès social). En canvi, en el cas de les herències que gaudeixen legalment dels efectes del BI —per raó de la seva destinació—, no hi ha hereu. Són herències «no successòries» que el testador destina a una finalitat d'interès general, tot nomenant un marmessor universal de realització d'herència per tal que, un cop liquidat el passiu hereditari, converteixi l'actiu net en diners, als quals ha de donar la inversió o la destinació ordenada pel testador (art. 429-9 CCCat, art. 316.2 CS).

D'altra banda, cal tenir en compte també el supòsit especial de l'article 3.4 LConc. Si el causant es trobava en la situació objectiva d'insolvència que descriu l'article 2 LConc, l'herència pot ser declarada en concurs (art. 1.2 LConc), i els subjectes legitimats per demanar aquesta declaració de concurs són els creditors del deutor mort, els seus hereus i l'administrador de l'herència (art. 3.4 LConc). Doncs bé, quan el sol·licitant és concretament el cridat com a hereu, l'article 3.4 LConc afegeix que aquesta sol·licitud produeix els efectes de l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari.

II. EL RÈGIM DE L'ADQUISICIÓ DE L'HERÈNCIA

L'efecte primordial i bàsic de tota acceptació l'assenyala l'article 411-5 CCCat (art. 5 CS): l'adquisició de l'herència retroactivament al moment de la mort del causant. L'acceptant esdevé hereu, i en aquesta condició «succeeix en tot el dret del seu causant» (art. 411-1 CCCat, art. 1.1 CS), cosa que implica que passa a ser, sense solució de continuïtat, el nou titular de les posicions jurídiques actives i passives del causant que no s'extingeixen pel fet de la seva mort. En la seva condició de successor en tot el dret del causant, l'hereu adquireix els béns i drets que integren l'herència, subroga com a nou deutor les obligacions del causant i queda vinculat pels actes

d'aquest causant com si ell mateix en fos l'autor. A més, la condició d'hereu comporta també l'assumpció d'un altre efecte —de caràcter passiu— que no existia per al causant però que sorgeix per raó de la seva successió, i és que l'hereu està obligat a complir les càrregues hereditàries (les que descriu l'article 469-19 CCCat, art. 34.2 CS).

L'organització concreta d'aquests efectes jurídics depèn que l'hereu gaudeixi o no del règim especial del BI. El fet que l'hereu sigui o no beneficiari comporta diferències substancials que es projecten essencialment en dos àmbits: el de les relacions entre el patrimoni de l'hereu i el del causant, i el de les relacions entre l'hereu i els creditors de l'herència.

1. Els efectes de l'acceptació pura i simple

Amb relació al primer dels àmbits assenyalats, l'efecte és la confusió de patrimonis; amb relació al segon, el caràcter il·limitat de la responsabilitat de l'hereu com a deutor de les obligacions del causant i de les càrregues hereditàries.

1.1. La confusió de patrimonis

Resulta a contrari de l'article 461-20.b i c CCCat (art. 35.2n i 3r CS). Implica que el patrimoni del causant perd l'autonomia que tenia abans de convertir-se en herència, i passa a fondre's amb el patrimoni propi del nou titular. Ara bé, això no vol dir que l'herència perdi la seva identitat com a tal, perquè aquesta situació de confusió patrimonial no impedeix que l'herència continuï sent identificable. Altrament, per exemple, la venda d'herència no seria possible, com tampoc no seria possible el benefici de separació de patrimonis a què es refereix l'article 461-23 CCCat (art. 37 CS).

La confusió de patrimonis que provoca l'acceptació pura i simple no té el caràcter absolut que en principi es podria desprendre del terme confusió, perquè aquí no s'utilitza en la seva accepció vulgar, sinó en sentit estrictament jurídic. Aquesta confusió patrimonial no significa que el patrimoni hereditari i el personal de l'hereu es barregin de tal manera que resultin indestriables; significa que no són patrimonis jurídicament autònoms, de manera que no es poden establir relacions jurídiques entre ells. En aquest sentit, el terme confusió expressa el fet que, en reunir-se en unes mateixes mans sense disposar de cap mecanisme que els mantingui separats, tots dos patrimonis queden sotmesos a un mateix règim jurídic. I això fa que les relacions que en vida del causant existien entre l'un i l'altre ara ja no puguin subsistir.

Aquest és justament l'àmbit de la confusió de patrimonis que resulta de l'acceptació pura i simple de l'herència: el de l'extinció de les titularitats patrimonials contràries reunides en una mateixa persona per efecte de la successió (art. 461-20.b a contrario CCCat, art. 35.2n CS). De fet, aquesta eficàcia extintiva és la que deriva del joc normal de les regles generals del dret patrimonial, tant pel que fa a les relacions obligacionals (art. 1192.1 CCesp) com a les titularitats de caràcter real (art. 532-3 CCCat).

1.2. La responsabilitat il·limitada per deutes

El segon efecte de l'acceptació pura i simple es refereix a l'àmbit de les relacions entre l'hereu i els creditors de l'herència i consisteix en la responsabilitat il·limitada (*ultra vires*) de l'hereu no beneficiari pels deutes del causant i les càrregues hereditàries (art. 461-18 CCCat, art. 34.1 CS). El patrimoni que garanteix la satisfacció del dret dels creditors del causant (i el dels que ho són pels conceptes de l'article 461-19 CCCat, art. 34.2 CS) no és només l'hereditari, sinó també —«indistintament»— el personal de l'hereu.

També en aquest punt es tracta de la pura aplicació de les regles generals en matèria de responsabilitat del deutor, perquè l'article 461-18 CCCat (art. 34.1 CS) no fa sinó aplicar concretament al cas de l'hereu no beneficiari el principi de garantia patrimonial universal de l'article 1911 CCesp. El deutor respon del compliment de les seves obligacions amb tots els seus béns, i aquí «tots els seus béns» són tant els heretats com els propis. És clar que això regeix igualment per als creditors particulars de l'hereu, que en virtut de l'article 1911 CCesp també es podran dirigir contra els béns hereditaris i no sols contra els propis del seu deutor. Però aquesta és una qüestió que queda completament al marge de l'article 461-18 CCCat (art. 43.1 CS), la funció del qual no és la d'ocupar-se del deutor en general, sinó només del deutor que ho és en la seva condició d'hereu. La perspectiva pròpia d'aquesta norma és la dels deutes hereditaris, i en aquest sentit remarca que amb relació a l'hereu pur i simple el caràcter hereditari dels deutes no altera el règim general de responsabilitat del deutor: regeix plenament el principi de garantia patrimonial universal de l'article 1911 CCesp, sense limitar-la als béns hereditaris.

Aquesta il·limitació de la responsabilitat de l'hereu pur i simple és referida als conceptes passius de què parla l'article 461-18 CCCat (art. 34.1 CS). En tot cas, el passiu que ja ho era per al causant, que és el passiu pròpiament heretat («les obligacions del causant»). En canvi, pel que fa al passiu nou que neix directament per a l'hereu per raó de la successió, la seva responsabilitat només és il·limitada amb relació a les «càrregues hereditàries» (art. 461-19 CCCat, art. 34.2 CS), és a dir, quan es tracta

d'aquells conceptes que se situen a càrrec de l'herència —i, per tant, de l'hereu— per disposició de la llei i no per la voluntat del testador, com és el cas dels llegats. Amb relació als llegats, la responsabilitat de l'hereu com a deutor del seu compliment no afecta el seu patrimoni personal: dels llegats ordenats pel testador (a càrrec de l'hereu com a subjecte gravat) únicament en respon amb els béns relictos i, per tant, només li són exigibles en la mesura que en l'herència hi hagi actiu suficient per satisfer-los. Això, que ja resulta indirectament del mateix article 461-18 (que no els inclou en l'àmbit de la responsabilitat ultra vires), es desprèn directament de l'article 427-39 (reducció o supressió de llegats excessius, art. 273 CS): si vol, l'hereu hi pot posar el que falti de la seva butxaca, però no està obligat a fer-ho. El gravat amb llegats —incloent-hi l'hereu— només està obligat a satisfer-los fins al límit dels béns rebuts (del testador que els ha ordenat), i en el cas concret de l'hereu, només fins al límit de les tres quartes parts de l'herència rebuda (quarta falcídia, art. 427-40 CCCat, art. 274 CS).

De fet, aquesta limitació als béns hereditaris de la responsabilitat de l'hereu pels llegats amb què l'ha gravat el causant existeix sempre, tant si l'hereu és pur i simple com si s'ha acollit als efectes del BI o en gaudeix legalment, perquè es tracta d'una qüestió que és institucional als llegats. La raó o la finalitat d'aquesta limitació és naturalment la protecció de l'hereu gravat (la protecció del seu patrimoni personal) contra l'arbitrarietat o la irracionalitat del testador en l'ordenació de llegats. No resulta admissible que el testador se serveixi dels llegats com a instrument per vincular el patrimoni de l'hereu, sobre el qual no té poder de disposició.

1.3. El benefici de separació de patrimonis

L'article 461-23 CCCat (art. 37 CS) l'estableix com a mesura destinada a protegir els creditors del causant i els legataris (en els llegats d'eficàcia obligacional) quan, davant la situació deficitària del patrimoni personal de l'hereu pur i simple, els seus interessos es veuen amenaçats per la concurrència dels creditors particulars d'aquest (que es poden dirigir també contra els béns hereditaris, atès que l'hereu no s'ha acollit al règim del BI). La concurrència dels creditors particulars de l'hereu sobre els béns hereditaris perjudica els creditors del causant, que d'entrada ja tenien la garantia del patrimoni d'aquest quan van néixer els seus crèdits, i ara l'hauran de compartir amb els creditors propis del seu nou deutor. I també perjudica els legataris, que en virtut de la responsabilitat limitada de l'hereu en aquest cas només es poden dirigir contra els béns hereditaris.

Amb la finalitat d'evitar aquest perjudici, es legitima els creditors del causant i els legataris per demanar judicialment el «benefici de separació de patrimonis» (BSP), mecanisme al qual es poden acollir per tal de gaudir

de preferència en la satisfacció dels seus crèdits, apartant d'aquests béns els creditors particulars de l'hereu. A canvi, aquests tenen preferència sobre el patrimoni personal de l'hereu. De fet, es tracta d'un recurs que pot resultar certament útil per als creditors del causant, però que en canvi té molt poc interès per als legataris, perquè ja disposen de sistemes de protecció més intensos (l'anotació preventiva de llegat).

El resultat del BSP és la separació del patrimoni hereditari respecte del personal de l'hereu, però no és l'autèntica separació de patrimonis que, com a efecte jurídic i no sols econòmic, provoca el BI. En el BSP es tracta d'una separació que d'entrada només actua a favor dels creditors separacionistes (benefici personal). I és únicament una separació econòmica, només als efectes que els creditors acollits al benefici puguin satisfer els seus drets en les mateixes condicions que tenien en vida del causant (sense la interferència dels creditors propis del seu nou deutor), i es planteja, per tant, com una qüestió de preferència de cobrament respecte d'aquests.

De fet, les diferències amb el BI són substancials, i comencen per la seva mateixa orientació: el BI és un benefici per a l'hereu (que davant la possible situació deficitària de l'herència li permet de preservar el seu patrimoni personal de l'acció dels creditors hereditaris a partir de la separació jurídica dels dos patrimonis dels quals és titular, amb la qual cosa els béns hereditaris queden sotmesos a un règim especial). El BSP, en canvi, és un benefici per als creditors hereditaris, als quals, davant la possible situació deficitària del patrimoni personal de l'hereu pur i simple, interessa sostreure l'herència a l'acció dels creditors particulars de l'hereu per tal que no disminueixi la garantia patrimonial amb què comptaven quan el causant va contreure els deutes. I és únicament a aquests efectes econòmics que se'ls permet d'aïllar els béns hereditaris, sense que això alteri la situació jurídica de l'hereu (el règim com a hereu pur i simple): ni es modifica la seva responsabilitat ni desapareix la confusió patrimonial que jurídicament ja s'ha produït (l'extinció de les relacions jurídiques que l'hereu mantenia amb el causant).

2. Els efectes de l'acceptació a benefici d'inventari

Els descriuen els articles 461-20 i 461-21 CCCat (art. 35 i 36 CS). En l'àmbit de les relacions entre el patrimoni de l'hereu i el del causant, l'efecte fonamental és el de la separació de patrimonis. I pel que fa a les relacions entre l'hereu i els creditors de l'herència, l'efecte és el de la limitació de la responsabilitat de l'hereu beneficiari només als béns relictos (responsabilitat *intra vires*). A més d'aquests efectes per a l'hereu, el BI incideix també en la situació de l'herència: determina la seva administració especial, de caràcter liquidador.

2.1. La separació de patrimonis

Implica la independència completa entre l'esfera jurídica del causant i la pròpia de l'hereu, tant pel que fa a les relacions jurídiques —obligacionals o reals— que mantenen el causant i l'hereu (art. 461-20.b CCCat, art. 35.2n CS) com respecte dels béns que integren el patrimoni de l'un i l'altre (art. 461-20.c CCCat, art. 35.3r CS).

Jurídicament, la separació de patrimonis derivada del BI implica l'exclusió de l'eficàcia extintiva de la situació de confusió resultant de la reunió en una mateixa persona de les posicions jurídiques contràries de crèdit i de deute (art. 1192.1CCesp), cosa que permet excepcionalment a l'hereu beneficiari ser creditor i deutor de si mateix (art. 461-20.b CCCat, art. 35.2n CS; art. 1192.2 CCesp). En l'àmbit dels drets reals —inclòs també en l'article 461-20.b CCCat—, la separació patrimonial exclou llavors el fenomen de la consolidació (en els termes de l'article 532-3 CCCat).

De fet, la subsistència d'aquestes relacions obligatòries o reals és possible per la mateixa independència que el patrimoni hereditari manté respecte del particular de l'hereu gràcies al BI, benefici que per a l'hereu representa poder salvar el seu propi patrimoni de l'acció executiva dels creditors de l'herència (cosa que va directament connectada amb la limitació de la responsabilitat de l'hereu beneficiari). A canvi, els béns hereditaris se sostreuen a la satisfacció dels interessos personals de l'hereu i queden destinats a la liquidació: se'ls sotmet a un règim especial d'administració liquidadora (art. 461-21 CCCat, art. 36 CS), en interès ja no de l'hereu (o dels seus creditors particulars), sinó en interès dels creditors de l'herència (art. 461-20.c).

2.2. La responsabilitat limitada de l'hereu beneficiari

Aquesta separació total de patrimonis és l'instrument que permet el segon dels efectes que el BI provoca a favor de l'hereu: la limitació de la seva responsabilitat en el compliment de les obligacions del causant i de les càrregues hereditàries de l'article 461-19 CCCat (art. 34.2 CS) exclusivament a l'actiu hereditari, com a excepció a la regla general de l'article 1911 CCesp; article 461-20.c CCCat.

2.3. L'administració liquidadora de l'herència

L'article 461-21 CCCat (art. 36 CS) tradueix els efectes que el BI comporta per a l'hereu en l'herència beneficiària com a patrimoni separat que entra en situació de liquidació, destinat al pagament dels creditors hereditaris i dels legataris. A aquest efecte, l'herència queda sotmesa a un règim especial d'administració.

D'entrada, la referència inicial d'aquesta norma al fet que el BI no impedeix l'adquisició de l'hereu pot resultar sorprenent, atès que no hi ha cap dubte que l'hereu beneficiari és hereu i, com a tal, titular dels béns hereditaris (que ha adquirit amb l'acceptació: art. 411-5 CCCat, art. 5 CS). El que succeeix és que mentre dura el règim liquidador del BI és més un titular formal que una altra cosa, perquè durant aquest període no pot actuar en interès propi, sinó que ha d'actuar en interès dels creditors de l'herència i dels legataris («abans pagar que heretar»).

L'herència, que —identificada per l'inventari— es manté separada del patrimoni personal del seu titular (amb la mateixa autonomia que tenia en vida del causant), queda sotmesa a un règim d'administració especial, atès que es tracta d'una administració liquidadora i no merament conservativa.

En principi, l'administració correspon al mateix hereu. Certament, en funció de les circumstàncies del cas concret, el jutge podria confiar aquesta administració a una tercera persona (i de fet el mateix hereu podria demanar la designació d'un administrador judicial, atès que si ho pot fer abans de l'acceptació —art. 411-9.3 CCCat, art. 8.2 CS— també podria fer-ho ara), però la qüestió és que el BI no comporta l'administració judicial de l'herència. Això és precisament el que vol dir l'article 461-21.1 CCCat (art. 36.1 CS) quan assenyalava que el BI no priva l'hereu de la possessió i l'administració de l'herència.

Aquesta administració liquidadora de l'herència per part de l'hereu és una administració de béns propis (perquè són de l'hereu), però en interès aliè (en interès dels creditors hereditaris i legataris). De fet, aquest interès aliè és la raó de ser de l'administració especial de l'hereu beneficiari: si l'herència no tingués creditors ni legataris no es posaria en administració (la gestió de béns propis en interès propi no té transcendència jurídica). L'existència d'aquest interès aliè és el que imposa l'administració com una càrrega que limita i condiciona l'actuació de l'hereu: per molt que els béns siguin seus, no pot actuar com a propietari (per satisfer els interessos propis) —i si ho fa, perdrà el BI (art. 461-21.5 CCCat, art. 36.3 CS)—. L'hereu ha d'actuar com a administrador, i en aquesta condició respondrà amb el seu patrimoni propi dels danys o els perjudicis causats a l'herència si per culpa seva no poden cobrar tots els interessats.

La finalitat d'aquesta administració és la liquidació del passiu hereditari, i les regles per a aquesta liquidació són marcades per l'article 461-21.2 CCCat (art. 36.2 CS): l'hereu ha de procedir, sota la seva responsabilitat, a pagar (amb els diners que hi hagi a l'herència o que obtingui de la venda de béns hereditaris, o bé mitjançant l'adjudicació de béns en pagament) primer de tot, i a mesura que es presentin (el criteri no és, doncs, el de l'antiguitat en el crèdit), els creditors de l'herència (entre els quals pot ser que hi hagi

el mateix hereu). Un cop pagats tots els creditors coneguts (que en principi són els que consten en l'inventari —no perquè l'inventari els faci coneguts, sinó a l'inrevés, atès que en l'inventari hi constaran els coneguts—), l'hereu ha de procedir llavors —posat que quedi actiu suficient— a lliurar o complir els llegats (en funció que tinguin caràcter real o bé obligacional).

L'administració liquidadora de l'herència beneficiària finalitza quan s'han acabat de pagar tots els creditors i legataris (o bé abans, quan ja no queden béns). Però cal tenir en compte que pagar tots els creditors vol dir tots els que realment tenia el causant, tant si són coneguts (i, per tant, figuraven en l'inventari) com si no ho són, perquè el fet de no constar en l'inventari ni impedeix la seva reclamació contra l'herència ni elimina la seva preferència sobre els legataris. Això és el que remarca l'article 461-21.3 CCCat (art. 36.2 CS): els creditors hereditaris desconeguts que apareixen posteriorment es poden dirigir contra els legataris que han cobrat, fent valer la seva preferència sobre els béns hereditaris.

En matèria de BI és important distingir entre la situació de l'hereu (els efectes que el BI comporta a favor de l'hereu com a benefici personal: art. 461-20 CCCat, art. 35 CS) i la situació de l'herència (l'administració liquidadora de l'article 461-21 CCCat, article 36 CS). Aquesta distinció existeix sempre, però es posa especialment de manifest quan hi ha diversos cohereus, perquè la independència en l'acceptació o repudiació ex article 461-1.2 CCCat (art. 16.2 CS) inclou també la independència en l'acceptació amb BI o sense. Pot ser, doncs, que uns s'acullin al règim del BI i els altres no.

En aquest cas, certament els efectes de l'article 461-20 CCCat (art. 35 CS) només tenen lloc a favor dels acceptants que gaudeixen del BI. Ara bé, l'administració liquidadora de l'article 461-21 CCCat (art. 36 CS) afecta tota l'herència, encara que el BI només l'hagi demanat un de sol (de manera que fins que no s'hagi acabat la liquidació del passiu —i quedi romanent— no es podrà procedir a la partició de l'herència). La qüestió és si en aquests supòsits l'administrador és únicament l'hereu que gaudeix del BI o bé han de ser tots els cohereus. Segurament, l'administrador ha de ser només l'hereu beneficiari, tot i que per alienar béns hereditaris caldrà el consentiment dels altres cotitulars. Tret d'aquest punt, la resta és clara: els cohereus purs i simples no poden concórrer com a creditors del causant (la confusió de patrimonis al seu respecte ha extingit els crèdits que tenien contra aquell), i els creditors del causant —o per càrregues hereditàries— que no hagin pogut cobrar perquè ja no queda actiu es podran dirigir llavors contra el patrimoni personal d'aquests cohereus purs i simples.

COMUNIDAD HEREDITARIA Y PARTICIÓN

JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ
REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN: LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO COMUNIDAD INCIDENTAL. II. NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. IV. RÉGIMEN APLICABLE A LA COMUNIDAD HEREDITARIA DURANTE SU VIGENCIA. V. LA COLACIÓN. VI. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD: LA PARTICIÓN. 1. Naturaleza jurídica de la partición. 2. Tiempo en que puede practicarse la partición. 3. Clases de partición. 4. Las operaciones particionales: responsabilidad por evicción, vicios ocultos y lesión. 5. Personas que deben intervenir en la partición. VII. COMUNIDAD HEREDITARIA, PARTICIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA CALIFICACIÓN Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL.

I. INTRODUCCIÓN: LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO COMUNIDAD INCIDENTAL

En materia de comunidad hereditaria, la nueva regulación del Libro IV del CCC contiene una serie de novedades dirigidas fundamentalmente a conseguir una mayor agilidad en su gobierno, no solo durante la vigencia plena de la misma sino especialmente en el espacio temporal que va desde que acepta el primero de los herederos hasta que lo hace el último, ya sea esta situación voluntaria,¹ pues de entrada ningún heredero está obligado a aceptar la herencia, ya sea una situación forzosa, como es el caso de que alguna de las instituciones lo sea bajo condición suspensiva.² El tradicional encorsetamiento en el gobierno de la comunidad ha venido provocado no sólo por la posible indeterminación de los herederos, sino también por la posible indeterminación de los bienes que integran el patrimonio común,

¹ La regla general es que el heredero puede aceptar la herencia desde el momento de la delación de la herencia a su favor, momento que normalmente coincidirá con la muerte del causante, si bien en ocasiones se produce en un momento posterior, como el supuesto de condición suspensiva, sustituciones, etc. El heredero, no obstante, tiene treinta años para manifestar si acepta o repudia la herencia. Dada la amplitud de este término, se establece la interrogatio in iure, en virtud de la cual las personas interesadas en la sucesión pueden obtener del Juez el señalamiento de un término para que manifieste si acepta o repudia la herencia.

² Una de las novedades del Libro IV, como luego veremos, es precisamente, anticipar el nacimiento de la comunidad hereditaria, hasta el punto de que nos podremos encontrar con algún régimen de comunidad hereditaria sin pluralidad de herederos.

concepto éste que no coincide con el de patrimonio del causante ni con el de patrimonio relicto. Ni siquiera el patrimonio de la comunidad coincide con el patrimonio que debe tenerse en cuenta a los efectos de la partición, pues, como luego veremos, el patrimonio partible se incrementará con el valor de los bienes colacionables. El patrimonio objeto de la comunidad se ve minorado con respecto al patrimonio del causante por la extinción a su muerte de determinados derechos que al mismo pertenecían (como por ejemplo, las rentas vitalicias o los derechos de usufructo o habitación). Asimismo, no coincide con el patrimonio comunitario con el patrimonio relicto, pues se verá minorado aquél por los bienes especialmente legados o, en determinados casos, por su valor.³

Las novedades de la nueva regulación comienzan ya desde la propia sistemática del Libro IV pues, a diferencia del CS, se contiene un capítulo dedicado precisamente a la «comunidad hereditaria» (el III del título VI). La Exposición de Motivos señala como esta reordenación tiene su precedente en el Proyecto de Compilación de 1.955 y pretende ajustarse al orden temporal en que se desenvuelve el fenómeno sucesorio. El CS regula la comunidad hereditaria indistintamente con la partición en el capítulo VI del Título I (arts. 45 a 63), dedicado a las disposiciones generales de la sucesión. Este criterio de regulación conjunta de comunidad y partición es seguido también por el CC (arts. 1051 y siguientes). La CDCC dedicó el capítulo VI del Título V, del Libro II a «la colación y la partición», es decir, situó estas instituciones dentro de las disposiciones comunes a la sucesión testada y la intestada, ya que la posibilidad de encontrarnos con una comunidad hereditaria y su consiguiente partición puede devenir de cualquier título mortis causa. Por tanto, es novedoso que la comunidad hereditaria disponga no tanto de su propia regulación como de una específica atención legislativa a través de un capítulo propio. En la situación anterior, como pone de relieve Anna Casanovas,⁴ la falta de regulación específica se explica porque la comunidad hereditaria no es una finalidad en sí misma pues se trata de una situación transitoria que los herederos no han creado por voluntad propia, sino que se encuentran incidentalmente en ella por haber sido llamados simultáneamente a la herencia. Si bien esta transitoriedad puede predicarse igualmente en la actualidad, lo cierto es que el legislador, tras la regulación de la comunidad ordinaria en el Libro V

³ Como el caso, por ejemplo, en el que el causante haya ordenado un legado de cosa ajena en cuyo caso, con arreglo al artículo 427-24 si la persona gravada no puede adquirir la cosa objeto del legado, o si se le exige un precio o una contraprestación desproporcionados, puede liberarse del mismo pagando el justo valor de la cosa legada.

⁴ ANNA CASANOVAS I MUSSONS: «La comunitat hereditaria. La partició i la col·lació», en *Manual de Dret Civil Català*, dirigido por Ferran BADOSA COLL, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pàg. 640.

en 2.006, se ha decantado por una regulación algo más profusa buscando las especialidades de esta comunidad frente a la ordinaria, si bien con reiteradas remisiones a la regulación de ésta (véanse en este sentido los arts. 463-3.1, 463-4.2 y 463-6.3).

El CS sólo dedica un artículo a la regulación de la comunidad hereditaria, dentro del capítulo dedicado a la partición, en concreto el 47, estableciendo un criterio de administración por los herederos a falta de persona designada por el causante, y permitiendo que cualquier interesado (concepto amplio que excede del de heredero, pues quedarían incluidos también los acreedores del causante o los cesionarios de las cuotas de los herederos) solicite de la autoridad judicial la adopción de las medidas que crea oportunas con vistas a conservar el caudal, incluso el nombramiento de un administrador. Más parca era todavía la regulación contenida en la CDCC, que únicamente previó en el artículo 274, la indivisión por voluntad del causante o por acuerdo de los herederos durante un plazo máximo de diez años.

Esta comunidad no puede regirse directamente (aunque sí subsidiariamente) por las normas de la comunidad ordinaria contenidas en el Libro V, pues frente al carácter voluntario de esta última, la comunidad hereditaria puede considerarse como incidental y, en cierto modo, imprevisible.⁵ Es incidental, en la medida en que, en sí misma, no pretende cumplir ninguna función económico-social, sino que responde a una situación interina donde el objetivo es la conservación del patrimonio hasta que, a través de la partición, se produzcan las adjudicaciones que conviertan la titularidad compartida de un patrimonio en titularidades sobre bienes y derechos concretos.⁶ Los coherederos se encuentran en situación de comunidad no por voluntad propia, sino como consecuencia de haber sido llamados simultáneamente a una misma herencia, ya sea por voluntad del causante ya sea por prescripción de la ley.

Asimismo, esta comunidad es imprevisible en la medida en que su existencia no puede determinarse apriorísticamente, pues no depende de una sola voluntad. Ni siquiera la voluntad del causante es esencial pues, de hecho,

⁵ El libro V, al regular la comunidad de bienes señala como primer criterio de constitución de la comunidad en el artículo 552-2, letra a), el negocio jurídico, ya sea por adquisición conjunta por más de una persona de la propiedad o el derecho real sobre el que recae, o por enajenación de una parte indivisa con reserva de otra parte.

⁶ Ponen de manifiesto PUIG FERRIOL y ROCA I TRÍAS, como tradicionalmente se afirma que la comunidad hereditaria comporta más inconvenientes que ventajas y por este motivo el legislador cree conveniente facilitar la salida de la comunidad y limitar la autonomía privada en el momento de obstaculizar desmesuradamente la facultad de dividir la herencia. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Editorial Bosch, Barcelona 1.984, pág. 636.

en Cataluña, donde existe una amplia libertad de testar,⁷ es más probable que nos encontremos con esta comunidad en el supuesto de sucesión intestada, dado el llamamiento que en primer lugar se realiza a favor de los descendientes del causante, lo cual supone que, a salvo renunciadas, siempre nacerá por esta vía intestada la comunidad hereditaria si hay pluralidad de descendientes.⁸

En la sucesión testada o en la contractual, el causante puede pretender la existencia de la comunidad nombrando una pluralidad de herederos⁹ (si bien la tendencia histórica ha sido el nombramiento de heredero único), pero lo que ya no depende de su voluntad es que todos o algunos de los herederos repudien la herencia. A sensu contrario, ni siquiera puede el causante evitar la comunidad cuando la legislación aplicable imponga la intervención de los legitimarios en la partición, por constituir su derecho un «pars bonorum». Por ello debe distinguirse la comunidad hereditaria en Derecho catalán y la comunidad hereditaria en Cataluña. Esto supone que es muy importante la determinación objetiva de la Ley aplicable a la sucesión, punto en el que debemos jugar un papel muy importante notarios y registradores de la propiedad, de cara a que todos los intereses en juego queden adecuadamente garantizados. Veremos esta cuestión en el último apartado de este trabajo, dedicado precisamente a la comunidad hereditaria, la partición y el Registro de la Propiedad.

⁷ El derecho catalán, bebe directamente de las fuentes romanas. Como señala la Instituta «Es lícito hacer heredero así a un hombre como a muchos»; «Los testamentos reciben su fuerza de la institución de heredero». «Es nulo el testamento en que nadie es instituido heredero». En Tortosa, sin embargo, no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento (Llibre de Costums, Rúbrica IV del título VI «En tot testament pot lo testador establir hereu o hereus, quals que es vulla»).

⁸ El art. 442-1.1 defiere la herencia en primer lugar en la sucesión intestada a los hijos del causante, por derecho propio, y a sus descendientes por derecho de representación, sin perjuicio, si procede, de los derechos del cónyuge viudo o del conviviente en unión estable de pareja superviviente.

⁹ Las sentencias del TS de 13 de noviembre y de 5 de febrero de 1.929, entre otras, declararon la necesidad de la institución de heredero, como requisito indispensable para la validez del testamento en Cataluña. Como señala la RDGRN de 31 de marzo de 1.950 «En la tradicional organización familiar catalana, la concentración del caudal relicto en un solo heredero armoniza mejor que el fraccionamiento, fomenta el progreso agrícola, da estabilidad y arraigo a la familia e impide los inconvenientes de los minifundios; con esta tendencia, la palabra heredero se usa en la vida jurídica y familiar catalana separadamente y, en ocasiones, en contraposición con la de hijos, al contrario de lo que sucede normalmente en territorio de derecho común, en el que no suele hacerse distinción entre heredero y legitimarios, y ex excepcional que todos los hijos no sean instituidos herederos simultáneamente y por partes iguales». La RDGRN de 29 de mayo de 1.893 declara válida la institución de heredero a favor del alma del testador, por lo que esta institución impide que se adjudiquen los bienes a los herederos abintestato.

Por último, tampoco depende de la voluntad de los herederos la existencia de la comunidad, pues en caso de que sólo uno de ellos acepte la herencia, jugará a su favor el derecho de acrecer, a salvo el juego de las sustituciones, el derecho de transmisión o la representación

No sólo por razón de la voluntad de los titulares encontramos diferencias entre comunidad ordinaria y hereditaria: también el objeto es elemento diferenciador, pues frente a la individualidad del mismo en la comunidad ordinaria, la comunidad hereditaria recae sobre un patrimonio, es decir nos encontramos ante una comunidad universal.¹⁰ La comunidad se organiza en base a la noción de cuota sobre la totalidad del patrimonio, que se denomina «derecho hereditario en abstracto». La CDCC nos mostraba claramente la diferencia entre ambos tipos de comunidades en el art. 274.3 permitiendo que la partición de la herencia (comunidad hereditaria) pudiese efectuarse provisionalmente, a todos los efectos legales, mediante la adjudicación a todos los herederos de cada uno de los bienes de la misma en partes indivisas proporcionales a sus cuotas hereditarias (extinguiéndose, en consecuencia, la comunidad hereditaria a través del nacimiento de tantas comunidades ordinarias como bienes integrasen el patrimonio común).

II. NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Hasta la nueva regulación contenida en el Libro IV, la comunidad hereditaria dependía de la existencia de coherederos, concepto que añade a la idea de heredero los adjetivos de pluralidad y conjunción. La sólo pluralidad de herederos no los convierte en coherederos, pues pueden serlo con carácter sucesivo (sustitución fideicomisaria), e incluso algún heredero ser instituido en cosa cierta, en cuyo caso, el art. 423-3.1 señala que tendrá la consideración de legatario si concurre con herederos instituidos sin esta asignación. Por ello el llamamiento debe ser plural, simultáneo y por cuotas, sean éstas iguales o desiguales. Como veremos, la nueva regulación modaliza esta máxima, pues puede haber comunidad con un solo coheredero aceptante, ya sea porque los demás son herederos puros que todavía no han aceptado la herencia ni expresa ni tácitamente, ya sea porque son instituidos bajo condición suspensiva.¹¹

¹⁰ La sentencia del TSJC de 15 de febrero de 1.966 expresa que en la comunidad hereditaria cada heredero tiene la propiedad en abstracto de una cuota ideal sobre el caudal hereditario íntegro y no sobre cada uno de los objetos concretos de la herencia.

¹¹ Lo que no se admite es la institución bajo condición resolutoria pues, como señala el art. 461-2.1 la aceptación y la repudiación de la herencia no pueden hacerse parcialmente, ni sometidas a plazo o condición. Las condiciones y restricciones a la aceptación y repudiación de la herencia se tienen por no formuladas. La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita, como admite expresamente el art. 461-3. La RDGDiEJ de 17 de marzo de 2.008

Hasta que nace la Comunidad se produce un iter temporal que comienza con el fallecimiento del causante, el cual produce únicamente la apertura de la sucesión, pero la condición efectiva de heredero se adquiere con la aceptación y ello sin perjuicio de sus efectos retroactivos.¹² El *iter* temporal continúa con la situación de yacencia de la herencia.

La novedad de la nueva regulación es la pretensión de minorar la duración de esta fase de yacencia al establecer el art. 411-9.4 que basta la aceptación de uno sólo de los herederos para que esta situación se extinga, correspondiendo al aceptante o a los varios aceptantes la administración ordinaria. Se crea la ficción de que la comunidad ya nace, si bien no es todavía una comunidad plena pues los aceptantes no podrán realizar actos de disposición de los bienes ni pedir la partición. Eso sí, la nueva regulación les atribuye capacidad para pagar deudas y cargas hereditarias, satisfacer legítimas y cumplir legados.¹³ Esta novedad constituirá, sin duda un estímulo para una rápida aceptación de la herencia.

Si algún heredero lo es sujeto a condición suspensiva, el art. 4.2 del CS señalaba que la herencia se defiere en el momento del cumplimiento. El nuevo art. 423-14 va más allá, explicitando como se ejercen las facultades de administración por el instituido bajo condición, pendiente la misma, y autorizando a los herederos puros a practicar la partición, con intervención, si quiere, del instituido bajo condición y dejando bajo su administración los bienes que se le asignen con las facultades y limitaciones establecidas por el causante y, en defecto de las mismas, con las propias de un albacea universal de entrega de remanente.

señala que «La aceptación tácita es la que deriva de un comportamiento de la persona llamada a la herencia que, interpretado de acuerdo con la buena fe y con los usos, permite concluir que está la voluntad de adquirir la herencia. El art. 19 del CS opta por un criterio objetivo; dicho en otras palabras, en el Derecho catalán, para determinar si ha habido aceptación tácita es suficiente con que el llamado realice algún acto que no podría hacer si no fuere heredero, sin que haya que interpretar su voluntad».

¹² Señala el art. 411-5 que el heredero adquiere la herencia deferida con la aceptación, pero los efectos de ésta se retrotraen al momento de la muerte del causante.

¹³ La LEC prevé el nombramiento de un administrador de la herencia el cual, con arreglo al art. 798, mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, la representará en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercerá en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto. En Cataluña solo será posible, pues, el nombramiento de dicho administrador cuando no haya aceptado ninguno de los herederos.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

El art. 463-1, al igual que el art. 1.2 del CS, señala que «*Si concurren a la sucesión, simultáneamente una pluralidad de herederos, éstos adquieren el patrimonio hereditario en proporción a sus respectivas cuotas*». El CC se desentendió de la regulación específica de la comunidad hereditaria, lo que ha dado lugar a grandes debates en cuanto a su naturaleza jurídica. Como señala Espín Canovas,¹⁴ la doctrina, generalmente, se ha planteado el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria en torno a la alternativa entre su inclusión en el tipo romano o germánico. Por su parte, Ferrandis¹⁵ apunta, como atribuir a la comunidad actual carácter romano o germánico lleva consigo, casi siempre, una interpretación forzada de determinados preceptos para hacernos ver que reproducen la ordenación dada según aquellos modelos clásicos. Por ello, han tenido que formularse muchas teorías mixtas o intermedias. Lo cierto es que la DGRN, en resoluciones de 30 de junio de 1.927 y 8 de julio de 1.933, encuadra la comunidad hereditaria dentro del molde de la comunidad germánica, ya que es una unidad en mano común, tesis mantenida asimismo por Campuzano.¹⁶ Sin embargo, matiza García Granero¹⁷ que la situación puede considerarse intermedia entre la figura de la «*gesamte Hand*» y el condominio romano, ya que la mano común se modifica por la división de cuotas.¹⁸

No faltan autores como Roca Sastre,¹⁹ y Puig Ferriol²⁰ que se inclinan por la tesis de la comunidad romana. Así Roca sostiene que la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son

¹⁴ Antonio ESPÍN CANOVAS. *Manual de Derecho Civil*, 3ª Edición. pág. 119.

¹⁵ FERRANDIZ VILELLA. *La Comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pág. 56.

¹⁶ *Elementos de Derecho Hipotecario*, Madrid 1.931.

¹⁷ Cotitularidad y comunidad *Gesamte Hand*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1946, págs. 145 y siguientes.

¹⁸ La sentencia del TS de 6 de mayo de 1.958 señala que la comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hayan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables, mientras que respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos.

¹⁹ *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1.954, II, pág. 539.

²⁰ *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XXVIII, 1º, Madrid 1.982.

negociables. Puig Ferriol considera que si en Cataluña, los coherederos responden de las obligaciones y cargas de la herencia, los derechos de crédito deben dividirse ipso iure entre los coherederos en proporción a sus cuotas respectivas, de forma que cada uno de ellos sólo podrá reclamar la parte del crédito mancomunado que le corresponda. Siguiendo esta línea argumental, el dominio y los derechos reales deben quedar también en una situación de comunidad romana por cuotas sobre cada bien o derecho concreto. La consecuencia es que no regirá en el sistema civil catalán el art. 46 de la LH relativo a la anotación del derecho hereditario en abstracto. Chamorro²¹ considera que en la herencia indivisa hay tantas comunidades de bienes como cosas y derechos reales haya en ella. Cada una de estas comunidades es de tipo romano.

Vallet de Goytisoló²² considera que en toda comunidad hereditaria existe una pluralidad de herederos que coparticipan por razón de su causa adquisitiva en unos bienes determinados, participación que está llamada a ser concretada en cosas determinadas del conjunto en virtud de la partición de la herencia, y ello da lugar a que toda disposición del derecho de un coheredero referido a una cosa concreta quede a expensas de la partición.

Por último, es posible enfocar a la comunidad hereditaria como un patrimonio separado, tesis ésta que tiene su apoyo en la sentencia del TS de 21 de marzo de 1.968, que configuró tal comunidad como una categoría intermedia entre el condominio y la persona moral. Ya antes, Jerónimo González²³ había considerado que la comunidad hereditaria se encuentra situada técnicamente entre la persona jurídica y la copropiedad.

Toda esta polémica (a salvo la opinión de Puig Ferriol) puede trasladarse a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria en Cataluña, dados los mismos presupuestos que sustentan la institución, si bien, como luego veremos, sólo en cuanto al activo y no respecto del pasivo. Así, a la comunidad hereditaria de derecho común Castán Tobeñas²⁴ le aplica los siguientes caracteres, todos ellos predicables de la comunidad en Cataluña:

²¹ Los derechos hereditarios. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1.941, págs. 320 y siguientes.

²² Citado por ROCA-SASTRE MUNCUNILL en «Derecho de Sucesiones», Tomo IV, Editorial Bosch, 2000, pag. 16.

²³ «La comunidad hereditaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1.931, págs. 774 y siguientes.

²⁴ *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo sexto. Editorial Reus S.A., Madrid, 1.978, págs. 298.

- a) Es una comunidad universal, en cuanto recae sobre la unidad patrimonial constituida por la herencia, no sobre los singulares bienes y derechos.
- b) Es una comunidad forzosa, por cuanto, como hemos visto, nace con independencia absoluta de la voluntad de los interesados.
- c) Es una comunidad transitoria o incidental. Tanto el CC, como la CDCC, el CS y el propio Libro IV, de acuerdo con la tradición romana, establecen la posibilidad de que en cualquier tiempo pida uno de los coherederos la división de la herencia. Como veremos, no obstante, la comunidad podrá estar dotada de una cierta permanencia y tener un origen voluntario en base al art. 463-2.

IV. RÉGIMEN APLICABLE A LA COMUNIDAD HEREDITARIA DURANTE SU VIGENCIA

En la fase de comunidad, como se ha puesto de manifiesto, el ordenamiento jurídico busca ante todo la conservación del valor de los bienes y la protección de los futuros titulares, y ello porque esta comunidad no pretende cumplir ninguna función en sí misma, por lo que podría considerarse como un «mal menor» o comunidad incidental, presuponiéndose que el interés de los comuneros es la división, sin perjuicio de que el causante o los coherederos puedan pactar plazos obligatorios de duración. A diferencia de lo que ocurre con las comunidades funcionales, donde la situación es buscada por las partes o por el ordenamiento, con una vocación de permanencia, para dar solución al ejercicio de derechos individuales, en la comunidad hereditaria el ordenamiento busca medios para poner fin cuanto antes a esta situación, bien sea a través de los derechos de adquisición preferente, de las acciones de división, o concediendo al Juez una potestas que busca el intereses individual por encima del colectivo. En este sentido, tanto el art. 51 CS como la nueva regulación, en el art. 463-6, conceden a los coherederos los derechos de tanteo y retracto, si uno vendiera su cuota a un extraño. Si hubiere varios interesados en el ejercicio de estos derechos, se procederá de acuerdo con las cuotas respectivas. Compárese esta norma con el art. 553-52 del Libro V relativo a comunidades de garajes y trasteros, donde se excluyen los derechos de adquisición preferente y la acción de división. El art. 463-6.3 señala que los derechos de tanteo y retracto se ejercen en el tiempo y la forma establecidos por el art. 552-4.2, lo cual supone que los coherederos que pretendan enajenar su cuota deben notificar fehacientemente a los demás su decisión de enajenar y la circunstancias de la enajenación. El plazo para ejercer el tanteo será de un mes contado desde el momento en que se hace la notificación y si la misma no existe o el precio o circunstancias de la enajenación varían respecto a lo notificado,

nace el retracto cuyo plazo es de tres meses contados desde el momento en que los demás coherederos tienen conocimiento de la enajenación y sus circunstancias o desde la fecha en que se inscribe la transmisión en el registro que corresponda. En este sentido, el derecho hereditario, como luego veremos, puede ser objeto de anotación en el Registro de la Propiedad, siendo este derecho hereditario anotado susceptible de ser transmitido gravado o ser objeto de otra anotación (art. 46.3 de la LH). No obstante, el registrador a la hora de practicar los asientos relativos a la transmisión del derecho hereditario no tiene que comprobar la existencia de las notificaciones previstas por la Ley, pues no existe en esta materia una norma equivalente a la que se establece en otras legislaciones, como, por ejemplo, la de arrendamientos urbanos.²⁵

Asimismo, la preeminencia de los aspectos individuales sobre los colectivos se pone de manifiesto en el art. 463-2.4 el cual concede a la autoridad judicial, aunque exista una prohibición o un pacto de indivisión, a instancia de cualquier coheredero, la posibilidad de autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero aunque no lo haya, si sobreviene una justa causa.

Por lo que respecta al régimen aplicable, la regulación de la comunidad hereditaria devendrá en primer lugar de la voluntad del causante, el cual puede nombrar una persona para administrar la herencia (art. 463-4.1). En defecto de dicha persona, el Juez puede, a instancia de cualquier interesado, adoptar las medidas que crea oportunas para conservar el caudal hereditario, incluso nombrar un administrador. Subsidiariamente, la regulación vendrá determinada por la voluntad de los interesados, entendiéndose como tales los herederos, a continuación se regulará por la normativa concreta contenida en el Libro IV, y por último, en cuanto sean aplicables, por las normas que para la comunidad ordinaria se establecen en el Libro V del CCC.

En cuanto a la extensión de la comunidad, la situación es distinta en cuanto al activo y el pasivo. Así, en cuanto al activo no hay una comunidad ordinaria al uso, sino que se atribuye a los coherederos una cuota ideal sobre el total caudal: hasta la partición, lo que se adquiere no son bienes, o derechos concretos, sino una titularidad sobre un patrimonio. Por el contrario, en cuanto al pasivo, el art. 1.2 del CS y el nuevo 463-1.2, se inclinan por la mancomunidad, de manera que las obligaciones y cargas hereditarias se dividen entre los coherederos en proporción a las cuotas respectivas, sin solidaridad entre ellos, reputándose, por lo tanto,

²⁵ Tanto la LAU de 1.964, como la de 1.994 establecen en sus respectivos arts. 55 y 25.5 la necesidad para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de viviendas arrendadas que conste la práctica de las notificaciones al arrendatario.

obligaciones y cargas distintas. Ello lleva a la doctrina a considerar que en realidad la comunidad hereditaria en Cataluña lo es sobre el activo pero no sobre el pasivo.²⁶

Esta titularidad universal implica que los actos de disposición a título individual lo tienen que ser sobre la cuota (art. 463-6.1), requiriéndose por el contrario para los negocios sobre los bienes y derechos el consentimiento unánime de todos los comuneros (art. 463-5.1). Cualquier negocio particular sobre un bien concreto sólo será efectivo si el bien es adjudicado al contratante. Esta posibilidad de negocios sobre bienes concretos no está recogido en el Libro IV, a diferencia del CC, que en sede de comunidad ordinaria establece en el art. 399 que todo condeño tendrá la plena propiedad de su parte y, en consecuencia, podrá enajenarla, cederla o hipotecarla, y aún sustituir a otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales, pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca en relación con los condeños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Pese a que el Libro V, al regular la comunidad de bienes tampoco contempla esta posibilidad, debe admitirse la misma en base al principio de libertad de contratación, y al respeto a la autonomía de la voluntad, lo cual lleva a admitir, por ejemplo, la venta de cosa ajena o el legado de cosa asimismo ajena. Llobet Aguado se inclina, sin embargo, por la nulidad de estos actos.²⁷ No obstante, desde mi punto de vista, es cierto que diversas sentencias del TS han considerado nulos los actos realizados por un heredero sobre bienes concretos de la comunidad, sin el consentimiento de todos los herederos (como por ejemplo las de 8 de mayo de 1.989 y la de 31 de enero de 1.994), pero no debe olvidarse que otras sentencias, como la de 5 de febrero de 1.968, indican que puede tratarse de un caso de venta de cosa ajena, admitida en nuestro derecho, si bien esta sentencia no se pronunció sobre la nulidad de la venta por no haber sido impugnado dicho razonamiento.

Incluso cualquiera de los coherederos que pretenda saldar las deudas con los acreedores del causante necesitará el consentimiento de los demás si para ello necesita enajenar bienes o realizar adjudicaciones en pago. Ello

²⁶ ROCA I TRIAS y PUIG FERRIOL, *Instituciones de Derecho Civil de Cataluña*, Vol. III, págs. 557 y 558; Tirant Lo Blanch Llibres, Valencia 1.998. CASANOVAS I MUSSONS, Anna: *Manual de Derecho Civil Catalán*, ob.cit. pag. 640: Con relación al activo la cuota no divide, por lo que es necesaria la partición de la herencia. Por el contrario, en cuanto al pasivo, la cuota divide, es decir recae sobre cada una de las deudas, por lo que los coherederos son cotitulares pasivos de cada una de las deudas, y por tanto lo que lo que para el causante era una deuda única, ahora se fragmenta entre los coherederos de acuerdo con las respectivas cuotas, por lo que respecto de las deudas no es necesario realizar partición alguna.

²⁷ Josep LLOBET AGUADO: *Derecho de Sucesiones vigente en Cataluña*. Varios autores. pág. 380.

no obsta para que los acreedores puedan exigir el pago de sus créditos vencidos en cualquier momento, si bien por aplicación del criterio general de atribución de las deudas mancomunadas, la acción deberá dirigirse contra todos los herederos.

Por otra parte, la comunidad no se extiende a la totalidad del patrimonio del causante. Como comunidad patrimonial que es, se excluyen de la misma los derechos no patrimoniales, como los de carácter político. Incluso desde el punto de vista patrimonial no se integran en la comunidad aquellos derechos de duración limitada legal o convencionalmente a la vida del causante, como usufructos, derechos de habitación o rentas vitalicias. Tampoco se incluyen en la comunidad los legados, ni las indemnizaciones derivadas de seguros de vida, que se integran en el patrimonio del beneficiario, ni los derechos arrendaticios.²⁸

Durante esta fase, los herederos tienen una serie de derechos y obligaciones. Así:

1. Los coherederos pueden, con arreglo al art. 463-3, usar de los bienes de la comunidad y apropiarse sus frutos y rendimientos de acuerdo con lo que establece el art. 552.6, es decir, de acuerdo con su finalidad social y económica y de modo que no perjudique a los intereses de la comunidad ni al de los demás cotitulares. Este uso y disfrute exclusivo no deja a estos bienes fuera de la partición, a salvo el juego de la usucapión a favor de los poseedores en concepto de titulares exclusivos.
2. Asimismo, tienen la facultad de administrar los bienes a falta de persona nombrada por el causante o por la autoridad judicial, debiéndose ejercer dicha administración de conformidad con lo dispuesto en los arts. 552-7 y 8 (art. 463-4.2). Con independencia de dicha administración, los coherederos se encuentran legitimados para realizar cualquier acto de defensa y conservación de los bienes (art. 463-4.3). Como pone de relieve Roca-Sastre Muncunill,²⁹ las acciones procesales que protegen los bienes y derechos de la herencia (reivindicatorias, hipotecarias, confesorias, negatorias, revocatorias, resolutorias, subrogatorias, de nulidad, de rescisión, de daños, etc.) pueden ser ejercitadas por los coherederos como propias del difunto, lo cual aprovechará a los demás. Es doctrina

²⁸ El art. 16 de la LAU reconoce el derecho a la subrogación en primer lugar al cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él o a la persona que hubiere convivido con él en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento.

²⁹ *Derecho de Sucesiones*, Tomo IV, editorial Bosch, Barcelona, 2000, Pág. 50.

reiterada del TS que cualquier heredero puede ejercitar en beneficio de la masa hereditaria las acciones que correspondían al causante y las nacidas después de su muerte por razón de herencia y bien entendido que la resolución favorable aprovechará a los demás, mientras que no les dañará la adversa (sentencias de 17 de junio de 1.961, 20 de marzo de 1.981 y 16 de septiembre de 1.985, entre otras).

3. Pueden realizar actos de disposición sobre su cuota hereditaria (art. 463-6.1). Sin embargo, la venta de herencia no comprende la venta de la condición de heredero, pues la misma es personalísima y, en consecuencia, intransferible. Por lo tanto sólo comprende el contenido económico.
4. Pueden realizar, por unanimidad, actos de disposición sobre los bienes de la comunidad, integrándose en la comunidad por subrogación real las contraprestaciones e indemnizaciones percibidas por razón de los actos de disposición o del menoscabo de bienes de la comunidad, así como los bienes adquiridos a cargo de estas contraprestaciones e indemnizaciones (art. 463-5).
5. Tienen el derecho a pedir la partición de la herencia, si bien pueden pactar la exclusión de la partición durante los plazos a los que luego me referiré (art. 463-2.1).
6. Pueden ejercer los derechos de tanteo y retracto en caso de enajenación (compraventa o dación en pago) a un tercero de la cuota de un coheredero en los términos antes señalados (art. 463-6.2 y 3). El heredero bajo condición suspensiva, sin embargo, no podrá ejercitar estos derechos hasta que la condición se cumpla, pues hasta este momento no ha tenido lugar la delación hereditaria. Tampoco podría pedir la partición de la herencia hasta ese momento.

Como obligaciones de los coherederos durante la indivisión podemos citar las siguientes:

- a) Obligación de conservación de los bienes y derechos integrantes del patrimonio y, consecuentemente, de satisfacer los gastos que genere el mantenimiento y conservación de los bienes comunitarios. Estas deudas lo son de la comunidad, no del causante y por ello, con arreglo al art. 464-9.1 los coherederos se deben reembolsar el importe de los gastos necesarios y útiles que hayan hecho en los bienes e indemnizar por los daños que hayan causado en los mismos por causa que les sea imputable

- b) Obligación de respetar los pactos de indivisión, si bien si sobreviene una justa causa podrán solicitar del Juez la partición de la herencia o un anticipo parcial (art. 463-2.4).
- c) Obligación de pago de las deudas hereditarias de forma mancomunada (art. 463-1).

V. LA COLACIÓN

La colación propiamente no es una operación particional,³⁰ pues la partición consiste en inventariar los bienes, valuarlos y adjudicarlos. La colación es una operación previa, de carácter contable, relativa a unos bienes que un día pertenecieron al causante,³¹ debiéndose traer a la masa hereditaria su valor actualizado al momento de su fallecimiento, en base a una presunción, proveniente ya del Derecho romano, de que el causante por principio pretende beneficiar por igual a todos sus descendientes.³² Por lo tanto, si entra en juego la colación, el patrimonio que se tiene en cuenta como punto de partida es el existente a la muerte del causante, es decir el caudal hereditario, pero incrementado con el valor económico

³⁰ Isabel VIOLA considera que la colación no es una operación particional *strictu sensu*, pero sí que es un incidente de la partición para el caso de que se cumplan las exigencias objetivas y subjetivas legalmente especificadas. Véase, en este volumen, págs. 601 ss. También la califica de operación particional específica, Anna CASANOVAS, obra citada, pág. 648.

³¹ En este sentido, la sentencia del TS de 3 de junio de 1.965, después de admitir que la colación puede estimarse como una operación distinta y previa a la partición o como parte integrante de la misma, le asigna entre sus notas distintivas la de que es una institución «sui generis» que puede coincidir o no con la reducción sobre una misma donación, sin perder nunca su fisonomía propia y que no cabe confundir, dado su origen y finalidad, con las acciones restitutorias que, por otro título, puedan ejercitarse para la debida integración de la masa hereditaria.

³² Señala BASSOLS I PARÉS como la colación tiene sus orígenes en el Derecho Romano Pretoriano aplicándose en principio a los supuestos en que el testamento quedaba rescindido y aplicándose posteriormente también a la sucesión intestada. Este régimen sucesorio va a recibir la sistematización definitiva en el Edicto de Adriano. Posteriormente, y dado que la situación de todos los hijos no era idéntica, pues los emancipados podían adquirir toda clase de bienes, mientras que los que no lo estaban adquirirían para su progenitor, se va a imponer a los primeros la obligación de colacionar respecto de los bienes adquiridos entre su emancipación y la muerte del padre. Posteriormente la obligación de colacionar se vincula a la disminución del patrimonio paterno, hasta llegar a la justiniana «collatio descendentium». Agustí M. BASSOLS I PARÉS. *La col.lació en el dret civil de Catalunya*. Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia. Barcelona 1.997, págs. 13 y siguientes.

de otros bienes ya no pertenecientes a aquél. En palabras de Maluquer,³³ la colación no persigue en si misma la igualdad, sino que partiendo de ella como presupuesto intencional natural, se propone mantenerla evitando en lo posible que quiebre por las diferencias provocadas a través de donaciones o liberalidades otorgadas en vida a algunos de quienes concurriendo más tarde a la sucesión en la posición de igualdad que les da su común título de herederos, encuentren sin embargo mermado desigualmente el caudal relicto como consecuencia de aquellas disposiciones entre vivos.

El Libro IV, no obstante, parece considerar la colación como la última de las operaciones particionales, al dedicar a la misma los últimos números del artículo regulador de la partición, es decir del 464, si bien situándola en una sección especial. En Cataluña se siguen las normas sobre colación propias del derecho justiniano, el cual se caracteriza por dos notas esenciales: línea descendiente y adquisición por parte de algún heredero de un bien del causante de modo gratuito. Con base en estas premisas, la colación precisa de los siguientes requisitos (art. 464-17):

- a) Deben colacionar sólo los descendientes que concurren como herederos con otros descendientes de un causante común, sin que pueda aprovechar a los no descendientes. Si entre los herederos unos son descendientes y otros no, las cuotas respectivas deberán ajustarse a dicha circunstancia.
- b) La colación se refiere a los descendientes, no solo a los hijos, por ello, como señala el art. 464-18, el nieto heredero de su abuelo ha de colacionar la liberalidad que había recibido y habría de haber colacionado su padre si viviera, en el caso de que sea también heredero de éste dicho nieto, y respecto a todo aquello que haya llegado a su poder. En este caso, el coheredero que llega a serlo por derecho de representación, no es necesario que sea donatario del causante, y por ello en este supuesto, la colación busca exclusivamente evitar la desigualdad entre los descendientes, aunque esta desigualdad se produzca de manera indirecta. Pone de relieve Mezquita del Cacho³⁴ como a diferencia del art. 1035 del CC no hay que confundir descendientes con legitimarios, pues los descendientes de grado ulterior que hubieren recibido del causante alguna liberalidad durante su vida, pueden concurrir a su herencia

³³ Citado por MEZQUITA DEL CACHO en «Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña». Editorial Bosch, Barcelona, 1.994, pág. 156.

³⁴ «Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña», Editorial Bosch, Barcelona, 1.994, pág. 162.

- en concepto de herederos y no de legitimarios, por hacerlo en este concepto un descendiente del causante de grado intermedio.
- c) Es necesario que el causante no la excluya. Esto es lógico, pues la colación se basa en una presunción, y no cabe presunción alguna cuando hay declaración de voluntad expresa. Con arreglo al art. 464-17.2 el causante no puede ordenar, después de haber otorgado un acto a título gratuito, que la atribución sea colacionable, pero puede dispensar de la colación en testamento, codicilo o pacto sucesorio y puede también excluirla en su sucesión. Apunta Mezquita, como debemos tener siempre presente que el Derecho catalán, inspirándose en el sistema romano-justineano, ha adoptado tradicionalmente un criterio restringido en materia de colación, como corresponde a un espíritu legal favorable al máximo a la libertad de disponer.³⁵
- d) Los bienes deben haber sido adquiridos a título gratuito por actos inter vivos, y en concepto de legítima, o ser imputable a la misma, o se hagan las atribuciones con la advertencia expresa en el acto del otorgamiento de que serán colacionables (art. 464-17,1). Pone de manifiesto Mezquita como las donaciones colacionables eran bastantes numerosas en el Derecho catalán anterior al CS (Procter nupcias, las de subvención de carreras o profesiones, dotaciones para establecimientos industriales, etc.), pero con esta norma se imprime un fuerte carácter subjetivista reduciéndose la categoría de donación colacionable por presunción legal a un solo supuesto: las donaciones o liberalidades hechas como anticipos de legítima. En este caso el silencio del causante es suplido por la Ley con una presunción favorable.

La colación sólo beneficia a los coherederos que son descendientes del causante, los cuales, una vez abierta la sucesión, pueden renunciar a beneficiarse de la misma. (art. 464-17.3). La colación no puede beneficiar a los legatarios ni a los acreedores de la herencia (art. 464-19). Se plantea la duda de si puede beneficiar a los cesionarios de la cuota de un coheredero. Mezquita del Cacho³⁶ se decanta por su derecho para beneficiarse de la misma si la cesión es a título oneroso, pues en este caso el heredero se habría beneficiado de la colación a través del precio o contraprestación. Por el contrario si la cesión es gratuita, la respuesta debe ser negativa pues el tercero ni es heredero ni descendiente. Asimismo considera Mezquita que los acreedores del deudor que repudia la herencia, y que pueden cobrar los

³⁵ Ob. cit. pág. 156.

³⁶ Ob. cit. pág. 163.

créditos de fecha anterior a la repudiación sobre los bienes de la herencia o sobre la cuota de la herencia repudiada si faltan otros recursos para cobrarla (art. 461-7.1), pueden alegar el beneficio de la colación.³⁷

La condición de descendiente puede cumplirse por vía de institución o de sustitución. Así, por ejemplo, el coheredero no descendiente que sea sustituto vulgar de un coheredero descendiente, no tendrá obligación de colacionar, ni se beneficiará de la colación de otros descendientes. A sensu contrario, el coheredero descendiente sustituto vulgar de un no descendiente si que tendrá que colacionar. Puig Ferriol y Encarna Roca,³⁸ sin embargo, consideran que si lo que juega es un derecho de transmisión la solución es diferente, pues el beneficiario ocupa el lugar del transmitente y, en consecuencia, aunque no sea descendiente deberá colacionar si aquél lo era.

Como ha quedado señalado, la colación no afecta a los bienes en concreto recibidos sino a su valor actualizado en el momento de la muerte del causante, debiéndose proceder para calcular dicho valor de acuerdo con las reglas que establecen los arts. 451-5. c y d (art. 464-20). Si el valor imputable excede de la cuota del coheredero afectado, el heredero no debe restituir el exceso, sin perjuicio de la reducción o supresión de las donaciones inoficiosas (art. 464-20.2). La remisión a las normas reguladoras del cómputo de la legítima supone la deducción al valor actualizado del bien de los gastos útiles realizados por el coheredero y de los gastos extraordinarios de conservación o reparación, no causados por su culpa, que él haya sufragado.

En cambio, debe añadirse la estimación de los deterioros originados por culpa del donatario que puedan disminuir su valor. En caso de venta o pérdida por culpa del coheredero, se debe computar el valor que tienen o habrían tenido en el momento de la muerte del causante.

Ni el CS ni el Libro IV hacen referencia a la colación de los frutos, por lo que deben aplicarse las reglas sobre la posesión de buena fe.

Finalmente, la acción de petición de la colación tiene el mismo plazo de duración que la acción de petición de la partición, si bien, como señala De los Mozos,³⁹ la acción de colación es divisible frente a la indivisibilidad de aquella, ya que se trata de un derecho que corresponde a cada coheredero que, por consiguiente puede ejercitarlo o renunciarlo en todo o en parte frente a los otros coherederos obligados a colacionar.

³⁷ Ob.cit, pág.163.

³⁸ *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, pág. 576.

³⁹ José Luis DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS: *La colación*, Madrid, 1965.

VI. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD: LA PARTICIÓN

Toda situación de comunidad puede extinguirse por una serie de circunstancias, como la desaparición del objeto por pérdida (no solo física sino también por una posible pérdida jurídica como los casos de expropiación o declaración del bien como de dominio público) o destrucción del mismo, por reunirse todas las cuotas en un solo titular, o por la división de la comunidad. En el caso de la comunidad hereditaria se denomina este acto de división como «partición de la herencia». Royo Martínez⁴⁰ la define como el negocio jurídico unilateral o plurilateral, que como resultado unitario de una serie de operaciones jurídico-matemáticas, liquida una herencia y pone fin a la comunidad de coherederos, mediante la distribución entre ellos de las titularidades contenidas en el acervo hereditario. Señala Castán Tobeñas⁴¹ como la partición tiene el carácter de una declaración de voluntad unilateral cuando la hace el testador o una persona designada por él y, por el contrario, tiene el carácter de una declaración de voluntad plurilateral cuando la hacen de común acuerdo los interesados, caso en el cual tiene el carácter de un verdadero contrato. La simple aprobación judicial, habiendo acuerdo entre los interesados, no varía su naturaleza, ni aún cuando esta aprobación tenga lugar dentro del juicio de testamentaría, pero si hay oposición y ha de seguirse un juicio declarativo, la partición tiene el carácter de acto judicial.

La nueva regulación contiene una norma de difícil interpretación en el artículo 464-6, al permitir que los herederos puedan prescindir, siempre que actúen unánimemente, de la partición efectuada por el causante. Pudiera parecer que se ha cambiado la Ley rectora de la partición, que ya no es la voluntad del causante, sino que esta cede ante la voluntad común de los herederos. Sin embargo, esto no es cierto, como lo demuestra el hecho de que el causante pueda establecer reglas vinculantes para la partición, posibilidad recogida en el art. 57 del CS y en el nuevo art. 464-4. Asimismo, si el causante ha encomendado la partición a un contador-partidor los herederos no podrán prescindir del mismo si el causante lo prohíbe. ¿Podría tener pues mayor vinculación para los coherederos lo dispuesto por un contador-partidor que lo dispuesto por el propio causante? Es claro que la respuesta positiva no tendría lógica. Por ello, el artículo 464-6 no contiene ninguna novedad e incluso puede ser una norma perturbadora. En realidad no hace más que recoger una aplicación específica del principio de autonomía de la voluntad: la partición legalmente hecha confiere a cada coheredero la propiedad exclusiva de aquellos que le haya sido atribuido.

⁴⁰ *Exposición elemental del Derecho Civil español: Derecho Sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1.951, pág. 331.

⁴¹ Ob. cit. pág.311.

Una vez que uno es propietario y tiene la libre disposición de sus bienes puede transmitir los mismos a quien tenga por conveniente. Por tanto, el artículo 464-7 no es más que un atajo jurídico, pero el acuerdo unánime de los coherederos no tiene naturaleza particional, entre otras cosas porque la partición presupone una previa comunidad hereditaria y cuando el causante realiza directamente la partición no nace la comunidad hereditaria. En este sentido la sentencia de la AP de Barcelona de 2 de junio de 2.004, recoge como la jurisprudencia del TS, al interpretar y aplicar el art. 1.058 del CC, el cual es compatible con la legislación específica del derecho sucesorio catalán porque no existen diferencias sustanciales entre este artículo y el 57 del CS, ha señalado que el mismo da prioridad a la partición hecha por el testador, pero sin embargo proclama una decidida voluntad jurídica en cuanto autoriza a los herederos mayores de edad, que tuvieran la libre administración de sus bienes, a llevar a cabo la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente.⁴²

1. Naturaleza jurídica de la partición

En cuanto a la naturaleza jurídica de la partición, se discute doctrinalmente su carácter declarativo o traslativo. Las tesis traslativas siguen la línea marcada por el Derecho romano donde la partición se estimaba atributiva de la propiedad, significando, en sustancia, una recíproca cesión de bienes entre los coherederos. Los coherederos se consideraban causahabientes unos respecto de otros en cuanto a los bienes que ingresaban en su lote. Consecuencia práctica de este sistema es que, una vez efectuada la partición, quedaban subsistentes los actos realizados durante el periodo intermedio por cada uno de los coherederos: si uno de éstos hubiese hipotecado por su parte indivisa un inmueble sucesorio que entrase en

⁴² La Audiencia Provincial considera que el acuerdo al que llegaron los coherederos en la escritura no constituye una verdadera partición en el sentido estricto del término que contravenga la efectuada en el testamento, y ello por entender que cuando el testador ha efectuado la partición de los bienes que van a formar parte de su caudal relicto la comunidad hereditaria no llega a formarse y por tanto, en ningún caso podrá ser posible una división posterior ya que los bienes de la herencia se transmiten directamente a cada heredero, en función de la partición efectuada en el testamento. El acuerdo al que llegaron las partes fue adoptado después de aceptar la herencia deferida y a través del mismo decidieron establecer un sistema de adjudicación distinto del previsto por la testadora, sin que tal actuación resulte contraria a ninguna norma prohibitiva ni impeditiva. La regulación de la partición hecha por el testador no significa otra cosa más que tal partición deberá ser respetada por los coherederos y que ninguno de ellos podrá obligar a los demás a ignorarla. Los herederos de mutuo acuerdo, no obstante, pueden organizar un sistema diferente, entendiendo que tal acuerdo no implica desobediencia de lo ordenado por el testador sino un concierto de voluntades nuevo por el que los coherederos realizan verdaderos actos de disposición que hay que distinguir de los particionales.

el lote de otro heredero, debería este sufrir la hipoteca establecida por su causante inmediato.

El Código Francés, por el contrario, concibe la partición como un acto declarativo y, en consecuencia, retroactivo, pues cada heredero se presume haber sido siempre propietario único de los bienes puestos en su lote y no haber tenido nunca la propiedad de los demás efectos de la sucesión. Así, la consecuencia práctica es que los actos realizados durante la indivisión por uno de los partícipes están subordinados a los resultados de la partición.

Una tercera postura es sostenida por un sector doctrinal, como Martín López, Lacruz y Vallet, los cuales consideran que la partición es especificativa o determinativa de derechos. Martín⁴³ opone a la teoría traslativa que el importe de los bienes que al heredero se le adjudican en la partición es el mismo a que ascendía su haber hereditario y por ello la partición no puede asignarle más de lo que por herencia le correspondía ya. Asimismo, opone a la teoría declarativa el que la partición modifica una situación previa sin que tenga plena retroactividad. Lacruz⁴⁴ considera que la partición, como acto complementario de la delación, cumple una función traslativa, pero como negocio jurídico que pone fin a la comunidad su naturaleza es determinativa. Vallet⁴⁵ es de la misma opinión: delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto traslativo al heredero de la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados. Respecto de la situación de comunidad hereditaria, la partición pone fin a ésta, con eficacia determinativa, al subrogar la cuota indivisa de cada comunero por bienes concretos y determinados.

Puig Ferriol y Roca i Trías⁴⁶ defienden para el Derecho catalán la misma naturaleza: el CS configura la partición como un acto determinativo o especificativo de los derechos que supone negar efectos retroactivos a la partición, pero con la particularidad de que sus efectos no son los propios de una enajenación, pues sólo comporta la modificación de una situación jurídica anterior, pues lo que en definitiva se adjudica a cada coheredero es aquello a lo que tenía derecho de acuerdo con el título sucesorio, aunque concretado en bienes determinados.

⁴³ MARTÍN LÓPEZ: «Carácter y efectos de la partición de herencia», *Revista de Derecho Privado*, 1.936, págs. 81 y siguientes.

⁴⁴ José Luis LACRUZ BERDEJO: «Derecho de Sucesiones. Parte general», Barcelona, 1.961, pág. 463 y siguientes.

⁴⁵ «Comentarios al CC y a las Compilaciones Forales», Madrid 1.989, págs. 842 y siguientes.

⁴⁶ *Institucions*, pág. 564.

Roca-Sastre Muncunill⁴⁷ rechaza la doctrina de la partición hereditaria con efectos traslativos, debiéndose combinar adecuadamente los criterios de calificación de la partición como declarativa y, al tiempo, como determinativa o especificativa. La atribución de efectos retroactivos a la partición es a los solos efectos de la extinción o liquidación de la comunidad incidental hereditaria. Por consiguiente, la partición de la herencia constituye un acto jurídico de descomunicación de bienes y derechos, en el que concurre un interés común a todos los partícipes, puesto que la descomunicación tiene como finalidad la transformación del objeto del derecho hereditario, como si se produjese una especie de subrogación real, la cual supone la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes y derechos determinados (propiedad ordinaria).

En definitiva, el libro IV, al igual que el CC, contempla la partición como determinativa o especificativa de derechos. La jurisprudencia del TS parece inclinarse por esta tesis en reiteradas sentencias, como las de 11 de junio de 1.897 y 29 de enero de 1.916. Estas sentencias, basadas en la legislación común, bien podrían ser aplicables al contenido de la partición en Cataluña dado el tenor del art. 464-10, el cual señala que «Por la partición cada coheredero adquiere la titularidad exclusiva de los bienes y derechos adjudicados», similar al art. 1.068 del CC, a cuyo tenor, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». En este sentido no hay diferencia alguna entre la partición hereditaria y la división de la cosa común en la comunidad ordinaria (en base al art. 552-12.1 la división atribuye a cada adjudicatario en exclusiva la propiedad del bien o del derecho adjudicado). No hay, sin embargo, absoluta incompatibilidad entre este carácter determinativo y la retroactividad: es perfectamente compatible que se confiera la propiedad exclusiva y que se mantenga la presunción de que cada uno de los partícipes de una cosa que se posee en común se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiera durante todo el tiempo que duró la indivisión. Por ello, el art. 464-9, ya visto al tratar los derechos y obligaciones de los coherederos, cuando regula la liquidación posesoria y de gastos establece el reintegro recíproco entre los coherederos en proporción a su haber de los frutos y rentas percibidos de los bienes que componen la herencia. Asimismo, establece el reembolso del importe de los gastos necesarios y útiles que hayan hecho en los bienes y la indemnización por los daños que hayan causado en los mismos por causa que les sea imputable.

⁴⁷ Ob. cit. pág. 71.

Al lado de esta compensación de frutos, el carácter parcialmente retroactivo de la partición resulta de la posibilidad de eficacia de los actos de enajenación realizados sobre bienes concretos durante la indivisión, o de la responsabilidad de los herederos en caso de adjudicación de un crédito respecto de la solvencia del deudor al tiempo de hacerse la partición salvo pacto en contrario (art. 464-12.1).

2. Tiempo en que puede practicarse la partición

En principio todo coheredero, o su representante legítimo, pueden pedir, en cualquier tiempo, la partición de la herencia (arts. 45 del CS y 464-1 del CCCat) si bien hay una serie de excepciones. Así, no se podrá proceder a la partición en los siguientes supuestos:

1. Cuando el causante haya ordenado o los coherederos hayan convenido unánimemente, ya sea respecto de bienes concretos o respecto de la totalidad de la herencia que no se proceda a la partición. Pueden pactar la duración de la comunidad por tiempo que no exceda de diez años desde la apertura de la sucesión (art. 463-2.1), plazo que puede alcanzar los quince respecto del inmueble que sea residencia habitual de uno de los coherederos si éste es cónyuge, conviviente en unión estable de pareja o hijo del causante (art. 463-2.2). Los plazos superiores, aunque hubiesen sido ordenados por el causante, se deben reducir en cuanto al exceso (art. 463-2.3). Se busca así, con esta excepción a la regla general del artículo 464-1, una cierta permanencia en las explotaciones económicas, pues en ocasiones podría resultar antieconómica una partición rápida de los bienes. Una vez transcurridos estos plazos la comunidad no se extingue «ipso iure», sino que nace en ese momento el derecho de cualquier coheredero a pedir la partición. Los plazos legales, en ambos casos, deben considerarse como limitaciones a la comunidad hereditaria inicial pero sin que impidan que la voluntad de los coherederos renueve cuantas veces quiera los pactos de indivisión, funcionándose entonces como una comunidad ordinaria «sui generis», pues su origen es convencional (a diferencia de la genuina comunidad hereditaria), pero con la especialidad de que el objeto será una universalidad y no bienes concretos.

Se plantea la duda de si la voluntad del causante favorable a la indivisión puede ser dejada sin efecto por la voluntad unánime de los coherederos. No hay duda de que la nueva regulación amplía las facultades de los herederos cuando los mismos actúan por unanimidad, pudiendo prescindir de las operaciones particionales del causante e incluso de los prelegados ordenados por él mismo (art. 464-6), por lo que la consecuencia lógica sería también que puedan dejar sin efecto en cualquier momento los plazos establecidos por el causante. Sin embargo, el art. 464-4, como vimos, permite al causante establecer reglas vinculantes para la partición, una de las cuales

podrá indudablemente ser el momento en que los herederos puedan pedir la partición, lo cual supone la prevalencia de la voluntad del causante sobre la voluntad unánime de los herederos. No ocurre lo mismo con el pacto unánime de los coherederos en favor de la indivisión, el cual, en base al principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 CC), podría quedar sin efecto en cualquier momento por un acuerdo unánime de aquellos.

Resumiendo, la indivisión establecida por el causante no podrá ser dejada sin efecto por los herederos, aunque sí por decisión judicial a instancia de cualquiera de aquellos que alegue justa causa pues, como antes hemos visto, el Juez en cualquier tiempo puede, aun existiendo pacto o prohibición de indivisión, autorizar la partición o un anticipo parcial, si sobreviniere dicha justa causa. La indivisión pactada de común acuerdo puede dejarse sin efecto por acuerdo unánime o por decisión judicial en los términos apuntados. Una vez transcurridos los plazos ordenados o pactados y aunque se rebasen los máximos legales, los coherederos podrán seguir en división, pero ya no será necesario el acuerdo unánime para acabar con la indivisión, sino que se aplicará la máxima legal de que cualquier heredero podrá pedir en cualquier momento la partición. Si los coherederos acuerdan renovar la duración de la comunidad transcurridos los plazos indicados, entonces nos encontraremos con una comunidad contractual que se regirá en cuanto a la duración por las normas de la comunidad ordinaria, por lo que será aplicable el art. 552-9 del CCC.⁴⁸

2. Aparte de los supuestos voluntarios, nos encontramos con otros casos en que la partición se suspende por la Ley, y en los cuales late una razón de protección de posibles herederos indeterminados. Estos supuestos (que ya fueron en esencia recogidos en el art. 46 del CS, si bien el art. 464-2 contiene determinadas precisiones), responden, en palabras de Mezquita del Cacho,⁴⁹ a una incertidumbre que afecta a la suma de sujetos que en definitiva resulten estar legalmente llamados a participar en la herencia, ante la posibilidad de que concurra adicionalmente algún otro que al tiempo del fallecimiento del causante no existiera, o no tuviera la cualificación o legitimación necesaria para ello.

Establece el art. 464-2 que la partición se suspende:

⁴⁸ Señala este precepto que la comunidad se disuelve por las siguientes causas:

- a) División de la cosa común.
- b) Reunión en una sola persona de la totalidad de los derechos.
- c) Destrucción de la cosa común o pérdida del derecho.
- d) Conversión en una comunidad especial.
- e) Acuerdo unánime o renuncia de todos los cotitulares.
- f) Vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria pactados.

⁴⁹ Ob. cit. pág. 175.

- a) Si es llamado a la herencia un concebido, hasta que tenga lugar el parto o se produzca el aborto. La nueva redacción amplía el supuesto de hecho del CS, que únicamente contemplaba la situación de la viuda embarazada, y no es más que la consecuencia lógica de adaptar el precepto a los cambios sociales y legislativos ocurridos desde 1.991, especialmente la Ley 10/1998, de 15 de julio, reguladora de las uniones estables de pareja.
- b) Si se ha entablado una demanda sobre filiación, hasta que se dicte sentencia firme.
- c) Si se ha iniciado un expediente de adopción, hasta que éste finalice con resolución firme.
- d) Si el causante ha expresado fehacientemente su voluntad de fecundación asistida post mortem, hasta que devenga el parto o venza el plazo legal para practicarla.⁵⁰

Es necesario en todos estos casos que el futuro hijo (demandante o demandado, adoptado o fecundado) haya sido llamado como heredero. En el primer supuesto de este artículo expresamente se exige el llamamiento del concebido, lo cual es congruente con el principio de libertad de testar que rige en Cataluña. Las letras b, c y d, parecen redactadas más bien para un sistema regido por la existencia de herederos forzosos de carácter legal. Por ello, en Cataluña sólo serán aplicables estos supuestos en su tenor literal para el caso de sucesión intestada.

Por el contrario, en la sucesión testada es necesario el llamamiento expreso o, cuanto menos, que hayan sido llamados como herederos la totalidad del resto de los hijos, pues no podrían tener mayores derechos los hijos resultantes de estos supuestos, actualmente indeterminados, que los hijos ya nacidos y, en consecuencia, determinados. De igual manera que la colación, como hemos visto, encuentra su razón de ser en una voluntad presunta del causante de favorecer por igual a todos sus descendientes, esta misma voluntad presunta de llamar a la sucesión a todos los hijos podría

⁵⁰ La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas humanas de reproducción asistida, señala en el artículo 9 que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. No obstante el marido podrá prestar su consentimiento en el documento regulado en el artículo 6,3 de esta Ley, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El varón no unido por vínculo matrimonial también podrá hacer uso de esta posibilidad.

defenderse en el caso de que el causante haya llamado a todos sus hijos determinados. Si sólo ha llamado a uno o varios de entre todos, lo lógico, en base al principio de libertad de testar, sería reconocerles a estos hijos indeterminados exclusivamente derechos legitimarios. Esta solución cuadra con la regulación contenida en el art. 451-16 para la preterición, supuesto que sólo da derecho a reclamar la legítima, salvo que lo sea de un hijo nacido después del fallecimiento o cuya existencia el causante ignoraba, en cuyo caso el preterido tiene acción para que se declare ineficaz el testamento. Pero aun así, esta acción no se tiene si el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, a un hijo o a otro descendiente y en el momento de otorgar testamento tenía más de un hijo o al menos un hijo y una estirpe de hijo premuerto. Mezquita⁵¹ considera que en el caso de que la sucesión sea testada el fundamento de la medida podría descansar sobre la preterición errónea de legitimarios descendientes, pero la norma podría resultar excesiva en algún caso, pues incluso en el supuesto de descendencia póstuma, cabe la intencionalidad en la preterición.

En la sucesión contractual, la existencia de estos hijos no podría alterar los pactos sucesorios pues, como expresamente señala el art. 431-9.3, estos pactos no pueden impugnarse en ningún caso por causa de preterición ni revocar por supervivencia o supervención de hijos, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar su legítima.

e) Si es llamada a la herencia una persona jurídica que se ordena crear en el testamento, hasta que quede válidamente constituida o se declare, de acuerdo con la Ley, la imposibilidad de constituirarla. El CS se refería exclusivamente a la constitución de «fundaciones», ampliándose, en consecuencia el supuesto, en la nueva regulación, a toda clase de personas jurídicas que puedan crearse por una sola voluntad.

3. Clases de partición

Tradicionalmente se distingue entre la partición judicial y la extrajudicial y, dentro de esta última, la realizada por el testador, por albacea o contador partidor, por los coherederos, o por tercero o árbitro. Asimismo, puede ser total o parcial.

1) Respecto de la partición realizada por el causante si es total, es decir, si comprende la totalidad de la herencia, excluye la comunidad hereditaria. No así si es parcial, es decir, respecto de parte del caudal o de bienes o derechos concretos y determinados. Ésta partición atribuye directamente los bienes a los herederos, aunque sea por cuotas. Si la atribución es por

⁵¹ Ob cit. pág. 176.

cuotas nos encontraremos con comunidades ordinarias entre todos o algunos de los coherederos sobre bienes y derechos concretos.

Señala el art. 464-4 en el número 1 que el causante puede establecer reglas vinculantes para la partición. Estas reglas, como vimos anteriormente, deben ser respetadas tanto por el contador-partidor o albacea, como por los herederos, árbitro o por autoridad judicial, sin perjuicio de que los herederos, de acuerdo con su capacidad negocial realicen una vez efectuada la partición los actos dispositivos sobre los bienes que estimen pertinentes.

La partición se puede llevar a cabo por acto de última voluntad, o inter vivos, en cuyo caso, como señaló la STS de 1 de septiembre de 1.997, puede realizarse en documento público, privado o incluso verbalmente. Señala en este sentido el número 2 del art. 464-4 que si el causante hace la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y existe contradicción entre las cláusulas de la partición y las de disposición, prevalecen las primeras. Por el contrario si la partición se hace en un acto separado, prevalecen las cláusulas dispositivas, salvo que sean revocables y puedan ser revocadas efectivamente por el acto que contiene las cláusulas particionales. Este precepto tiene en cuenta que la comunidad puede devenir de una sucesión testada o intestada, pero también de una sucesión contractual, en cuyo caso la modificación del pacto sucesorio debe hacerse de mutuo acuerdo (art. 431-12), salvo que nos encontremos ante alguna de las causas tasadas legalmente en que cabe la revocación por voluntad unilateral (art. 431-14). Sería una burla del pacto el que el causante, a través de la partición, modificase los compromisos asumidos.

Finalmente, la partición efectuada por el causante no es susceptible de ser rescindida por lesión, salvo que el mismo haya manifestado, o sea presumible de forma clara, su voluntad contraria (art. 464-13.2). Ello no es más que una consecuencia del principio de libertad de testar, que sólo cede ante una voluntad clara en favor de la igualdad de las atribuciones.

2) El causante puede designar otras personas para que lleven a término la partición. Tanto el art. 55 del CS como el art. 464-5 se refieren a un albacea o a un contador partidor, los cuales han de actuar de acuerdo con las reglas establecidas por el causante y, en lo no previsto, de acuerdo con la Ley. Esto supone que el albacea particular sólo puede realizar la partición si se le ha encomendado expresamente por el causante (art. 429-12.3) y que el albacea universal lo debe ser de «entrega directa del remanente de bienes» y no «de realización de herencia», pues es al primero al que corresponde, con arreglo al art. 429-10, letra f), practicar la partición de la herencia en defecto de contador partidor.

El albacea o el contador-partidor deben sujetarse a la hora de partir a las reglas vinculantes impuestas por el causante. Pueden ser removidos en cualquier momento por los herederos salvo que el causante haya dispuesto expresamente lo contrario.

Desaparece la posibilidad, recogida en el art. 56 del CS, de designación judicial del contador partidor, siempre que lo soliciten los herederos y legatarios que representen la mitad del caudal. Este precepto exige la aprobación judicial de dicha partición salvo que sea ratificada por todos los herederos y legatarios. En realidad esta posibilidad desaparece simplemente por la mayor capacidad que se da en la nueva regulación a la intervención judicial a petición de los herederos, por lo que se hubiese convertido en una norma restrictiva. Así, como hemos visto, aunque haya una prohibición o un pacto de indivisión, el juez, a instancia de cualquier coheredero, puede autorizar la partición o un anticipo parcial en bienes de la herencia o en dinero aunque no haya, si sobreviniere una causa justa. Además, como luego veremos, si los herederos no llegan a un acuerdo para hacer la partición ni procede hacerla de otra forma, cualquiera de ellos puede instar la partición judicial.

3) En defecto de los supuestos anteriores, la partición deben hacerla los propios herederos de común acuerdo (art. 464-6.1). Los coherederos pueden prescindir con dicha unanimidad de las disposiciones particionales establecidas por el causante, e incluso pueden considerar como operación particional del causante los prelegados y prescindir de ellos, siempre que el causante no lo prohíba. Como hemos visto anteriormente, no es que los herederos estén dejando sin efecto la partición efectuada por el causante, sino que pueden hacer a continuación de aquélla una novación o transacción especial y distinta de la partición. También pueden prescindir del contador partidor nombrado por el causante por acuerdo unánime, salvo que éste haya dispuesto expresamente lo contrario (art. 464-6.2). Los herederos deben ajustarse en la partición a las reglas vinculantes establecidas por el causante.

Los coherederos pueden hacer la partición provisional de la herencia, a todos los efectos legales, adjudicando bienes concretos y dejando pendiente la adjudicación de otros bienes o la compensación en metálico de los excesos. Mientras esta adjudicación o compensación no se produzca, la partición definitiva queda aplazada (art. 464-6.3).

4) Los herederos de común acuerdo pueden encargar la partición a un tercero o que éste resuelva las controversias que surjan, incluso las relativas a las legítimas. Este arbitraje puede incluso establecerse por el propio causante en testamento, en previsión de que los herederos no lleguen a un acuerdo. Se recogen ambas posibilidades en el nuevo art. 464-7.1. En

consecuencia, el arbitraje establecido por el causante tiene un carácter preventivo, no impositivo. La Ley reguladora del Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), solo admite en su art. 10 la validez del arbitraje impuesto por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o entre legatarios por cuestiones relativas a la administración o distribución de la herencia. En Derecho común esto tendrá trascendencia para los legitimarios, pero no en Derecho catalán, dado que todos los herederos testamentarios son siempre no forzosos.

5) Por último, a falta de las posibilidades anteriores y si los coherederos no se entienden entre ellos acerca de cómo efectuar la partición, cualquiera de ellos podrá instar la partición judicial (art. 464-7.2), a través del procedimiento que regulan los arts. 782 y siguientes de la LEC.

4. Las operaciones particionales: responsabilidad por evicción, vicios ocultos y lesión

Las operaciones particionales comienzan con el inventario y avalúo de los bienes. Especialmente son importantes el asesoramiento notarial y el control registral respecto de la valoración de los bienes de modo que no se produzcan situaciones de indefensión derivadas de posibles conflictos de intereses. En este sentido, la RDGRN de 11 de mayo de 1.998⁵² señaló que hay contradicción de intereses cuando un heredero representa a otro sin adjudicación pro indiviso. Además el negocio jurídico particional debe tomarse como un todo, por lo que la existencia de posibles conflictos de intereses debe apreciarse con relación al conjunto del patrimonio objeto de aquél y no solo respecto de bienes concretos.

Las operaciones particionales se refieren, como antes hemos visto al tratar de la comunidad hereditaria, al activo del patrimonio relicto, no a las deudas, las cuales han quedado ya divididas en la fase de comunidad entre

⁵² Señala esta resolución que, si bien es cierto que el tema de si puede el representante actuar cuando existe contraposición de intereses con su representado no está específicamente contemplado en el CC, es un tema ampliamente debatido por la doctrina y la jurisprudencia, que llegan a la conclusión de que, la regla general es la de que el representante no puede actuar en este supuesto y únicamente lo puede hacer cuando esté expresamente autorizado para ello, o esté autorizado para el acto específico donde existe dicha contraposición, o bien, por la forma de actuar del representado (v.gr., cuando en una partición de herencia se adjudican a los herederos e proporción a sus cuotas hereditarias todos los bienes que componen la misma), resulta haberse resuelto con imparcialidad dicha representación. El hecho de que el recurso se restrinja a una sola de las fincas que se adjudica por partes iguales indivisas, respecto de la cual no habría problema, no salva la contraprestación de intereses, pues no todos los bienes de la partición se adjudican en la misma forma, y es el negocio jurídico particional en su conjunto el que ha de calificar el registrador».

los coherederos en proporción a sus cuotas y sin solidaridad entre ellos. El art. 464-16.1 señala que la partición de la herencia no modifica el régimen de responsabilidad de los coherederos establecido en el art. 463-1. Añade el número siguiente que *«El coheredero que antes de la partición haya pagado más de lo que le correspondía, según su cuota, puede reclamar a los demás el importe que les corresponda. La acción de repetición prescribe a los tres años de la partición»*.

Si algún heredero fuese acreedor del difunto no se extingue la deuda por confusión, sino que, como establece el art. 464-16.3, puede reclamar a los demás el pago de su crédito, en la parte que corresponda a cada uno de ellos, una vez deducida la parte que le corresponda como heredero.

Las operaciones particionales terminan con las adjudicaciones a los distintos herederos de bienes o lotes, de acuerdo con la respectiva cuota, debiéndose guardar la igualdad en la medida de lo posible (art. 464-8).

A partir de este momento la titularidad sobre un patrimonio se convierte en titularidad sobre bienes concretos (señala el art. 464-10 que por la partición, cada coheredero adquiere la titularidad exclusiva de los bienes y derechos adjudicados). El art. 464-8.2 contempla que las cosas indivisibles o que desmerezcan con su división, así como las colecciones de interés histórico, científico, artístico o documental se adjudiquen de acuerdo con las complejas reglas del art. 552-11, salvo voluntad contraria del causante o acuerdo unánime de los coherederos. Este último precepto establece que el objeto de la comunidad, si es indivisible, o desmerece notablemente al dividirse, o es una colección que integra el patrimonio artístico, bibliográfico o documental, se adjudicará al cotitular que tenga interés en el mismo. Si existen más de uno, al que tenga participación mayor. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte. El adjudicatario debe pagar a los demás el valor pericial de su participación, que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación. Si ningún cotitular tiene interés, se vende y se reparte el precio.

La aplicación de las normas sobre comunidad produce también especiales consecuencias en el caso de bienes sujetos al régimen de propiedad horizontal, pues si el bien es susceptible de adoptar este régimen, podrán adjudicarse los elementos privativos de forma proporcional a los derechos en la comunidad y compensando en metálico los excesos, que no tienen en ningún caso la consideración de excesos de adjudicación, distribuyéndose proporcionalmente las obras y gastos necesarios. Debemos considerar que el concepto de propiedad horizontal excede del de edificio, y en este sentido se manifiesta el art. 553-2 que al regular el objeto de la propiedad horizontal se extiende a los espacios físicos susceptibles de independencia funcional y de atribución exclusiva a diferentes propietarios, con elementos comunes,

necesarios para el uso y goce adecuado de los privativos, cuya propiedad les queda adscrita de modo inseparable. Podríamos considerar que el régimen de propiedad horizontal y, por ello, la partición de la herencia, puede alcanzar a objetos no inmobiliarios en los cuales puedan distinguirse elementos comunes y privativos, pudiendo carecer dichos elementos de sustancia física y constituir una mera idea intelectual. La posibilidad de que los elementos comunes sean meras obligaciones o limitaciones se admite en el art. 553-56 relativo a la propiedad horizontal por parcelas. Lo esencial es que lo común sea requisito necesario para el adecuado aprovechamiento de lo privativo, lo cual implicaría que el concepto de propiedad horizontal podría traspasar lo material.

El art. 552-10.4 establece que no puede pedirse la división cuando el objeto sobre el que recae la comunidad es una nave o un local que se destina a plazas de aparcamiento o a trasteros de modo que cada titular tiene el uso de una o más plazas, salvo que se acuerde previamente modificar su uso y ello sea posible. En este caso, si la modificación del uso no es posible la división del caudal debe realizarse a través de la adjudicación concreta de plazas o trasteros.

Por otra parte, la partición no puede ser una vía de incumplimiento de la normativa de carácter imperativo, por lo que se deben respetar los límites a la propiedad en interés público y privado y, en particular la legislación urbanística, forestal y agraria, incluido el régimen de las unidades mínimas de cultivo (art. 464-8.3). Se sigue en este precepto el criterio sentado por diversas resoluciones de la DGRN (como la de 17 de febrero de 1.999),⁵³ las cuales señalaron que el hecho de que la adjudicación fuese resultado de un proceso judicial no permitía eludir la normativa sectorial.

En cuanto a los créditos y rentas, el art. 464-12 señala que si se adjudica a un coheredero un crédito contra un tercero, los demás solo responden de la insolvencia de éste en el momento de hacerse la partición, salvo pacto en contrario. Si se adjudica una renta periódica, la garantía de la solvencia del deudor dura tres años desde la partición, también salvo pacto en contrario. Señala el art. 464-9.2 que los gastos que la partición genere en interés común de los herederos deben deducirse de la herencia.

Por lo que respecta a la eficacia de la partición, la adjudicación de los bienes comporta la extinción de la comunidad y la adquisición por parte de

⁵³ El supuesto de hecho de esta resolución se refiere a un sentencia judicial firme, la cual decide sobre la autenticidad de un documento privado de segregación y venta. Concluye la DGRN que «el genérico deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales no permite obviar exigencias legales añadidas que debieron observar en su día los contratantes, cuando sobre dicha exigencia no se discute en el procedimiento seguido ni hay pronunciamiento alguno de la propia sentencia».

cada uno de la propiedad exclusiva o por cuotas de los bienes adjudicados. No obstante, nacen en este momento una serie de obligaciones de unos herederos respecto de otros, y así, con arreglo al art. 464-11.1, existe una obligación de saneamiento por vicios ocultos y evicción de los bienes adjudicados, recíproca y proporcional al haber de cada heredero, salvo que la partición haya sido hecha por el causante y el testamento no disponga lo contrario o permita presumirlo de manera clara, los coherederos hayan eliminado expresamente esta obligación o renuncien a la misma, o la evicción proceda de una causa posterior a la partición o la sufra el coheredero adjudicatario por culpa propia.

En caso de saneamiento por vicios ocultos, el adjudicatario tiene derecho a ser compensado en dinero por la diferencia entre el valor de adjudicación del bien y el valor que efectivamente tenía debido al vicio (art. 464-11.2).

En caso de evicción la acción prescribe a los tres años contados desde la privación del bien al adjudicatario por sentencia firme y si el saneamiento es por vicios ocultos, la acción sólo puede ejercitarse, salvo pacto en contrario, si el vicio aparece dentro de los seis meses siguientes a la adjudicación del bien, y prescribe a los tres años contados desde la aparición (art. 464-11.3).

Puede resultar que la partición no comprenda la totalidad de los bienes, por ignorancia de los herederos u otra causa. En la práctica son muy frecuentes las adiciones de inventario. En este caso se respeta la validez de la partición ya efectuada, si bien será necesario complementar la misma con los nuevos bienes inventariados y evaluados (el art. 464-15.1 prevé que la partición se complemente con la adición del bien omitido). No obstante, la sentencia del TS de 7 de enero de 1.975 consideró nula la partición en los casos de omisión de bienes importantes o en la que no se computaron los bienes donados por el causante. Por su parte, la de 25 de febrero de 1.966 consideró nula, por ausencia o ilicitud de la causa, la partición realizada con ocultación deliberada de bienes hereditarios.

La partición puede adolecer de otra serie de imperfecciones, derivadas de los intervinientes. Podríamos considerar cuatro clases de problemas:

- a) Partición hecha con alguien a quien se creía heredero y no lo era. La nueva regulación cambia el criterio, pues frente a la nulidad sancionada por la normativa anterior (art. 60 CS), el nuevo art. 464-15, número 2, se decanta por la adición de su parte a la del resto de los coherederos en proporción a sus cuotas, si bien la mayoría, según el valor de dichas cuotas, pueden acordar dejar la partición sin efecto, para que la misma se vuelva a practicar. La LH prevé la situación del heredero aparente en el art. 28, suspendiendo los efectos de la fe pública registral respecto de herederos no forzosos

durante el plazo de dos años contados desde la muerte del causante, en previsión de que algún heredero finalmente no lo sea, punto éste que abordaremos en el último apartado de este trabajo.

- b) La partición hecha con omisión involuntaria de algún heredero. El heredero puede aceptar la herencia en el plazo de treinta años (el art. 461-12.1, señala que el derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia caduca a los treinta años de la muerte del causante). Distinto de este plazo es el de petición de la herencia, el cual, con arreglo al art. 465-1.3 es imprescriptible. Por tanto, todo heredero aceptante en el plazo legal puede reclamar en cualquier tiempo su parte de los coherederos. Si la omisión de un heredero en la partición es voluntaria la misma será nula, como señaló la Sentencia del TS de 2 de noviembre de 1.957. Por el contrario si esta omisión es involuntaria, el art. 464-14.2 prevé la rectificación, la cual se llevará a cabo abonando los coherederos que han intervenido en la partición al omitido la parte que proporcionalmente le corresponda.
- c) La partición en que se produzca lesión para alguno de los herederos, concretamente, la denominada lesión «ultra dimidium», que implica una adjudicación a un heredero notablemente inferior a la que le correspondería. El art. 59 del CS cifra la lesión en más de la mitad, lo cual recoge el nuevo art. 464-13.1, a cuyo tenor «La partición puede rescindirse por causa de lesión en más de la mitad del valor del conjunto de los bienes adjudicados al coheredero, con relación a su cuota hereditaria, dado el valor de los bienes en el momento en que se adjudican». Añade el art. 464-14.1 que «Los coherederos demandados en ejercicio de un acción de rescisión pueden evitarla si rectifican la partición abonando al perjudicado, en dinero, el valor lesivo, más los intereses contados desde la fecha de la partición». La acción de rescisión caduca a los cuatro años de la fecha de la partición y debe dirigirse contra todos los coherederos (art. 564-13.3).
- d) La partición en que no están debidamente representados los herederos, especialmente los menores e incapacitados. Debe equipararse a los supuestos de partición hecha con omisión de algún heredero. No obstante la sentencia del TS de 13 de octubre de 1.960 consideró anulable, en lugar de nula, la partición efectuada sin una adecuada representación del menor de edad.

5. Personas que deben intervenir en la partición

En principio, como comunidad de herederos que es, en su extinción deben intervenir los herederos y sólo los herederos. Sin embargo, esta regla tiene excepciones, pues no todos los herederos tienen que intervenir pues como hemos visto los herederos instituidos ex re certa tienen la consideración de legatarios. Asimismo, hemos visto como también los herederos instituidos bajo condición suspensiva no tienen porqué intervenir en la partición para que la misma sea válida ni pueden retrasar la práctica de la misma, aunque se les reconozca el derecho de intervenir.

Desde el lado contrario, debemos plantear la posibilidad de que personas que no tienen la cualidad de herederos deban intervenir en la partición. Plantearemos los siguientes supuestos:

a) Legatarios: La existencia de legados obliga a su cumplimiento, bien sea por los albaceas (al albacea universal de realización de herencia le corresponde con arreglo al art. 429-9.1, letra e), el cumplimiento de los legados), bien sea por el administrador de la herencia nombrado por el causante o por el juez, o bien sea por los herederos. Como señala el art. 427-18 una vez deferido el legado y vencido el plazo o terminada, si procede, la razón legal de demora, la persona gravada debe entregar la cosa o el derecho real objeto del legado si este tiene eficacia real, o debe cumplir las obligaciones que el legado le impone si tiene eficacia obligacional.

El legatario dispone, con arreglo al art. 427-22, de acción contra la persona gravada para reclamar la entrega o el cumplimiento del legado exigible y, si procede contra la persona facultada para cumplir los legados. Si el legado tiene carácter real también podrá reivindicar la cosa contra cualquier poseedor.

A nivel registral, el legatario con derecho real no puede solicitar la anotación preventiva de derecho hereditario pues no tiene un derecho en abstracto sino un derecho sobre un bien concreto por lo que lo que procede es la anotación preventiva de legado (art. 47 LH). Si el legado es obligacional y convertible en genero o cantidad, podrá pedir la anotación preventiva de su valor dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del testador, sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia, bastantes para cubrirlo, siempre que no hubieren sido legados especialmente a otros (art. 48 LH).

De todo lo expuesto se deduce que los legatarios, ya sean con derecho real ya lo sean de carácter obligacional, no tienen derecho a intervenir en la partición, pues no poseen un derecho frente a la totalidad de los herederos sino exclusivamente frente al gravado y sin que la partición pueda perjudicar su derecho, pues los bienes legados no forman parte de la comunidad hereditaria.

b) Legatarios de parte alícuota: La LEC señala en su art. 782.1 que «Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidador designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial». Sin embargo, este precepto, en principio, no es aplicable a la legislación catalana pues, como señala el art. 427-36, el legado de parte alícuota tiene el carácter de legado de eficacia obligacional y atribuye al legatario el derecho que le sean adjudicados bienes del activo hereditario líquido por el valor correspondiente a la parte alícuota fijada por el causante, salvo que el heredero opte por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia. Además, este legatario no responde como deudor de las obligaciones y las cargas hereditarias. Parece pues que este legatario no podrá pedir la anotación preventiva de derecho hereditario, sino la de legado de género o cantidad.

El legatario de parte alícuota debe serlo de una parte matemática de la herencia. Por ello si aparecen bienes o deudas de la herencia después de pagado el legado, se debe adecuar el mismo al verdadero valor del caudal hereditario (art. 427-36.3). Nunca puede ser considerado como legado de parte alícuota aquel que, multiplicado por un número, no dé el total caudal relicto. Así, en el Seminario de los Registradores de Cataluña se planteó en noviembre de 2.008 el caso de un legado de la mitad de la nuda propiedad de toda la herencia a favor de dos hijos del testador: en este caso, el Notario consideró que nos encontrábamos ante un legado de parte alícuota y por ello bastaba la comparecencia del heredero a quien se instituía en el usufructo de la totalidad y en la mitad de la nuda propiedad, el cual se reservaba el derecho de satisfacer en metálico la parte de los legatarios. Sin embargo, la nuda propiedad nunca puede ser una parte alícuota de la herencia (a salvo claro el supuesto de que el patrimonio hereditario esté constituido solo por la nuda propiedad). Se consideró en el Seminario que más bien había un acto particional del causante, por lo que era necesaria la intervención de los legatarios de la nuda propiedad de la mitad a los efectos de realizar el inventario y avalúo de los bienes.⁵⁴

⁵⁴ La RDGDiEJ de 14 de enero de 2.009 ha resuelto este caso considerado que la regulación de los legados en el CS (pues el causante había fallecido antes de la entrada en vigor de la nueva regulación) distingue los legados de eficacia real y los de eficacia obligacional (art. 253). Su diferencia consiste en el hecho de que los primeros transmiten al legatario la propiedad de los bienes legados desde la muerte del testador mientras que los segundos confieren al legatario un derecho de crédito contra el obligado a su pago (art. 267). Esta diferencia justifica un diferente trato registral, pues los de eficacia real permiten al legatario la anotación preventiva de su derecho sobre los bienes legados (art. 47 de la LH) e impiden al heredero inscribir estos bienes a su favor (art. 151 del RH). Por el contrario, los legados de eficacia obligacional permiten a sus titulares pedir la anotación preventiva de su derecho sobre todos los bienes hereditarios, fijándose un plazo de 180 días desde la muerte del causante en que los herederos no pueden inscribir los bienes hereditarios

c) Legado de usufructo: Si el legado de usufructo es de un bien concreto, el mismo tendrá el carácter de real, por lo que el beneficiado puede solicitar la anotación preventiva de legado sobre el bien específicamente legado, sin que tenga derecho a intervenir en la partición, sino sólo a exigir su entrega. Si el legado es de carácter universal, el legado tiene eficacia real pero sobre la totalidad de la herencia, salvo que el causante lo haya ordenado con eficacia obligacional (art. 427-34.1). Si tiene carácter real se extiende a la totalidad de los bienes relictos, salvo los que hayan sido objeto de donación por causa de muerte, lo cual supone que este usufructuario debe intervenir en la partición de los bienes a los efectos de determinar la extensión de su derecho.

d) Acreedores de la herencia: El art. 464-3 solo reconoce a los acreedores de la herencia el derecho a oponerse a que se haga la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Por tanto, la partición puede hacerse sin su concurso. La oposición deberá hacerse vía judicial, en cuyo caso podrán anotar preventivamente en el Registro la interposición de la demanda, de acuerdo con lo previsto en el art. 42.1 de la LH, dado los efectos que dicha demanda puede tener sobre la titularidad de los bienes o sobre la constitución de garantías reales sobre los mismos. Esta anotación no cierra el Registro a la partición realizada con la oposición de los acreedores, pero la misma quedará sujeta a las resultas del procedimiento judicial. La legislación catalana aumenta la protección de los acreedores frente a la estatal, que en el art. 782 de la LEC distingue dos clases: los que sean reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos, o tengan su derecho documentado en un título ejecutivo, los cuales sí pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos, y el resto de los acreedores, que no pueden ni instar la división ni suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia, sin perjuicio de que puedan ejercer las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos. La legislación catalana coloca en igual posición a todos los acreedores, los cuales, para oponerse, deberán

a su favor (arts. 48 y 49 de la LH). En la interpretación del testamento debe atenderse a la verdadera voluntad del testador, sin tener que sujetarse necesariamente al significado literal de las palabras empleadas (art. 110 del CS). En consecuencia, para calificar un legado como de eficacia real u obligacional, se habrá de interpretar, en primer lugar, cual era la voluntad del testador. En el caso objeto del recurso hay indicios suficientes para considerar que el causante ha querido atribuir a sus hijos legatarios algo más que un legado de parte alícuota con eficacia obligacional pues el legado no lo es de una parte indivisa de la herencia sino de una parte indivisa de la nuda propiedad (concretamente de la mitad de la nuda propiedad), lo cual introduce una distribución o desmembramiento en el dominio de los bienes hereditarios. Eso supone que el causante ha querido la concurrencia de los legatarios con la heredera respecto de los bienes hereditarios.

deducir su petición en el juicio declarativo que corresponda en cualquier momento antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada coheredero (art. 782,2 y 3 de la LEC).

e) Acreedores de los herederos: El art. 461-7 señala que la repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores del heredero no puede oponerse a éstos, quienes pueden cobrar los créditos de fecha anterior a la repudiación sobre los bienes de la herencia o sobre la cuota de la herencia repudiada si faltan otros recursos para cobrarlos. Al tener en este caso los acreedores del heredero repudiante un derecho a perseguir los bienes hereditarios, su posición debe equipararse a la de los acreedores del causante, por lo que podrían oponerse a la partición en tanto sus créditos no sean pagados o afianzados. No obstante, el número 5 del art. 782 de la LEC les permite intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. La partición realizada sin dicho concurso será válida.

f) Cesionarios de los herederos: Como hemos visto, el art. 463-6.1 señala que cada coheredero puede disponer de su cuota hereditaria. En este caso el cesionario se subroga en la posición jurídica del heredero, por lo que puede instar la partición y debe necesariamente intervenir en ella. El artículo 46 de la LH le permite promover la anotación preventiva de su derecho (que no es otro que el derecho hereditario del cedente), pues con carácter amplio admite que la anotación sea solicitada por cualquiera que tenga un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar.

g) Cónyuge o conviviente en unión estable de pareja del causante: En la sucesión testada o en la contractual, el cónyuge o el conviviente sólo gozan del derecho a la cuarta viudal en las condiciones que determina el art. 452-1, derecho que confiere únicamente una acción personal contra los herederos del causante, los cuales pueden pagar esta derecho en dinero o en bienes de la herencia (art. 452-4). En la sucesión intestada, tienen derecho al usufructo universal de la herencia si concurren con hijos del causante o descendientes de éstos, si bien pueden ejercer la opción de conmutación (que se concreta en la atribución de la cuarta parte alícuota de la herencia y, además, el usufructo de la vivienda conyugal o familiar), en cuyo caso se puede pagar el equivalente en bienes de la herencia o en dinero a elección de los herederos. Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiende al cónyuge viudo o al conviviente (arts. 442-5 y 6).

En base a las anteriores consideraciones, el cónyuge o el conviviente solo deben intervenir en la partición en el caso de sucesión intestada y, aun en este caso, solo en el supuesto de que no opten por la conmutación, pues a falta de la misma su posición será la de un usufructuario universal.

VII.COMUNIDAD HEREDITARIA, PARTICIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA CALIFICACIÓN Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL

Poníamos de relieve en la introducción de este trabajo, como el primer punto conflictivo a la hora de precisar la existencia de una comunidad hereditaria se producía a la hora de determinar la ley aplicable a la sucesión. Es este un tema que no está exento de polémica, pues existe la creencia infundada de que si el causante residía en Cataluña y/o el testamento estaba otorgado en Cataluña, la ley aplicable sería la catalana. Sin embargo, el art. 9.8 del CC establece como criterio determinante la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento,⁵⁵ siendo la norma de cierre del sistema la contenida en el art. 14.6, en base a la cual se presume que la vecindad en último término es la del lugar de nacimiento. Por ello no puede quedar sujeta la determinación de la ley aplicable a la mera manifestación del compareciente o comparecientes, pues por esta vía se podrían atribuir como propios derechos hereditarios en perjuicio de legitimarios no intervinientes. Así, en materia de «actas notariales de declaración de herederos abintestato», el art. 209 bis.5 del RN impone al notario la obligación de practicar las pruebas que estime oportunas y en especial las dirigidas a acreditar la nacionalidad y la vecindad civil. Igual prevención debería tenerse en testamentos o contratos sucesorios. Asimismo la reciente sentencia del TS de 20 de mayo de 2.008 anula el art. 161 de dicho Reglamento. Señala el Alto Tribunal que «la presunción de conexión del lugar del otorgamiento del documento público con la acreditación de una determinada vecindad civil es contraria a las previsiones del art. 14 del CC, sin que guarde relación alguna con las formas de adquisición de una concreta vecindad civil, que tampoco resulta de la simple manifestación del interesado».⁵⁶

Pero es que, además, en el Registro, como señaló la RDGRN de 21 de febrero de 1.992, no pueden ingresar derechos que en última instancia basen su existencia en la mera manifestación de quien los alega.⁵⁷ Un

⁵⁵ Establece el art. 9.8 del CC que «la sucesión por causa de muerte se regirá por La ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren». Por su parte el art. 14, tras establecer en su número 1 que la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determinará por la vecindad civil, sienta en los números siguientes los criterios para determinar la vecindad civil, los cuales comienzan por la filiación, finalizando con la presunción de que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento».

⁵⁶ Esta sentencia resuelve un recurso presentado por el Colegio Nacional de Registradores de la propiedad y mercantiles de España.

⁵⁷ Señala esta Resolución que «La única cuestión a debatir en el presente recurso es la de decidir si a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la respectiva partición, es suficiente para la determinación de los que son llamados a una herencia por

ejemplo muy frecuente en Cataluña es el nombramiento como heredero del cónyuge, legando las legítimas a los hijos. En este supuesto, si la ley aplicable es la catalana, no existirá comunidad hereditaria, pero sí que existiría si fuese aplicable el CC. Por ello, la declaración del cónyuge debe ser contrastada, bien sea por la declaración de los legitimarios o por otra clase de prueba fehaciente.

Comentando la sentencia del TS antes indicadas, Delgado Ramos⁵⁸ entiende que la vecindad civil, por su relevancia, debe en todo caso expresarse por cada otorgante, que ha de asumir la responsabilidad que le incumbe por tal afirmación. No cabe presumir que por su silencio esté alegando la vecindad civil del lugar de otorgamiento, pues no hay norma que haga tal presunción. A los efectos de la calificación registral no debe bastar esta mera alegación sino que este extremo ha de acreditarse, por lo menos en aquellos casos en los que la sujeción a una u otra vecindad cambia por completo la legislación que ha de ser aplicada por el registrador en su calificación.⁵⁹ La cuestión más compleja se centra en la forma en que haya de hacerse tal acreditación. Nos recuerda el propio Tribunal Supremo

vía de sustitución cuando no aparecen designados nominativamente, la sola manifestación hecha ante el Notario por quienes alegan ser sustitutos y por otros comparecientes, o, si por el contrario, se precisa, como sostiene el Registrador en su nota, prueba fehaciente de tal extremo. La sola consideración de la inseguridad que provocaría la tesis mantenida por el Notario recurrente en orden a la firmeza de la partición de este modo realizada, así como la evidente inadmisión en la esfera registral (regida por el principio de titulación fehaciente del hecho o acto inscribible) de un pretendido medio de prueba que se reduce a las manifestaciones de quienes invocan la condición debatida, bastaría para la desestimación del recurso».

⁵⁸ Comentario publicado en la página web notariosyregistradores.com

⁵⁹ Señala DELGADO RAMOS como en una transmisión o adquisición intervivos efectuada por personas mayores de 18 años, la determinación de cuál sea la vecindad civil del transmitente o adquirente tiene menor relevancia, pues por mandato constitucional todos los españoles son mayores de edad a los 18 años, por lo que en principio, tienen plena capacidad negocial, si no ha sido expresamente restringida. En cambio, en las transmisiones mortis causa, como la ley aplicable es la de la vecindad civil del causante, que rige todos los extremos de la sucesión, y entre ellos, y de modo destacado, el régimen de legítimas, la acreditación de la vecindad civil es determinante y decisiva. No tendría sentido que sea el interesado (testador o heredero) el que simplemente alegue cuál es la vecindad civil del causante, y por tanto, la legislación aplicable, y simplemente por ello el registrador proceda ciegamente a aplicar tal legislación con exclusión de otras, pues ello podría fácilmente encubrir un fraude a los derechos de los legitimarios. Tampoco tiene sentido que cuando una persona fallece intestada y se insta ante el notario la declaración de quienes son sus herederos abintestato, el notario aplique sin más la legislación sucesoria que le alegue el requirente. Así como ha de comprobar documentalmente los hechos relativos a la situación familiar del fallecido, habrá de comprobar también cuál es la legislación aplicable antes de aplicarla y declarar unos herederos y no otros. Lo contrario no sería más que una absoluta incongruencia y privaría de credibilidad al pronunciamiento notarial.

como habremos de acudir a la regulación legal de la materia en los artículos 14 y siguientes del CC.⁶⁰

Continuando con la incidencia de la comunidad hereditaria en el plano registral, el hecho de que la misma recaiga sobre un patrimonio influye indudablemente en el ámbito tabular pues, por definición, el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1 LH). El derecho que un coheredero tiene sobre los bienes de la herencia se denomina derecho hereditario «in abstracto», el cual implica una cotitularidad sobre un patrimonio. Esta titularidad es distinta de la cualidad de heredero, pues puede cederse y anotarse preventivamente y representa simplemente la situación de comunero en una comunidad universal.

Es cierto que el Registro no es totalmente ajeno a la idea de patrimonio y así, los arts. 386 y siguientes del RH regulan el Libro de Incapacitados. Concretamente el art. 388 señala que si la persona contra quien se hubiere expedido la ejecutoria o el mandamiento judicial no tuviere bienes, se deberá extender el asiento correspondiente en el Libro de Incapacitados respecto de los bienes que pudiere adquirir en lo sucesivo. Asimismo el art. 24.4 de la Ley Concursal establece que si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se anotarán preventivamente en el folio abierto a cada uno de ellos la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, con expresión de su fecha, así como el nombramiento de los administradores concursales.

La protección del derecho hereditario se realiza a través del mecanismo de las anotaciones preventivas, es decir, a través de asientos de carácter temporal que pretenden atender a situaciones transitorias y ello dado que el derecho del comunero es un derecho en abstracto de carácter temporal, si bien esta temporalidad es indeterminada. Así, señala el art. 46 de la LH que «El derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia

⁶⁰ El modo más sencillo de resolver la cuestión es la comparecencia en el documento de atribución de los bienes de los legitimarios, que son los perjudicados por la aplicación de una ley restrictiva en cuanto a la amplitud de las legítimas. A falta de dicha comparecencia las pruebas deberían ser documentales, como los empadronamientos durante los plazos de dos o diez años marcados por el CC como criterios temporales de adquisición de una determinada vecindad, acompañados de los certificados del Registro Civil acreditativos de que se ha hecho la opción por el cambio de vecindad o de que, por transcurso de diez años de residencia, no se ha efectuado ninguna declaración en favor de mantener la vecindad previa. También podría utilizarse el acta de notoriedad en la que el Notario, en base a las pruebas aportadas, considerase acreditada una determinada vecindad civil.

o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trata de anotar. El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación».

Inicialmente, se admitió la constatación del derecho hereditario mediante un asiento de inscripción, ya que así se sostuvo por diversas resoluciones de la DGRN, como las de 25 de febrero de 1.888 y 14 de diciembre de 1.894, las cuales sostuvieron que el Registro debía ser un fiel reflejo de la realidad jurídica, por lo cual esta situación de indivisión debería de poder proyectarse en las correspondientes hojas registrales. Esta doctrina cristalizó en el artículo 71.3 del RH de 1.915, debiéndose expresar en la inscripciones de los distintos bienes integrantes del caudal relicto la parte que a cada heredero correspondiese en el patrimonio hereditario. Chico Ortiz⁶¹ pone de relieve como esta solución supuso la inaplicación de ciertos principios hipotecarios, como los de especialidad, prioridad y fe pública, pero sin embargo facilitó el cumplimiento del principio de tracto sucesivo y servía de base para que pudiesen inscribirse a continuación los actos dispositivos otorgados por los herederos, sin necesidad de practicar la partición. En la práctica comenzaron a inscribirse transmisiones individuales de bienes concretos por herederos individuales, lo cual contradecía la esencia de la comunidad hereditaria. Por ello, la LH de 1.944-1946 adopta la fórmula de la anotación preventiva. La solución tampoco ha sido satisfactoria, pues esta anotación podría configurarse como de las de simple publicidad, y lo cierto es que, como anticipó la doctrina más reputada, su falta de eficacia acabaría reflejándose a través de su práctica desaparición de la vida registral.

Con arreglo al art. 209 del RH la anotación preventiva de derecho hereditario se cancelará:

- 1) Cuando se haya practicado la partición de la herencia en los términos expresados en el art. 83 o cuando la finca o derecho anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos.
- 2) Por el transcurso de cuatro años, u ocho en caso de prórroga, desde su fecha.

Al cancelarse la anotación preventiva de derecho hereditario deben cancelarse las demás anotaciones que de ella traigan causa, cualquiera que sea su origen.

⁶¹ José María CHICO ORTIZ, «Estudios sobre derecho hipotecario», tomo II, cuarta edición, Marcial Pons, Págs. 1.225 y siguientes.

Una vez fallecido el causante corresponde a los herederos asumir su posición en los procedimientos judiciales o administrativos abiertos contra el mismo, pero puede suceder que los herederos sean indeterminados, o aun siendo determinados no hayan aceptado la herencia. El RH prevé esta situación en el art. 166, distinguiendo tres posibilidades:

- a) Herencia yacente: Establece el número 1 del citado artículo que «Si se pidiese anotación preventiva de embargo en procedimientos seguidos contra herederos indeterminados del deudor, por responsabilidades del mismo, se expresará la fecha de fallecimiento de éste». Este supuesto parece que no sería aplicable en Cataluña cuando ya hubiese aceptado al menos uno de los coherederos, aunque no lo hubiere hecho el resto, dada la administración y defensa del caudal que se encomienda al o a los aceptantes. La DGRN, en reiteradas resoluciones, exige el nombramiento de un administrador de la herencia, de conformidad con los arts. 791 y siguientes de la LEC. Así la resolución de 6 de octubre de 2.007 señala que «no cabe entender que la herencia, siendo ignorados los llamados a aceptarla, como masa patrimonial carente transitoriamente de titular, haya sido parte en el proceso, al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando un administrador que la represente (arts. 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.º, 797 y 798 de la LEC), con quien sustanciar entretanto el procedimiento, sin que la falta de ese cargo que asuma la defensa jurídica de la herencia pueda entenderse suplida simplemente mediante la demanda y citación genéricas de los causahabientes desconocidos del causante, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en los autos, pues no se trata aquí de una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador calificar), sino de una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto, incongruencia entre resolución y procedimiento que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación registral, conforme al art. 100 del RH».
- b) Comunidad hereditaria o heredero único cuando se trate de deudas del causante: En este caso el art. 166 del RH exige que, además de la fecha de fallecimiento del causante, el mandamiento consigne las circunstancias personales de los herederos.

- c) Comunidad hereditaria o heredero único cuando se trate de deudas propias del heredero: El mandamiento debe consignar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor. En este caso, el art. 166 regula la anotación de embargo sobre el derecho hereditario en abstracto, posibilidad que, como ya vimos, admite el artículo 46.3 de la LH. No obstante, el art. 166 no exige, para practicar el embargo, la practica de la anotación preventiva de derecho hereditario a nombre del embargado, por lo que nos encontraremos con un supuesto de tracto abreviado, que intenta facilitar las actuaciones judiciales que se complicarían enormemente si el Juez o la autoridad administrativa tuviesen que promover con carácter previo la anotación a favor del demandado.

Se produce, asimismo, en la relación de la comunidad hereditaria con el Registro de la Propiedad, una aplicación matizada de los principios hipotecarios, básicamente los de tracto sucesivo y legitimación. El principio de tracto sucesivo supone que cada transmisión debe constar en el Registro, como eslabones de una cadena, sin saltos, de suerte que el transmitente de hoy haya sido el adquirente de ayer y el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana. Aparece recogido este principio en el art. 20 de la LH.⁶² Es interesante en este sentido el párrafo cuarto de este artículo, no exigiendo la previa inscripción o anotación a favor de los albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las Leyes, lo cual tendrá especial relevancia si, como admite el art. 463-4, el causante o el Juez designan un administrador. Este precepto tiene también especial relevancia en la partición realizada por contador-partidor, albacea o árbitro. Tienen especial relevancia en materia de partición los párrafos 5º, número 2, y 6º del precepto, en cuanto señala el primero que no será precisa la inscripción previa a favor de los coherederos cuando todos vendan o cedan a alguno de los

⁶² Sanciona el art. 20 el «principio de tracto sucesivo» en base al cual, «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Existen una serie de excepciones a este principio contenidos en los párrafos siguientes del propio artículo, algunas de las cuales pueden ser de aplicación en sede de comunidad hereditaria y partición.

coherederos fincas adjudicadas pro indiviso a los vendedores o cedentes, aunque en la inscripción que se haga habrá de expresarse dicha adjudicación pro indiviso con referencia al título en que así constare. En realidad este supuesto no constituye una excepción al principio de tracto sucesivo, sino un supuesto de tracto abreviado, es decir un solo asiento contiene varios eslabones de la cadena registral, con la finalidad, como señaló la RDGRN de 26 de octubre de 1.935 de evitar inscripciones que, por ser solamente transitorias y formularias, no tienen finalidad práctica. Para que opere este precepto es preciso que la partición adjudique fincas o derechos pro indiviso a uno o varios coherederos y que, a continuación, los mismos extingan la comunidad ordinaria romana constituida entre ellos a través de una venta o cesión. Por su parte el número 6º señala que cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que los fuesen de éste los bienes que a aquél correspondan, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciendo constar en ella las transmisiones realizadas. Es este supuesto nos encontramos ante una concurrencia de particiones por jugar el derecho de transmisión, supuesto en el cual uno de los herederos fallece sin aceptar ni repudiar la herencia. Señala García García⁶³ como las referencias a que se hagan constar en la inscripción las transmisiones realizadas, aparte del carácter de tracto abreviado, implica que se ha querido seguir la teoría clásica de la sucesión por derecho de transmisión, es decir, que el transmisario no hereda directamente al primer causante, sino a través del transmitente.

El principio de legitimación aparece recogido en el art. 38 de la LH.⁶⁴ y supone una presunción iuris tantum de titularidad y posesión de los derechos. Cuando una persona fallece y, en tanto no conste esta circunstancia en el Registro, el principio sigue desplegando todos sus efectos. La anotación preventiva de derecho hereditario provoca que cese esta presunción de suerte que el poder de disposición se transmite a todos los herederos conjuntamente. Dos aplicaciones de esta traslación se contemplan en el art. 20.5, cuando señala que no será necesaria la inscripción previa a favor de los herederos cuando se trate de documentos otorgados por todos ellos en los que ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste y,

⁶³ José Manuel GARCÍA GARCÍA, «Código de Legislación Inmobiliario Hipotecaria y del Registro Mercantil», cuarta edición, Thomson-Cívitas, Madrid 2.004, pág. 111, nota a pie de página comentando el art. 20,6.

⁶⁴ Señala el art. 38,1 de la LH que «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

asimismo, tampoco será necesaria la inscripción previa cuando se trate de testimonios de autos de adjudicación o escritura de venta verificada en nombre de los herederos del ejecutado en virtud de ejecución de sentencia, con tal de que el inmueble o derecho real se halle inscrito a favor del causante.

El art. 28 de la LH se ocupa de la figura del heredero aparente. El fundamento de este precepto es la inseguridad del título sucesorio, porque puede aparecer un testamento de última hora o parientes no tenidos en cuenta. Pone de relieve Rivas Martínez⁶⁵ como durante la época en que el heredero aparente está al frente de los bienes y mantiene la condición de tal heredero registrá, lógicamente, el caudal relicto como si de un heredero real o verdadero se tratare. El problema se plantea en relación a los adquirentes de bienes muebles e inmuebles del heredero aparente durante el tiempo el que el mismo actúa como heredero real. Para paliar esta situación, las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Se exceptúan las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos. La finalidad del precepto es evitar, durante dicho plazo de dos años, la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral cuya posición sería inatacable.

El concepto de heredero aparente juega respecto del heredero voluntario, no respecto del forzoso, es decir, aquél que es llamado por la Ley y no por el causante. Ello supone que en Cataluña esta figura tiene una mayor amplitud que en derecho común, dada la amplia libertad de testar que rige en el derecho catalán. Por ello, el art. 28 extiende su aplicación en Cataluña a cualquier clase de sucesión voluntaria, cualquiera que sea el parentesco que tenga el heredero con el causante. Ni siquiera los legitimarios tienen en Cataluña el carácter de herederos forzosos pues su derecho se limita a un derecho de crédito frente al heredero que no se garantiza con los bienes (el art. 451-15.1 señala que el heredero responde personalmente del pago de la legítima y, si procede, del suplemento de ésta), por lo que cualquier adquirente del heredero inscrito no puede quedar perjudicado por el derecho de aquéllos más allá de lo que publique el Registro de la propiedad (como medida de protección del legitimario, se admite que pueda solicitar anotación preventiva de la demanda de reclamación de legítima y, si procede, del suplemento en el Registro de la Propiedad).⁶⁶

⁶⁵ Juan José RIVAS MARTÍNEZ, «Derecho de Sucesiones Común y Foral». Ed. Dykinson, Págs. 1496 y siguientes.

⁶⁶ Esta posibilidad, que ya recogía el CS en el art. 366 no parece, sin embargo, muy adecuada de acuerdo con el concepto de anotación preventiva de demanda, la cual

En cuanto a la inscripción de los bienes en el Registro, la titulación varía según haya o no partición, pues la misma supone una contraposición de intereses que conlleva la exigencia, junto al título sucesorio, de escritura de partición otorgada por el contador-partidor, albacea o por los herederos, si los mismos han llegado a un acuerdo unánime, o de sentencia firme si, por no llegar a dicho acuerdo, han utilizado la vía judicial. Estos títulos deben atribuir los bienes individualmente, aunque sea por cuotas.

Por el contrario, si hay heredero único, no hay necesidad de partición, por lo que el título de la sucesión, es decir, el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el art. 979 de la LEC, acompañando cualquier clase de documento público o privado que relacione y describa los bienes será título suficiente para inscribir a favor del heredero los bienes inscritos en el Registro a nombre de su causante.⁶⁷

supone el ejercicio de una acción de carácter real. Si el legitimario posee sólo una acción de carácter personal, lo lógico es que sólo pudiese utilizar la anotación preventiva de embargo.

⁶⁷ Señala el art. 14 de la LH que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el art. 979 de la LEC. Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente. Cuando se tratare de heredero único y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el art. 16 de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante».

COMUNICACIONES

COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA

LA INFLUENCIA DEL DERECHO SUCESORIO CATALÁN EN LA REVISIÓN PUERTORRIQUEÑA

GERARDO J. BOSQUES HERNÁNDEZ*

PROFESOR VISITANTE
UNIVERSITAT DE GIRONA

SUMARIO. I. NOTA PRELIMINAR. II. INTRODUCCIÓN. III. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL. IV. LOS CAMBIOS MÁS IMPORTANTES DEL BORRADOR DEL LIBRO SEXTO. V. LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO DE SUCESIONES DE CATALUÑA EN EL BORRADOR. VI. CONCLUSIÓN.

I. NOTA PRELIMINAR

En tiempos recientes las Jornadas de Derecho Civil Catalán han sido el vehículo usado por los catalanes para evaluar su propio derecho sucesorio. Comparecer mediante esta comunicación, me permite colocar la revisión puertorriqueña en el contexto mismo de la reflexión en torno a la codificación sucesoria, pues como veremos, nuestros caminos se cruzaron hace ya varios años. Es en la autocrítica desde donde nace la formulación doctrinaria que corrige, que ajusta y que valida las normas que la Ley declara. Es en ese proceso evaluativo, vivo, en el que la norma que aspira a ser vigente, ágil y sensible se renueva. Las reformas a nuestros ordenamientos, es decir, el catalán y el boricua, en particular la propuesta relativa al derecho sucesorio, buscan nutrirse de las experiencias que han tenido aquellos que ya han pasado por ese camino. Unos retoman periódicamente su ya avanzado proceso para examinarlo a la luz de la experiencia, otros apenas comenzamos la autocrítica. De ahí que la reforma catalana y sus subsiguientes evaluaciones tengan tanta importancia en el proceso puertorriqueño. De ahí, además, que las discusiones sostenidas en estas Jornadas hayan mostrado la senda para acercarnos a vuestra reforma, con el molesto sinsabor de que nuestro acercamiento a ellas no haya podido ser mayor.

* JD, Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico; LLM en Derecho Internacional y Comparado, Tulane University, New Orleans, Louisiana; Ex Asesor legal de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, coordinador del Comité que redactó el Libro Sexto. Derecho de Sucesiones. GJBH@ email: bosqueshernandezg@microjuris.com.

II. INTRODUCCIÓN

El 25 de octubre de 2005, la Comisión revisora presentó el Borrador del Libro Sexto sobre Derecho de Sucesiones. El Borrador del Libro de Sucesiones unido a los demás borradores presentados conformara el Código civil Revisado de Puerto Rico en su día. La tarea de revisar un Código civil, descrita por algunos como una labor quijotesca, es una compleja y atípica dentro del proceso legislativo ordinario.¹ Consciente de la envergadura de esta tarea, en el año 2003, la Comisión Revisora optó por presentar para discusión por separado las diferentes instituciones pilares del derecho civil para unirlas posteriormente en un solo documento: El anteproyecto de Código civil. Esta es la razón por la que se discute el Borrador del Libro Sexto por separado.

Uno de los retos que enfrentó la Comisión es que, dentro de los muchos cambios que requiere el Código civil puertorriqueño a fin de atemperar el ordenamiento civil, el derecho sucesorio es la materia que menos enmiendas ha sufrido en su ya centenaria vida.² Este fenómeno tuvo sus ventajas y sus desventajas. Ventajas, pues entre otras cosas, la normativa en términos generales no ha sufrido los embates que en otros lugares ha causado la llamada decodificación. El derecho sucesoral puertorriqueño, en gran medida, mantiene la unidad temática sin que necesariamente haya que recurrir a la legislación especial para poder ser interpretada, es decir, lo que idealmente debe ser un Código en la tradición civilista. Entre las desventajas cabe mencionar que en varias instancias la normativa no se ajusta a las necesidades de la sociedad del siglo XXI. La realidad social, económica y familiar de hoy día dista mucho de la idea concebida en el Código de finales del siglo XIX.³ Al anacronismo evidente, hay que agregarle un ingrediente muy importante: las normas allí expuestas, es decir en el Código civil de finales del siglo XIX, no fueron pensadas, consultadas o adoptadas para la sociedad puertorriqueña. Ellas fueron impuestas por la metrópolis de entonces, plasmando realidades, valores y conceptos muy distantes a nuestra realidad caribeña, y por qué no decirlo, a la realidad antillana. Este hecho ha sido resaltado por el insigne jurista puertorriqueño

¹ FIGUEROA TORRES, Marta (2008), «Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic Pursuit of the Civil Code for the New Millennium», 23 TUL. EUR. & CIVIL L. F. 143; 12.1 *Electronic Journal of Comparative Law* (<http://www.ejcl.org>).

² Sobre las reformas del Código Civil de 1902, 1911 y 1930 véase TRÍAS MONGE, José (1980), «La Crisis del Derecho en Puerto Rico», 49 *Rev.Jur.U.P.R.* 1; RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel (1950), «Breve historia de los Códigos Puertorriqueños», 19 *Rev.Jur.U.P.R.* 233; ÁLVARO CALDERÓN (1964), «Revisión del Derecho Civil en Puerto Rico: Necesidad Imperiosa», 24 *Rev.Col.Abo.P.R.* 233.

³ Véase FERNÓS LÓPEZ-CEPERO, María Dolores (2006), «Los Derechos de las Mujeres en las Propuestas para el Nuevo Libro de Sucesiones», 40 *Rev.Jur.U.I.P.R.* 483.

José Trías Monge, quien en sus escritos expresó su resentimiento ante la imposición jurídica que para Puerto Rico representó el Código civil.⁴

De otra parte, tenemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico al interpretar la normativa sucesoral ha tenido sobre sus hombros la responsabilidad de reconciliar las disposiciones estatutarias con las exigencias que impone la realidad social, bien sea utilizando criterios de política pública o de índole constitucional. Por tal razón, la mayoría de las normas jurisprudenciales se acogen en el Borrador con cierta resonancia. Hay que recordar que en Puerto Rico, por su naturaleza de jurisdicción mixta, coexisten el derecho civil y el *common law*. Este fenómeno mantiene latente el debate sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho. Un estudio de la jurisprudencia a través del tiempo nos muestra como el Tribunal Supremo puertorriqueño reconoce nuevas tendencias en la legislación extranjera al punto de pronunciarse *de lege referenda*. Sin embargo, con igual frecuencia, se encuentran expresiones del mismo Tribunal en las que se decanta por recordar la doctrina de Separación de Poderes en cuanto a la función creadora de la Rama Legislativa.

En todo caso, en el proceso de revisión del Código civil resultó imprescindible acudir a otras jurisdicciones en busca de alternativas y respuestas novedosas para controversias que igualmente requerían atención en nuestro ordenamiento. Estudiar las nuevas tendencias, sus limitaciones y sus interpretaciones, en fin, aprender de esfuerzos similares al nuestro, era un ejercicio necesario.⁵ Fueron muchos los países cuyas normas fueron consultadas. Los Estudios Preparatorios de la Comisión muestran que, en ocasiones, se analizaron instituciones jurídicas en más de veinticinco países de varias tradiciones jurídicas.⁶ En materia sucesoral, en la redacción y análisis de la norma propuesta, cobraron vital importancia el Código civil peruano de 1984, y el Código de Derecho Sucesorio Catalán de 1991 y la Ley de Sucesiones aragonesa de 1999. Puedo dar fe de que el Comité que tuvo a su cargo la redacción de este borrador consultaba con particular rigor estas tres jurisdicciones. Esto ocurrió por razones muy

⁴ TRÍAS MONGE, José (1983), «Consideraciones sobre la Reforma del Código Civil de Puerto Rico», 52 *Rev. Jur. U.P.R.* 143, 145. Véase además ÁLVAREZ GONZÁLEZ, José Julián (1991), «La Reforma del Código Civil de Puerto Rico y los Imperativos Constitucionales: Un Comentario», 52 *Rev. Col. Abog. P.R.* 223, 224; GAYA SICILIA, Regina (2006), *Pasado, presente y Futuro del Código Civil de Puerto Rico*, en *Homenaje al Profesor Dr. D. Luis Puig Ferriol*, coord. por Juan Manuel Abril Campoy, María Eulalia Amat Llarí, Vol. 2, pags. 1431-1450.

⁵ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis (2003), «La Revisión del Código Civil en Puerto Rico», 42 *Rev. Der. P.R.* 17.

⁶ Véase Informe Anual 2000 de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil, Apéndice 2 Tablas Comparativas.

particulares. El Código civil de Perú goza de una envidiable claridad, tanto en su lenguaje como en su normativa. Por su parte, Cataluña y Aragón representan codificaciones recientes e integradas. Debo apuntar que el Comité de Redacción tuvo muy presente la trascendencia histórica, cultural y normativa que ambas reformas aportaron a la ciencia jurídica, de manera que podría decirse que tanto el derecho autonómico aragonés como el catalán sirvieron como puntos cardinales durante el proceso creativo de la norma que se plasmó en el borrador. En particular, el Derecho Sucesorio catalán, que es la motivación de esta comunicación, se cita en 22 ocasiones en el borrador puertorriqueño.

Este escrito, a partir de esta introducción, se divide en cuatro partes. Como plan de estudio y siguiendo una de las normas clásicas de la codificación, me propongo ir de lo general a lo específico. Primero, se expondrá una apretada síntesis de los trabajos de la Comisión Revisora puertorriqueña. Esta parte busca ubicar al lector en el proceso por el cual se investigó y se redactó el borrador de cada uno de los Libros del proyectado Código civil, desde su creación en el año 1997 hasta el presente, todo esto, a manera de marco general. Establecido el origen de la Comisión y su desarrollo hasta convertirse en un ente revisor, la segunda parte presentará los cambios más importantes que introduce el Borrador del Libro Sexto en materia sucesoral, desde la perspectiva del derecho puertorriqueño. El eje central de esta parte es el Libro Sexto de Derecho Sucesorio. La tercera parte, va al detalle de las instancias en las que se utilizó el modelo catalán en la elaboración del Libro Sexto puertorriqueño, bien porque haya sido usada como procedencia de la norma propuesta o porque se menciona como una de las alternativas consultadas en el Comentario que acompaña el articulado del Borrador. Finalmente y a manera de conclusión, la cuarta parte presenta algunas reflexiones sobre el proceso de codificación sucesoral, basadas en la experiencia de Puerto Rico.

III. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL

La Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico fue creada por la Ley Núm. 85 de 16 de agosto de 1997.⁷ Su encomienda es clara y precisa: la revisión de nuestro ya centenario Código civil.⁸ Desde sus inicios se establecieron las bases teóricas del proceso y se reconoció que era un proceso nunca antes realizado en Puerto

⁷ 31 L.P.R.A. Sec. 141k y ss.

⁸ RIVERA RIVERA, Luis (1998), «Reflexiones en torno a la proyectada Revisión del Código Civil», 32 *Rev. Jur. U.I.P.R.* 355; COLL DE PESTAÑA, Ivette et al. (1998), «Vista Ejecutiva de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión del Código Civil de Puerto Rico», 32 *Rev.*

Rico en una rama de gobierno.⁹ El reconocimiento de esfuerzos de revisión previos, tanto privados como institucionales, es un hecho recogido por nuestra historia. Pero por diversas razones ninguno de esos esfuerzos había llegado a feliz término.¹⁰ Empezar esta tarea, la llamada fase inicial de conceptualización, conllevó, entre otras cosas, la estructuración del proceso, la identificación de recursos, el diseño e implantación de sistemas de información para la investigación y el acopio del material bibliográfico.¹¹ Con este propósito en el año 1998 fueron aprobados por unanimidad por los miembros de la Comisión Los Criterios Orientadores del proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico.¹² Este documento, de naturaleza similar a una ley de base, recoge la conceptualización del proceso de revisión.¹³ Durante esta fase, simultáneamente se realizó un estudio directo de las experiencias de otras jurisdicciones, en particular aquellas que habían revisado recientemente o que estaban revisando sus Códigos Civiles.¹⁴ Ello permitió recibir el insumo de importantes juristas de países como: Perú, España, Costa Rica, Argentina, Bolivia y de jurisdicciones mixtas como Louisiana y Québec, en donde coexisten las mismas tradiciones jurídicas que en Puerto Rico.¹⁵

Concluido el marco teórico de la revisión, el próximo paso lógico era realizar un análisis diagnóstico del ordenamiento vigente puertorriqueño. Este examen, denominado como la *Primera Fase: Los Estudios Preparatorios*, culminó a finales del año 1999 con la presentación de cinco informes, correspondientes a las materias Derecho de Familia, Derechos Reales,

Jur.U.I.P.R. 347; GODREAU, Michel J. (1998), «Notas sobre una posible revisión del Código Civil de Puerto Rico», 32 *Rev.Jur.U.I.P.R.* 323.

⁹ Informe Anual 1998 de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil, página 5.

¹⁰ Véase en general la *Revista de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y legislación*, Volumen III, donde la Academia puertorriqueña presenta el Anteproyecto del Comité de Derecho de Familia y el Borrador del Título Preliminar.

¹¹ FIGUEROA TORRES, Marta (2001), «Crónica de una Ruta Iniciada: El Proceso de Revisión del Código Civil de Puerto Rico», 35 *Rev.Jur.U.I.P.R.* 491, 496.

¹² Informe Anual 1998 de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil, Informe sobre Criterios Orientadores, página 68.

¹³ *Id.* Criterios Orientadores página 84; Véase además MUÑIZ ARGÜELLES, Luis (2004), «Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico: Comentarios a los Borradores de los Libros Primero y Tercero, presentados por la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico», 73 *Rev.Jur.U.P.R.* 831, 835.

¹⁴ Véase en general MUÑIZ ARGÜELLES, Luis (1998), «La Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico: Una Propuesta para Viabilizar un sueño», 59 *Rev.Col.Abog.P.R.* 149.

¹⁵ FIGUEROA TORRES, Marta (2001), «Crónica de una Ruta Iniciada, Pág. 498.

Derecho de Obligaciones, Contratos en Particular y Derecho Sucesorio.¹⁶ Obsérvese, que ya desde la primera fase el Derecho Sucesorio cobro gran importancia, distanciándose de la antigua y tradicional estructura española de cuatro libros. Es decir, desde la etapa inicial se reconoció que el derecho sucesorio no debía continuar como uno de los métodos de adquirir la propiedad, sino que tendría un Libro en el nuevo Código Civil. Con los Estudios Preparatorios se hace un primer acercamiento a cada materia, con recomendaciones iniciales sobre cuáles normas debían suprimirse, cuáles debían modificarse mínimamente o cuyos cambios debían ser estrictamente formales y cuáles debían modificarse sustantiva y significativamente. Además, en estos Estudios se identificaron aquéllos asuntos que carecen de normas y que requerían alguna regulación legislativa o que estaban regulados por alguna ley especial vigente; y se señalaron los efectos de los cambios en otras partes del Código Civil y en la legislación especial.

Una vez realizado el diagnóstico del Código en su totalidad, la Segunda Fase, denominada *Investigación y Análisis*, consistió en el estudio jurídico de cada institución o, en algunos casos, de un reducido grupo de instituciones jurídicas, por separado. Esta Fase se inició con la incorporación de grupos de trabajo compuesto por profesionales especialistas en Derecho Civil a quienes se les asignó y se les agrupó por materias o ejes temáticos.¹⁷ En los estudios se analizó el origen y la evolución histórica de las normas, el estado actual en el derecho puertorriqueño; el tratamiento dado en otros ordenamientos; las nuevas tendencias legislativas y doctrinales; y se hicieron recomendaciones sobre las alternativas que deben considerarse en Puerto Rico y su posible impacto en otras normas contenidas en el Código Civil o en leyes especiales.¹⁸ La utilización de los Estudios Preparatorios como marco de referencia permitió a los juristas ampliar y profundizar la investigación y el análisis de las instituciones jurídicas. Esta Fase fue el punto de partida para desarrollar la Tercera Fase, *la redacción preliminar* dirigida, como su nombre describe, a la redacción preliminar y la eventual publicación de los Borradores de los distintos Libros que eventualmente servirían de base para la redacción del proyecto de Código Civil Revisado.¹⁹ La publicación de los referidos documentos es el resultado de las gestiones realizadas durante los años 2001 al 2007, años durante los cuales se concluyó, en distintas etapas, la Tercera Fase. En el año 2003, la Comisión

¹⁶ Véanse Informe Anual 1999 Volúmenes I, IIa, IIb, III y IV.

¹⁷ Informe Anual 2000 de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil, Fase II: Investigación y Análisis Jurídico Página 14.

¹⁸ FIGUEROA TORRES, Marta (2001), «Crónica de una Ruta Iniciada: Págs. 504-05.

¹⁹ Informe Anual 2001 de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil, Fase III: Preparación y Redacción Preliminar de un Anteproyecto de Código Civil Página 15.

optó, como adelantara en la Introducción, por iniciar los trabajos de discusión introduciendo una nueva etapa anterior a la presentación del anteproyecto, esto es, iniciar la discusión pública con la divulgación de los Borradores preliminares.²⁰ No cabe duda que la apertura del proceso a la comunidad mediante propuestas preliminares propició una discusión más amplia y más libre de los temas. Además, la discusión de Borradores iniciales de los distintos Libros que compondrán el Nuevo Código Civil generó un ambiente idóneo para ajustar el trabajo a las exigencias de las realidades imperantes en el País, antes de que se radique un proyecto ante las Cámaras Legislativas. Con el inicio del proceso de discusión pública de los Borradores, no sólo se integró a la fase de redacción del anteproyecto la comunidad jurídica. Al llamado acudieron funcionarios gubernamentales y representantes de la sociedad civil.²¹ Este esfuerzo ha sido catalogado como un proceso verdaderamente democrático que, en fin, contribuirá a logra que el Nuevo Código Civil refleje la realidad puertorriqueña.

En definitiva puede decirse que durante el año 2007 se concluyó la Tercera Fase, con la presentación en Vista Pública de todos los Borradores. La nueva estructura del Código Civil revisado propone una división en siete Libros, un Título Preliminar y un Título Final, organizados como sigue:

Título Preliminar. La Ley, su Eficacia y su Aplicación

Libro Primero. Las Relaciones Jurídicas

Libro Segundo. Las Instituciones Familiares

Libro Tercero. Derechos Reales

Libro Cuarto. Derecho de Obligaciones

Libro Quinto. De los Contratos y otras Fuentes de las Obligaciones

Libro Sexto. Derecho de Sucesiones

Libro Séptimo. Derecho Internacional Privado

Título Final

Culminada la fase de redacción preliminar, la Cuarta Fase es la de *Articulación y Redacción Final*. Fase que nos llevará a la redacción y presentación para la discusión del Anteproyecto del Código Civil Revisado. Esta fase dio inicio a finales del año 2007 con el primer esfuerzo de armonización de los Borradores presentados para producir un documento

²⁰ FIGUEROA TORRES, Marta (2006), «Crónica de una Ruta Adelantada: Los Borradores del Código Civil de Puerto Rico», 40 *Rev.Jur.U.I.P.R.* 419, 421.

²¹ *Id.*

integrado. La Directora Ejecutiva de la Comisión es la primera en reconocer que «... aún con los esfuerzos de coordinación entre los juristas que redactaron los distintos libros, es perfectamente normal que en una obra de tal extensión y envergadura haya que superar algunas contradicciones, imperfecciones en el lenguaje y en la técnica legislativa seguida, algunos defectos de sistemática y aún de naturaleza sustantiva.»²² Ese es el reto al que se enfrenta la Comisión, su nueva frontera: la Articulación.

IV. LOS CAMBIOS MÁS IMPORTANTES DEL BORRADOR DEL LIBRO SEXTO

Como es natural en toda reforma, los cambios que propone el Borrador del Libro de Sucesiones varían en magnitud y trascendencia. En el actual Código civil de Puerto Rico el Derecho Sucesorio aparece regulado principalmente en los Artículos 599 a 1040 del Libro Tercero sobre los Diferentes modos de adquirir la propiedad, junto a algunas normas que aparecen en el Libro Primero sobre la Persona. Similar tratamiento ofrece el Código civil español a esta materia pues, como se sabe, el puertorriqueño procede del español. El Borrador del Libro Sexto contiene una normativa completa e integrada del Derecho Sucesorio puertorriqueño, adecuada a la realidad contemporánea. La estructura que propone el Borrador no incluye en el Libro Sexto dos materias que tradicionalmente forman parte de ella. La primera son los asuntos relativos a controversias de conflicto de leyes entre el derecho puertorriqueño y el de otro estado, que se regirán por lo dispuesto en los Artículos 43 al 48 del Libro Séptimo, dedicado al tema del Derecho Internacional Privado, otra novedad en la reforma puertorriqueña.²³ La otra materia que se queda fuera del Libro Sexto es el Derecho hereditario de los convivientes no casados, sean homosexuales o heterosexuales, cuya regulación se encuentra en el Borrador del Libro Segundo de las Instituciones Familiares, asunto que merece un comentario más adelante.

La normativa propuesta mantiene inalterados los principios fundamentales del derecho sucesorio vigente, pero modifica sustancialmente instituciones de reconocida importancia como son: la legítima, las formas testamentarias, los fideicomisos y los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. La

²² *Id.*, en 423.

²³ MARTÍNEZ MOYA, Enid (1998), «El Derecho Sucesorio Puertorriqueño», 67 *Rev. Jur. U.P.R.* 1; SYMEONIDES, Symeon C (1990), «Revising Puerto Rico's Conflicts Law: A Preview», 28 *Colum. J. Transnat'l L.* 601; SYMEONIDES, Symeon C (2002), *Codifying Choice of Law for Contracts: The Puerto Rico Project*, in *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, 419-37 (John Nafziger & Symeon Symeonides, eds.).

reforma sigue dos principios fundamentales: el *favor testamenti* y la protección de la igualdad de los herederos. Estos principios, profundamente arraigados en la tradición civilista y muy presentes en la aplicación del derecho puertorriqueño contemporáneo, se mantienen íntegramente y en determinados supuestos se fortalecen. Este Borrador del Libro Sexto, según se publica en el año 2005,²⁴ consta de doscientos setenta y dos artículos agrupados en siete títulos:

Título I. Disposiciones preliminares

Título II. Transmisión sucesoria

Título III. La legítima

Título IV. La sucesión testamentaria

Título V. La sucesión intestada

Título VI. Los ejecutores de la herencia

Título VII. La partición

El Título I define conceptos básicos del Derecho Sucesoral, como son: la sucesión testamentaria, la intestada y la mixta, la herencia, el heredero y el legatario. Se incorpora como una de las modalidades del legatario, el designado a título particular en una parte alícuota, también conocido como el legado de parte alícuota.²⁵ Por su parte, el Título II utiliza una nueva técnica que contribuye a que la ley sea más clara y más fácil de comprender. Agrupa las disposiciones comunes a la sucesión testamentaria y a la intestada. Entre los cambios sustantivos del Título II se destaca la incorporación de las nociones doctrinales sobre la herencia yacente, la petición de herencia, el heredero aparente y la comunidad hereditaria. Estas instituciones jurídicas, ausentes del texto normativo del Código Civil vigente, forman parte de nuestro ordenamiento por vía jurisprudencial.²⁶

Uno de los cambios más trascendentales de la reforma se incluye en el Título II. Como regla general, se limita la responsabilidad del heredero

²⁴ Estos números corresponden a los artículos contenidos en el Borrador publicado en el año 2005. Desde finales del año 2007, la Comisión cuenta con un Borrador revisado, no publicado, que ha sufrido algunos ajustes, cuyos cambios con relación al Borrador de 2005 se conservan.

²⁵ *Fernández Franco v. Castro Cardoso*, 119 D.P.R. 154 (1987).

²⁶ Sobre la petición de herencia véase *Arrieta Barbosa v. Chinea Viuda de Arrieta*, 139 D.P.R. 525 (1995); Sobre la herencia yacente y el heredero aparente véanse *Figueroa v. Registrador*, 18 D.P.R. 260 (1912); *Schlüter v. Sucn. Díaz*, 46 D.P.R. 636 (1934); Sobre la comunidad hereditaria, véanse *Cintrón Vélez v. Cintrón De Jesús*, 120 D.P.R. 39 (1987); *Kogan Huberman v. Registrador*, 125 D.P.R. 636 (1990).

por las deudas del causante al monto de la herencia. De esta manera, el heredero responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. Se establece, sin embargo, que el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos, así como del valor de la pérdida o deterioro que por su culpa o negligencia se produzca en los bienes heredados. Esta solución fue objeto de discusión en el seno del Comité. Es el producto del estudio de una profunda discusión que ha ocupado la atención de juristas en ambos lados del Atlántico. Rams Albesa rechaza el actual modelo español, vigente en Puerto Rico, y advierte que la responsabilidad *ultra vires* no sólo es una rémora tradicionalista, sino un «desajuste de modelos incorporados sin la debida depuración crítica en el mismo sistema.»²⁷ Aunque con alguna reserva en relación con el inventario, Rams Albesa favorece la reforma puertorriqueña y la describe como un «considerable avance en el pensamiento de la disciplina sucesoria.»²⁸ En Puerto Rico, desde el año 1983, se ha reclamado la supresión de la responsabilidad *ultra vires* del heredero.²⁹ Apunta González Tejera que responder con el caudal del causante debe ser la norma y no la excepción.³⁰ La propuesta acoge esta recomendación.

En relación con el derecho de representación se proponen dos cambios novedosos en el derecho puertorriqueño. En primer lugar, como cuestión de técnica, al ubicar su regulación en el Título II se aclara que esta figura jurídica opera tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada.³¹ En 1974, el Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó que el derecho de representación era una figura de la sucesión intestada.³² El Tribunal argumentó que la ubicación de la figura es determinante, es decir, que el derecho de representación pertenece a la sucesión intestada por estar regulada en el Capítulo destinado a este tipo de sucesión. Por el contrario,

²⁷ RAMS ALBESA, Joaquín (2003), «El Beneficio de Inventario: ¿Una Incoherencia del Sistema?» en Estudios Jurídicos en *Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Thomson, pág. 5469.

²⁸ RAMS ALBESA, Joaquín (2006), «Las Deudas de la herencia: una vieja cuestión pendiente» en *XII Jornadas de Profesores de Derecho Civil* celebradas del 9 al 11 de febrero de 2006, en Santander, España.

²⁹ GONZÁLEZ TEJERA, Efraín (1983), «Código Civil de Puerto Rico: Revisión del Derecho de Sucesiones», 52 *Rev.Jur.U.P.R.* 269.

³⁰ *Id.* Véase además SANTIAGO RIVERA, Shakira (2006), «Beneficio de Inventario: Un Recuento Jurisprudencial hasta la Reforma del Código Civil», 40 *Rev.Jur.U.I.P.R.* 553.

³¹ PICÓ SILVA, Teresita (1979), «Representación y acrecimiento: Su armonización en el Derecho sucesorio», 48 *Rev.Jur.U.P.R.* 673.

³² *Calimano Díaz v. Calimano*, 103 D.P.R. 123 (1974).

la Propuesta acoge la doctrina expansionista que defiende la postura de que el derecho de representación aplique en todo tipo de sucesión, testada o intestada. En segundo lugar, se extiende el derecho de representación a los supuestos de repudiación, es decir, se propone la eliminación de la máxima de que el que repudia corta para sí y para su estirpe.³³

La Propuesta optó, como cuestión de técnica, por agrupar en el Título III las normas que rigen la institución de la Legítima. En el ordenamiento vigente, la legítima forma parte de la regulación de la sucesión testamentaria. Con el cambio propuesto, la Comisión revisora propone un cambio estructural que le confiere a esta institución mayor preponderancia, y a su vez, reconoce la aplicación de la legítima tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. En materia sustantiva, se reduce la legítima de los legitimarios y se reconoce una mayor libertad para disponer de los bienes mediante testamento. Se fija la legítima en la mitad de la herencia, tanto para el supuesto en que concurren descendientes como para el que concurren ascendientes, constituyendo la otra mitad la porción de libre disposición.

El esquema propuesto conlleva la eliminación de la mejora, como institución jurídica. Al igual que en España, en Puerto Rico la mejora se tiene como aquélla parte de la herencia que se desprende de la legítima, de la que el testador puede disponer a favor de cualesquiera de sus hijos o descendientes.³⁴ En la Propuesta se optó por un nuevo diseño en el cual el legislador puertorriqueño se aparta del anacronismo intrínseco de la mejora, que tan criticada ha sido por fomentar la desigualdad entre los legitimarios. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha expresado que la facultad de mejorar «es potestad para ser justo o injusto, para amparar la invalidez, fortalecer económicamente el porvenir de algún descendiente, premiar su ayuda en el fomento del caudal y hasta hacer ajuste de cuentas o simplemente mostrar la preferencia afectiva del disponente». Además nuestro más Alto Foro ha dicho que «... la mejora es la excepción a [la] igualdad en la distribución de la herencia, divisa rectora del Código Civil y en ocasiones esta potestad de mejorar refluye en licencia para discriminar, bendiciendo a unos y castigando a otros.»³⁵ Con este esquema propuesto, el

³³ Véase VATTIER FUENZALIDA, Carlos (1986) *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Editorial Montecorva, S.A. Madrid; VATTIER FUENZALIDA, Carlos (2006), «El derecho de representación», en *XII Jornadas de Profesores de Derecho Civil* celebradas del 9 al 11 de febrero de 2006, en Santander, España.

³⁴ Artículos 754 a 760 del Código Civil.

³⁵ *Pérez v. Pérez Agudo*, 103 D.P.R. 26, 27 (1974). SCAEVOLA, citado con aprobación en *Pérez v. Pérez Agudo*, ante, ha dicho «[l]a mejora... introduce la desigualdad, donde la ley quiere la igualdad; ésta es la regla general, aquélla la excepción; la última debe constar categóricamente, porque la excepción (sobre todo si constituye un privilegio) no se presume. SCAEVOLA, *Código Civil*, Tomo 14, ed 1944, pág. 576.

legislador propondría establecer una fórmula más flexible, que le ofrece al testador la posibilidad de lograr los mismos objetivos que antes lograba con la mejora sin tener que detraer una parte de lo que le corresponde a sus legitimarios y con la opción de «mejorar» a los legitimarios con cargo a la porción de libre disposición.

En cuanto a la legítima del cónyuge supérstite, la Propuesta le reconoce su derecho hereditario en plena propiedad, es decir, como un legitimario más, en oposición al carácter de usufructuario que tiene en el derecho vigente.³⁶ Cuando el cónyuge supérstite concorra a la legítima con descendientes o con ascendientes, se suma al número de legitimarios y se divide la herencia en partes iguales. Además, se incorpora el derecho de atribución preferente de la vivienda familiar a favor de del cónyuge supérstite, sujeto a los criterios que se establecen en el Borrador del Libro Segundo de las Instituciones Familiares. Como parte de este derecho se le reconoce al supérstite un derecho real de goce, el derecho de habitación, en proporción a la diferencia entre el valor de la vivienda y la suma de las cuotas hereditarias y las gananciales. Esto se hace para atender los supuestos en los que las respectivas cuotas no absorban la diferencia en valor del bien que constituye la vivienda familiar.³⁷

El Título IV se dedica a La sucesión testamentaria. Los cambios más importantes se encuentran en las normas sobre la ineficacia testamentaria. Primero, se incorpora la doctrina de la anulabilidad testamentaria en los supuestos en que está viciado el consentimiento. Segundo, se acoge la idea de la revocación legal de las disposiciones testamentarias que benefician al cónyuge ante la eventualidad del divorcio o la nulidad del matrimonio con el testador. En el año 1999 el Tribunal Supremo de Puerto Rico determinó que ante la ausencia de norma, el divorcio del testador no tiene efectos con respecto a la institución testamentaria a favor de ahora ex cónyuge.³⁸ La norma propuesta acoge la doctrina con respecto a la revocación legal por cambio en la relación familiar.³⁹ Tercero, se modifica el efecto de la omisión del requisito de indicar la hora del otorgamiento de los testamentos. El Artículo 172 propuesto expresa que «La falta de expresión de la hora del otorgamiento tampoco afecta la validez del testamento si el testador no hubiere otorgado otro en la misma fecha.» La única utilidad de la indicación de la hora en el testamento es poder determinar cuál fue

³⁶ Artículos 761 al 766 del Código Civil de Puerto Rico.

³⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán (2005), *La vivienda familiar en la sucesión del cónyuge*, Editorial Jurídica de Chile.

³⁸ *Licari v. Dorna*, 148 D.P.R. 453 (1999).

³⁹ VAQUER ALOY, Antonio (2003), «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», *ADC*, T. LVI, enero-marzo 2003 pp. 87.

la última voluntad del testador cuando se otorgan dos testamentos en el mismo día. Por lo tanto, debe ser en ese supuesto cuando tenga efectos jurídicos su omisión.

El Título V regula la sucesión intestada.⁴⁰ En el esquema propuesto se llama a heredar al cónyuge supérstite en tercer orden, en lugar del cuarto orden que le asigna la legislación vigente. Al igual que en la legítima, cuando el cónyuge supérstite concorra con ascendientes o con descendientes, le corresponde una parte igual a la que le correspondería a cada heredero en la intestada.

El Título VI trata un tema novel en la Propuesta: *los ejecutores de la herencia*. Bajo esta rúbrica se agrupa la normativa vigente tanto en el actual Código Civil como en la Ley de Procedimientos Legales Especiales, antiguo Código de Enjuiciamiento Civil, relativa al albacea, el administrador y el contador-partidor. La nueva técnica de agrupación de las normas que se utiliza está basada en una característica común: son las personas que, independientemente de quién las nombre, realizan labores en beneficio de la herencia o para su liquidación. Se incluyen disposiciones comunes que atienden los asuntos de la aceptación y la repudiación del cargo, la duración del cargo y las prórrogas, la obligación de prestar fianza, la remuneración y los gastos y la extinción del cargo.

Finalmente, el Título VII regula la partición de la herencia. Para la organización de este Título se siguió el orden en el que por lo regular ocurren las operaciones particionales, a saber: el inventario, el avalúo, el pago de las deudas, la división y la adjudicación. Se reconoce mayor autonomía a los acuerdos unánimes de los herederos, siguiendo ampliamente la doctrina científica y jurisprudencial.⁴¹ Se modifica sustancialmente la institución de la colación y la imputación de liberalidades. En este sentido se debe destacar que en la formación de la masa partible no se tomarán en consideración las liberalidades realizadas por el causante, si han transcurrido cinco (5) años desde que se efectuaron. De esta manera, sólo estarán sujetas a revocación por inoficiosas las donaciones o las demás liberalidades realizadas cercanas a la fecha de la muerte del causante. Esta norma provee mayor certeza a los negocios jurídicos, cuya causa sea la mera liberalidad, de forma tal que

⁴⁰ CARRERO CRESPO, Raúl (2006), «Cambios Propuestos en la Legítima de los Ascendientes y Descendientes en la Sucesión Intestada y la Distinción entre Líneas Paterna y Materna y el Derecho de Representación cuando los Nietos Heredan solos en un Mismo Grado», 40 *Rev.Jur.U.I.P.R.* 577.

⁴¹ *Cintrón Vélez v. Cintrón De Jesús*, 120 D.P.R. 39 (1987); *Kogan Huberman v. Registrador*, 125 D.P.R. 636 (1990). Véanse LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1971), *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Barcelona: Bosch, pág. 184; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1979), *Derecho Civil*, Tomo V, Vol. I, Barcelona: Bosch, pág. 270.

no estarán sujetas a revocación eternamente sino dentro de un término razonable.

En la Propuesta se ha optado por suprimir algunas figuras jurídicas, en algunos casos por ser consideradas anacrónicas y, en otros, por que representan poca o ninguna utilidad práctica en nuestro ordenamiento. En concreto, conviene resaltar la eliminación de la sustitución pupilar y la sustitución ejemplar, el retorno sucesoral y la reserva viudal. En primer lugar, se suprimen los institutos de la sustitución pupilar y la sustitución ejemplar.⁴² Apunta el profesor Efraín González Tejera que «la sustitución pupilar no se admite hoy día en muchas jurisdicciones, debido a que se le considera una institución anacrónica y porque, se expande hasta alcanzar los bienes privativos del impúber, atenta [...] contra la naturaleza personalísima del acto testamentario.»⁴³ En definitiva, la Comisión Revisora acoge el planteamiento de González Tejera cuando recomienda expresamente la supresión de la sustitución pupilar y de la sustitución ejemplar de nuestro ordenamiento jurídico.⁴⁴

En cuanto a la figura del retorno sucesoral,⁴⁵ en el año 2005, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se expresó por primera vez sobre el Artículo 740 del Código Civil vigente que regula esta figura.⁴⁶ La doctrina científica ha criticado el retorno sucesoral por ser una figura foránea a nuestro ordenamiento y arcaica, ya que crea una rara modalidad de transferencia de riqueza por razón de muerte. Sobre esta figura señala González Tejera «existen serias dudas sobre la utilidad social de este instituto del Derecho de sucesiones para el Puerto Rico del siglo XXI».⁴⁷ La propuesta deroga el retorno sucesoral porque, como apunta la doctrina puertorriqueña «la expectativa del donante, si la tuviera, de que en su día lo donado revierta a su patrimonio no merece, a nuestro juicio, particular protección jurídica».⁴⁸

Asimismo se suprime la reserva viudal,⁴⁹ figura que ya no encuentra acogida en la doctrina científica. Se señala que la mayoría de los códigos civiles prescinden de esta figura porque supone una limitación a la libertad de

⁴² Artículos 704 a 707 del Código Civil vigente.

⁴³ GONZÁLEZ TEJERA (2001), *Derecho de Sucesiones*, Tomo 1, Río Piedras, Editorial U.P.R., pág. 652.

⁴⁴ *Id.* en 663.

⁴⁵ Artículos 740 y 901 del Código Civil vigente.

⁴⁶ *Rivera Fábregas v. Sanoguet Asencio*, 2005 T.S.P.R. 65, opinión de 13 de mayo de 2005.

⁴⁷ GONZÁLEZ TEJERA, *Op. cit.*, pág. 327.

⁴⁸ *Id.* en 368.

⁴⁹ Artículos 923 a 935 del Código Civil vigente.

disponer sobre la base de la desconfianza hacia la persona del reservista.⁵⁰ Estima González Tejera que «las reservas... respondían a los intereses dominantes decimonónicos de mantener la riqueza acumulada dentro de la familia de origen, de manera que discurriera siempre a lo largo de los cauces consanguíneos de dicha familia».⁵¹ Vélez Torres apunta que la reserva es hoy «un remanente del ya descartado sistema de adjudicación y distribución de los bienes de la herencia en consideración a la procedencia de los mismos».⁵²

Por su pertinencia en la planificación sucesoral es preciso hacer un señalamiento sobre el fideicomiso en Puerto Rico. El fideicomiso se encuentra regulado en el actual Código Civil como parte de la materia de Sucesiones.⁵³ La Propuesta opta por trasladar esta institución a una Ley especial. Indica el Memorial Explicativo que su ubicación parece haber sido un error de método que quizás haya abonado a la falta de interés en esta figura jurídica. Muñoz Morales en 1939 criticaba esta ubicación: «Pero no podemos explicarnos la razón de método que justificara la inclusión de este capítulo como un aditamento del Título “De las sucesiones”, a continuación de los que se refieren a la sucesión testamentaria; pues si bien es cierto que en el Cap. II, relativo a la herencia existe la sección 3ra. que trata de la sustitución fideicomisaria, ya sabemos que ésta difiere del primitivo fideicomiso romano y del trust del derecho inglés...»⁵⁴ Aparentemente, razona Guaroa Velázquez, se presentó la figura como una peculiar a las transmisiones por causa de muerte.⁵⁵ Sin embargo, debe hacerse notar que no sólo puede constituirse el fideicomiso por causa de muerte sino que también puede constituirse por acto entre vivos, lo que hace que la sede de sucesiones no haya sido precisamente la más apropiada. Esto ha traído como consecuencia que algún sector de la academia haya echado la figura a un lado, omitiendo atender la figura o dándole poca importancia.

La Propuesta ha optado por reglamentar el fideicomiso en una ley especial para darle la flexibilidad que requiere para convertirse verdaderamente en un instrumento de administración de patrimonios, canalización de

⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José (1989), *Derecho civil español común y foral*, Tomo V, Madrid: Reus S.A., págs. 217-305.

⁵¹ GONZÁLEZ TEJERA, *Op. cit.*, pág. 396.

⁵² VÉLEZ TORRES, José (1997) *Derecho de Sucesiones*, Tomo IV, Vol. III, Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan, págs. 422-423.

⁵³ Artículos 834 a 874 del Código Civil vigente.

⁵⁴ MUÑOZ MORALES, Luis (1939), *Anotaciones al Código Civil de Puerto Rico*, Libro III, Cantero Fernández Impresores, San Juan, pág. 291.

⁵⁵ VELÁZQUEZ, Guaroa (1966), «El Fideicomiso (Trust) en Puerto Rico», 35 *Rev. Jur. U.P.R.* 253, 260.

inversiones públicas y privadas, procesos de privatizaciones y concesiones públicas, constitución de garantías, solución de crisis empresariales, entre otros propósitos que se pueden mencionar.

Uno de los puntos más discutidos por diversos sectores fue la inclusión de la normativa que reconoce efectos a las uniones de hecho, tanto heterosexual como homosexual. Durante el mes de enero de 2007, la Comisión Revisora presentó el Libro Segundo. Las Instituciones Familiares. El Artículo 442 de este Libro Segundo, define la unión de hecho como «... la constituida por dos personas que, sin estar casadas entre sí, conviven como pareja afectiva de manera voluntaria, estable, pública y continua, durante un plazo no menor de tres (3) años.» Añade el Artículo 446 que se constituye además por haber procreado hijos comunes durante la convivencia afectiva o por inscripción de la unión, en el Registro Demográfico. En materia sucesoral, el propuesto Artículo 458 equipara la pareja de hecho constituida al cónyuge supérstite, establece lo siguiente:

Artículo 458. UH 17. Muerte de uno de los convivientes.

La muerte de uno de los convivientes facultará al supérstite a:

- (a) *reclamar la porción legítima que corresponde al cónyuge supérstite;*
- (b) *reclamar la atribución preferente de la vivienda familiar, como parte de los procesos liquidatorios de la comunidad de bienes que tenían constituida*
- (c) *permanecer en la vivienda familiar si se dan las circunstancias requeridas para ello en este Código.*

Los derechos que este artículo reconoce al conviviente supérstite no pueden menoscabarse por el acuerdo de convivencia o por testamento, sin perjuicio de que apliquen las normas sobre desheredación del cónyuge supérstite.

Esta norma, no tiene precedente en la legislación puertorriqueña. Si bien es cierto que se inspira en la legislación extranjera, debe afirmarse que se basa en los principios de igualdad y justicia.⁵⁶

⁵⁶ v.g. Ley 6/1999 de 26 de marzo (Comunidad Autónoma de Aragón, España), Artículo 9; Ley 10/1998 de 15 de julio (Generalitat de Cataluña, España), Artículo 18; Ley del 15 de noviembre de 1999, sobre el Pacto Civil de Solidaridad (PACS) añade esta figura al Código Civil francés, Artículo 515-8 del Código Civil.

V. LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO DE SUCESIONES DE CATALUÑA EN EL BORRADOR

A mediados del año 2004 y principios del 2005, el Comité encargado de redactar el Libro de Sucesiones se reunió de dos a tres veces por semana. No recuerdo una sola de estas reuniones donde la legislación catalana no fuera mencionada, analizada o, como he mencionado, utilizada como modelo para la norma Propuesta. Son varias las instancias donde en el Memorial Explicativo del Libro Sexto puertorriqueño se cita la Ley 40/1991, de 30 de diciembre.

Capacidad Sucesoria. La normativa de la capacidad sucesoria es uno de los mejores ejemplos de la influencia del Codi de Successions de Catalunya en la formulación y la redacción del Borrador del Libro Sexto de Sucesiones. La norma actual en Puerto Rico, al igual que en el Código civil español, continúa declarando incapaces para heredar a las criaturas abortivas y a las asociaciones no permitidas por la Ley cuando en realidad es un supuesto de inexistencia del llamado.⁵⁷ En igual sentido, el ordenamiento vigente reconoce capacidad sucesoria al concebido no nacido, sujeto a que nazca con vida.⁵⁸ En aspectos estructurales la Propuesta ubica la capacidad sucesoria en el Capítulo Primero del Título II bajo la rúbrica Transmisión Sucesoria. Este título, al igual que el Título I (Disposiciones generales) de la Ley 40/1991 agrupa las disposiciones comunes a la sucesión testamentaria y a la intestada. En lo pertinente a la redacción de la norma puertorriqueña, resulta evidente que se sigue el modelo catalán de 1991. En el Borrador se optó por establecer la distinción entre la capacidad de la persona natural y la persona jurídica en los Artículos 9 y 10, respectivamente. Más aún, aunque se trata de una mera casualidad la enumeración corresponde con los preceptos catalanes que regulan esta materia. Es interesante mencionar que la Propuesta puertorriqueña se aparta de la redacción en sentido negativo – quiénes no tienen capacidad para heredar – para darle paso a un catálogo redactado en término positivo – quiénes tienen capacidad de heredar. Aunque algunos podrían argumentar que ambas fórmulas son expresamente excluyentes, los redactores optaron por usar la fórmula en positivo, porque facilita la comprensión de la norma y se entiende que es una técnica más correcta.

El Artículo 9 incorpora la *fecundación asistida póstuma*. Severamente criticado por sectores conservadores, el precepto reconoce la autonomía del causante para expresar su voluntad referente al uso de su material genético después de su muerte. Conforme a esta norma se establece que el hijo

⁵⁷ Artículo 676 del CCPR y Art. 745 Español.

⁵⁸ Véanse la protección de la viuda encinta.

nacido mediante estas técnicas se considera concebido al momento de la apertura de la sucesión.⁵⁹ La redacción de esta norma procede, con algunas modificaciones, del Artículo 9 catalán, ahora Artículo 412-1.

En cuanto a la *capacidad sucesoral de las personas jurídicas*, la jurisprudencia puertorriqueña ha establecido que se requiere existencia legal al momento de la apertura de la sucesión.⁶⁰ Ello se interpreta del segundo párrafo del Artículo 676, equivalente al Artículo 745 del Código español, en cuanto a que son incapaces de suceder las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.⁶¹ La Propuesta, inspirada en el precepto catalán, establece que la capacidad sucesoria se determina al momento de la apertura de la sucesión. Se aclara, además, que el testador puede crear u ordenar la creación de una persona jurídica para que quede constituida con posterioridad a la apertura de la sucesión. En este supuesto, queda claro que la persona jurídica tendrá capacidad sucesoria desde que quede legalmente constituida, aunque los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la delación. Esta aclaración resulta de gran utilidad en la planificación sucesoral puertorriqueña y nuevamente, su redacción se inspira en el Artículo 10 catalán, ahora Artículo 412-2.

Sobre las *causales de la indignidad sucesoria* el Artículo 11 propuesto supera la redacción del Artículo 685 del Código civil vigente, equivalente al Artículo 756 español, sin muchas novedades sustantivas. Su mayor aportación es el inciso (d) que declara indigno al convicto por dejar de pagar por determinados periodos cualquier tipo de prestación económica establecida judicialmente a favor del causante o de sus hijos. Su redacción proviene, con algunas modificaciones, del inciso 4 del Artículo 11 del Código catalán de 1991, actual Artículo 412-3. En Puerto Rico, el derecho de los alimentistas a recibir alimentos está revestido del más alto interés público.⁶² Esta nueva causal de indignidad sucesoria responde a la política pública que promueve que se cumpla con las prestaciones económicas establecidas judicialmente a favor del causante o sus hijos. De esta manera se impone una sanción civil al convicto por dejar de pagar las prestaciones

⁵⁹ Artículos 286 al 303 del Borrador del Libro Segundo. *Las instituciones familiares*, que atienden la filiación por procreación asistida.

⁶⁰ *Junghanns v. Cornell University*, 71 D.P.R. 673 (1950).

⁶¹ Véase además Ley General de Corporaciones de 1995, según enmendada.

⁶² Ley Núm. 178 de 1 de agosto de 2003, que enmienda la Ley Núm. 5 de 30 de diciembre de 1986 a los fines de actualizar el desarrollo de la Administración para el Sustento de Menores (ASUME), agencia a cuyo cargo el gobierno puertorriqueño delega la administración de los asuntos relativos a los alimentos).

económicas establecidas. Esta sanción civil se añade a las repercusiones penales que conlleva el incumplimiento de la obligación de alimentar.⁶³

En materia de capacidad sucesoral el Código civil vigente en Puerto Rico, al igual que el Código español, regula varias instancias donde ciertas disposiciones testamentarias no surtirán efecto. Me refiero a los Artículos 681 al 683 del Código puertorriqueño, equivalentes a los Artículos 752 al 754 del Código español, respectivamente. Estas son las disposiciones del causante a favor del confesor o asistente religioso durante la última enfermedad, la disposición a favor del tutor antes de haberse aprobado la cuenta definitiva y las disposiciones a favor del notario o los testigos que participen en el otorgamiento del testamento, extendiéndose además a los parientes, la iglesia y demás limitaciones que todos conocemos. La doctrina clasifica estos supuestos como incapacidades generales relativas, las cuales privan a ciertas personas de la posibilidad de suceder a determinados causantes. Las llamadas incapacidades relativas para heredar son, en realidad, prohibiciones, pues se refieren más a nulidad del llamamiento que a incapacidad para suceder. Incluso, el actual Artículo 689 de Puerto Rico, equivalente al Artículo 760 español, utiliza la palabra «prohibiciones» al abordar el tema de sus efectos.

La Comisión Revisora optó por remitir estos supuestos de instituciones hereditarias prohibidas al título sobre testamentos. Así, el propuesto Artículo 127 del Borrador prohíbe la institución testamentaria realizada por el menor no emancipado a su tutor mientras no se haya aprobado la cuenta final de la tutela o si no tuviese que rendirla y la institución realizada por el enfermo a las personas que le brindan asistencia médica o espiritual durante su última enfermedad si la institución se otorga durante la enfermedad. Se excluye de esta prohibición la institución a favor del cónyuge o de los ascendientes, los descendientes, los hermanos o los sobrinos del causante o del cónyuge supérstite ante estas circunstancias. Por su parte, el Artículo 128 extiende las prohibiciones del Artículo 127 a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad y a la iglesia, la comunidad o el instituto del clérigo religioso o ministro, de las personas allí mencionadas. En cuanto a la institución a favor del notario, el Artículo 108 propuesto regula el testamento abierto y establece que en su otorgamiento se observarán las formalidades de toda escritura pública de acuerdo a las disposiciones de la legislación notarial. El inciso (a) del Artículo 5 de la legislación notarial puertorriqueña le prohíbe al notario la autorización de instrumentos en los que él intervenga como

⁶³ Véanse los Artículos 131 (menores de edad) y 138 (personas de edad avanzada e incapacitados) de la Ley Núm. 149 de 18 de junio de 2004, según enmendada, conocida como el Código Penal del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

parte o que contengan alguna disposición a su favor.⁶⁴ El instrumento, en este caso el testamento, otorgado en estas circunstancias es nulo.⁶⁵ Por el contrario, las disposiciones a favor de los parientes del notario dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad son nulas. Ante este supuesto el testamento es válido y la cláusula en cuestión se tendrá por no puesta.

En este modelo se sigue la doctrina científica del Proyecto de Código Civil de Argentina de 1998 (Artículo 2427), la Ley de Sucesiones de Aragón (Artículo 160) y el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991 (Artículo 147), en que sólo se admiten, como supuestos de incapacidad para suceder, las denominadas «incapacidades relativas» y se remiten las llamadas «prohibiciones para suceder» a la regulación de la sucesión testamentaria. La norma catalana utilizada en este respecto se modifica en el Libro Cuarto del Codi civil de Catalunya. El Artículo 412-7 incorpora en el Capítulo de la Capacidad Sucesoria, la ineficacia de la disposición a favor del notario. Parecería ser que el precepto notarial puertorriqueño, que aparenta ser drástico al anular el instrumento, sirve de disuasivo para el notario, quien ante una sanción de esta naturaleza podría responder civilmente ante los herederos.

Aceptación y repudiación de la herencia. La voluntariedad de la aceptación o la repudiación de la herencia, se recogen en el actual Artículo 941 del Código Civil de Puerto Rico. Su redacción, al igual que su antecedente inmediato el Artículo 941 del Código Civil español, se limita a declarar que la aceptación y la repudiación son actos enteramente voluntarios. La voluntariedad de este acto es indispensable, pero esta norma deja varias interrogantes que la norma catalana suple en el Artículo 16 de la Ley 40/1991, ahora Artículo 461-1 del Libro Cuarto del Codi civil de Catalunya. Esta redacción se adopta con algunas modificaciones en el Artículo 25 del Borrador puertorriqueño. De esta forma se propone en Puerto Rico que el articulado establezca que la persona llamada a la herencia pueda aceptarla o repudiarla una vez tenga conocimiento de que se ha producido la delación a su favor. También se incorpora en la Propuesta puertorriqueña el segundo párrafo de la norma catalana, a los fines de aclarar que en los supuestos de pluralidad de llamados a la herencia, cada uno de ellos puede aceptarla o repudiarla con independencia de los demás. Obsérvese que la Propuesta puertorriqueña no sólo sigue el principio recogido en la norma catalana, sino que adopta casi con la misma redacción.

⁶⁴ Ley Núm. 75 de 2 de julio de 1987, según enmendada, 4 L.P.R.A. § 2005.

⁶⁵ Véanse *In re Frontera Enseñat*, 150 D.P.R. 134 (2000); *In re Filardi Gúzman*, 144 D.P.R. 710 (1998).

Las cargas hereditarias. En el tema de las cargas hereditarias el propuesto Artículo 44 del Borrador del Libro Sexto las enumera, tal como se hace en el segundo párrafo del Artículo 34 del Código de Sucesiones de Cataluña de 1991, ahora Artículo 461-20 del Libro Cuarto del *Codi civil de Catalunya*. El precepto no es una novedad en términos sustantivos, pues las cargas hereditarias surgen expresa o implícitamente de los Artículos 808, 825, 830, 987 y 1017 del Código civil de Puerto Rico, equivalentes a los Artículos 886, 903, 908, 1033 y 1064 Código civil español, respectivamente. La importancia del cambio reside, en la técnica utilizada que resulta en la conveniencia de encontrar en un solo artículo todas las cargas hereditarias precisa y claramente. Obsérvese que el Artículo 34 enumeraba las cargas hereditarias luego de establecer la responsabilidad del heredero tras una aceptación pura y simple, en cambio la nueva legislación catalana en el Artículo 461-20 bajo la rúbrica *Càrregues hereditàries*, destina un artículo exclusivamente para este propósito, tal como se propone en el Borrador puertorriqueño.

Como mencionara antes, la *Petición de herencia*, aunque ausente en el texto normativo del Código civil puertorriqueño, goza de una larga trayectoria jurisprudencial en Puerto Rico.⁶⁶ Aún así, en la redacción de Capítulo V del Título II, bajo la rúbrica *La petición de herencia y el heredero aparente* (Artículos 47 al 53 del Borrador), fue instrumental la consulta del Artículo 64 Catalán, ahora Artículos 465-1 y 465-2 del Libro Cuarto del *Codi civil de Catalunya* que, a su vez agrega la normativa referente al heredero aparente. Por ejemplo, la redacción de los Artículos 52 y 53 propuestos sobre *Actos de enajenación del heredero aparente*, procede casi *ad verbatim* del tercer y cuarto párrafo del Artículo 64, aunque debe advertirse que en este Capítulo se utilizó mayormente la propuesta Argentina de 1998.⁶⁷

Igual que ocurre con la petición de herederos, la falta de norma expresa en el Código vigente no ha impedido el desarrollo de la institución de la *comunidad hereditaria*.⁶⁸ El propuesto Artículo 54 del Borrador define la comunidad hereditaria partiendo de las nociones vertidas en el segundo párrafo del Artículo 1 de la Ley 40/1991 Catalana y de la doctrina española.⁶⁹ Así, el precepto propuesto establece que existirá una

⁶⁶ Véase por todos *Arrieta Barbosa v. China Viuda de Arrieta*, 139 D.P.R. 525 (1995).

⁶⁷ Artículos 2253 al 2257 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998.

⁶⁸ Véanse *Cintrón Vélez v. Cintrón De Jesús*, 120 D.P.R. 39 (1987) y *Kogan Huberman v. Registrador*, 125 D.P.R. 636 (1990).

⁶⁹ Véase en particular a CASTÁN TOBEÑAS, José (1978) *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Vol. 5, 8.^a ed., pág. 295.

comunidad hereditaria cuando concurre a la sucesión una pluralidad de personas con derechos en la herencia expresados en cuotas abstractas. Además de su definición, la Propuesta puertorriqueña destina un capítulo a la regulación de la comunidad hereditaria (Artículos 54 al 66). Este cambio en la técnica se aprecia, además, como una de las novedades del Libro Cuarto del *Codi civil de Catalunya*, Artículos 463-1 al 463-6.

Impugnación de la desheredación. Ante la impugnación de la desheredación, los herederos deben establecerla a satisfacción del tribunal si el perjudicado contradice su certeza o su legalidad.⁷⁰ Este es así según el Artículo 775 del actual Código puertorriqueño, equivalente al 850 del español. La Propuesta acoge en el Artículo 91 un sistema que distingue entre la impugnación por inexistencia de causa, de la impugnación por reconciliación o por perdón. En el supuesto de inexistencia la carga probatoria se mantiene como en el derecho vigente, serán los herederos quienes deben probar la causa. Pero, si se invoca la reconciliación o el perdón, se invierte la carga probatoria, es decir, que le corresponde al desheredado probar los actos que dan base a la reconciliación o el perdón. Esta fórmula proviene del Artículo 372 de la Ley 40/1991, ahora Artículo 451-23 del Libro Cuarto del *Codi civil de Catalunya*. En igual sentido, se incorpora al ordenamiento puertorriqueño la caducidad de la acción de impugnación en el Artículo 91 propuesto. La Propuesta acoge el segundo párrafo del Artículo 372 catalán de 1991, pero reduce el plazo a dos años a diferencia de los cinco de la Ley catalana. El Derecho puertorriqueño vigente no contiene una norma al respecto y el asunto se atiende supletoriamente por el Artículo 1864 del actual Código Civil, equivalente al Artículo 142 del Borrador del Libro Cuarto de la Propuesta. Dicho artículo establece un plazo de quince años de prescripción para las acciones personales que no tienen un plazo señalado. Se considera que tal plazo para esta acción resulta excesivo. Obsérvese que el Artículo 451-23 del Libro Cuarto del *Codi civil de Catalunya*, reduce el plazo a cuatro años.

Por supuesto que la presencia del Codi de successions de Cataluña trasciende las 22 citas directas en el Memorial Explicativo, pues la normativa catalana permeó la formulación de las normas propuestas y la toma de decisiones, tanto en materia sustantiva como de técnica legislativa. Como muestra de ello se ofrecen tres ejemplos, los cuales mencioné entre los cambios más importantes de la propuesta puertorriqueña. En primer lugar, la norma catalana, en aspectos de la nulidad testamentaria, flexibiliza el requisito de la inclusión de la hora en los testamentos. Así, el Artículo 125 de la Ley 40/1991, equivalente al Artículo 422-1 del Libro Cuarto del

⁷⁰ GÓNZALEZ TEJERA, *Op cit* tomo 1 pág 163.

Codi civil de Catalunya, establece que la falta de expresión de la hora no anulará el testamento si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha. Idéntica norma se acoge en el propuesto Artículo 172 con algunos cambios en la redacción.

En segundo lugar, los efectos en la institución testamentaria del cónyuge superviviente ante la disolución del vínculo matrimonial, bien sea por el divorcio o por la nulidad. Sin entrar en las distinciones doctrinales al catalogar este supuesto entre una revocación legal o un supuesto de integración testamentaria,⁷¹ lo cierto es que estamos ante una de las nuevas tendencias del Derecho Sucesorio en los países de tradición civilista.⁷² La Propuesta puertorriqueña considera varios modelos entre ellos el catalán (Artículo 132, ahora Artículo 422-13) y acoge esta norma en su Artículo 179. Se debe reconocer que la versión original del Artículo 179 se limitó a revocar las disposiciones a favor del cónyuge si a la muerte del testador estuviese declarada judicialmente la nulidad del matrimonio o si estuviese decretado el divorcio. En cambio, el precepto catalán brinda la excepción a la norma, al disponer que la disposición será eficaz si del contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge. En este sentido, me satisface la coherencia y la sabiduría de la adopción de esta norma en Puerto Rico, aunque es posible augurar que su alcance será revisado en etapas posteriores.

El tercer cambio se refiere a las remisiones a la legislación notarial en el Código Civil. La Comisión revisora puertorriqueña optó por remitir las formalidades del testamento abierto a la Ley Notarial, es decir que aplicarán al testamento las formalidades de toda escritura pública. Esto hizo necesario proponer algunas enmiendas a la legislación notarial vigente, la cual excluye de su aplicación las disposiciones sobre nulidad de los actos *mortis causa* por ser éstos atendidos en el Código Civil.⁷³ En síntesis, este cambio evita la duplicidad de normas en el ordenamiento y con ello la posible ambigüedad entre los preceptos. A manera de ejemplo sobre la duplicidad de la norma, veamos dos instancias. La primera, el requisito del actual Artículo 645 del Código Civil la expresión del lugar,

⁷¹ VAQUER ALOY, Antonio, (2003) «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», *ADC*, T. LVI, enero-marzo pp. 87 y 88.

⁷² SJEF VAN ERP (2007), *New Developments in Succession Law*, 11.3 *Electronic Journal of Comparative Law* (Diciembre 2007) <http://www.ejcl.org>; Véase además VAQUER ALOY, Antonio (2003), 'Wills, Divorce and the Fate of Dispositions in Favor of the Spouse: A Common Trend in European Succession Laws', 11 *European Review of Private Law* 782.

⁷³ Artículo 36 de la Ley Núm. 75 de 2 de julio de 1987, según enmendada, conocida como Ley Notarial de Puerto Rico.

año, mes, día y hora del otorgamiento del testamento.⁷⁴ Esta exigencia aparece también en el Artículo 15 inciso (c) de la Ley Notarial. La segunda, la exigencia de la legislación notarial respecto a la unidad de acto en el otorgamiento de cualquier escritura en la que comparezcan testigos instrumentales. A su vez, el Artículo 649 vigente (equivalente al Artículo 699 del Código español) exige que el testamento abierto se otorgue en un solo acto.⁷⁵ Obsérvese que, en su mayoría estas modificaciones no representan un cambio sustantivo en el ordenamiento vigente, sino la aplicación de una nueva técnica dirigida a precisar y seleccionar en cual de las leyes deben estar ubicados y así superar el problema de la duplicidad.⁷⁶ Además, se superan algunas inconsistencias entre las disposiciones notariales y el actual Código Civil. Este es el caso del Artículo 645 exige que cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar lo hará por él uno de los testigos instrumentales. Ante este mismo supuesto, la legislación notarial exige que se fijen las huellas dactilares del otorgante que no sabe o no puede firmar. Por otro lado la identificación de los testigos.⁷⁷ De esta forma, al brindarle al notario una normativa unitaria se superan los problemas que ocasionan la duplicidad y las contradicciones, con lo que abona a la certeza jurídica el mantener un solo cuerpo legal que rija las formalidades de todos los instrumentos públicos.

La remisión de las formalidades a la legislación notarial se sustenta por los principios antes enunciados. Aun así, se puede observar que el Artículo 111 de la Ley 40/1991, al igual que recién aprobado Artículo 421-13 del Libro Cuarto del Codi civil de Catalunya, en materia del testamento abierto establece que será autorizado de acuerdo con la legislación notarial. Ciertamente la legislación notarial puertorriqueña es distinta a la legislación catalana, pero en principio la remisión evita la duplicidad y la inconsistencia en la normativa. Otros supuestos en el que se hace similar remisión es el Artículo 106 que ordena al notario identificar al testador y apreciar su capacidad legal en la forma y por los medios establecidos en la legislación notarial. Asimismo, el Artículo 115 que regula el supuesto en que el testador sea ciego, completamente sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otra razón sea sensorialmente disminuido, se remite a las disposiciones contenidas en la legislación notarial.

⁷⁴ *Pacheco v. Sucesión Pacheco*, 66 D.P.R. 796 (1947)

⁷⁵ *Cintrón v. Cintrón*, 70 D.P.R. 742 (1954); *In re Vélez González*, 138 D.P.R. 92 (1995)

⁷⁶ Véase URRUTIA DE BASORA, Cándida Rosa (2006), «Apuntes sobre la Adecuación del Derecho Notarial en la Revisión y Reforma del Código Civil», 40 *Rev. Jur. U.I.P.R.* 473.

⁷⁷ *Sucesión Caragol Rabel v. Valentín Díaz*, 2008 T.S.P.R. 112, opinión de 26 de junio de 2008.

VI. CONCLUSIÓN

La importancia del estudio de las legislaciones extranjeras en las reformas de nuestro Derecho Privado, en este caso el Derecho Sucesorio, queda evidenciada en la reforma puertorriqueña y su relación con la experiencia catalana. Como dice el refrán «No hay que inventar la rueda». Obsérvese que la mayoría de los cambios más importantes que introduce la reforma boricua se inspiran o proceden de los estudios o reformas de otras jurisdicciones. Durante el proceso de discusión del ordenamiento jurídico puertorriqueño en ocasiones se diseñaron nuevas fórmulas, basadas en principios de lógica, equidad y justicia, que posteriormente identificábamos en algún modelo similar existente en otra jurisdicción. Utilizando la misma comparación entre el Derecho catalán y el boricua, se pueden puntualizar varios cambios que incorpora el Libro Cuarto del *Codi civil de Catalunya* existentes en el Borrador del Libro Sexto de Puerto Rico. Al momento en que se escribe esta comunicación no ha sido posible determinar si la propuesta puertorriqueña de 2005 fue considerada en la elaboración del texto legislativo catalán que culminó en la aprobación del Libro IV del Código Catalán, mucho menos pretendo insinuarlo. Sin embargo, es un hecho que la reforma catalana de 2008, además, de validar posiciones asumidas en los Borradores de Puerto Rico, es evidencia tangible de la posibilidad de marcar nuevas tendencias en el derecho sucesorio comparado.

Luego de reseñar la influencia del Código de Sucesiones de Cataluña de 1991 en la reforma puertorriqueña, ahora nos encontramos ante la discusión del nuevo Libro Cuarto del *Codi civil de Catalunya* y sus modificaciones al Derecho sucesorio. Algunos de los cambios acogidos por la propuesta puertorriqueña ciertamente representan los nuevos horizontes del Derecho sucesoral comparado, no porque fueren adoptados en la reforma de la pequeña Isla caribeña, sino porque la doctrina científica lo ha evidenciado.⁷⁸ Estas nuevas tendencias cobran mayor importancia y tal vez, por qué no decirlo, nos aproximan a la armonización del Derecho sucesoral. Es precisamente en este marco referencial en el que podemos señalar cambios como: la supresión de la distinción entre hermanos de doble vínculo y vínculo sencillo; la imposición de un límite temporal en la imputación de las donaciones en el cálculo de la legítima o porción

⁷⁸ CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2007), New Development in the Spanish Law of Succession, *Indret* 4/2007, <http://www.indret.com>; BE REINHERTZ (2007), Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road toward a European Law of Succession? 11.1 *Electronic Journal of Comparative Law* (mayo 2007) <http://www.ejcl.org>; HIRAM, Hilary (2006), New Developments in UK Succession Law, 10.3 *Electronic Journal of Comparative Law* (Diciembre 2006) <http://www.ejcl.org>; SCALISE JR, Ronald J (2006), *New Developments in the United States Succession Law*, 54 *Am. J. Comp. L.* 103.

forzosa; la limitación de la responsabilidad del heredero; la inclusión de la regulación de la comunidad hereditaria en un capítulo bajo esta rúbrica; y la inclusión de la regulación de la petición de herencia que comprende el régimen jurídico del heredero aparente.

COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

LOS PACTOS SUCESORIOS VINCULADOS A LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERREGIONAL

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
FACULTAD DE DERECHO DE ESADE (URL)

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LEY APLICABLE AL FONDO (VALIDEZ MATERIAL DEL PACTO SUCESORIO). A. La calificación. B. *Lex successionis*. C. *Ámbito de la ley sucesoria*. III. LEY APLICABLE A LA FORMA. IV. LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD PARA OTORGAR EL PACTO. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho sucesorio ha sido y sigue siendo uno de los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico más proclive a los conflictos de leyes internos.¹ Es éste uno de los sectores que ha sido objeto de un mayor desarrollo por parte de los Derecho civiles forales y donde la plurilegislación responde no sólo a una disparidad material sino a una diferente concepción de la sucesión. Los pactos sucesorios son un claro ejemplo de los distintos fundamentos del derecho sucesorio presentes en los diferentes Derecho civiles. Existe, respecto de esta compleja institución, una clara confrontación entre el Derecho civil común, que parte de una prohibición general para luego prever algunas excepciones,²

¹ Ver sobre este tema: Font Segura, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, 2000, fasc. I, pp. 23-81; Calatayud Sierra, A., «Conflictos interterritoriales entre los Derechos sucesorios españoles», *RDCA*, 1999, 2, pp. 169-198.

² El Derecho civil común prevé una prohibición general de tales pactos. Los civilistas suele partir de la norma prevista en el art. 1271.II CC como norma general de prohibición de los pactos sucesorios en nuestro Derecho civil común. Dicho precepto en su párrafo segundo y tras afirmar que pueden ser objeto de contrato incluso las cosas futuras establece que «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 (...)». Se prohíben, por tanto, los contratos cuyo objeto sea la herencia futura. Qué contratos exactamente afectan o tienen por objeto la herencia futura es ya una cuestión mucho más controvertida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El mencionado artículo suele complementarse con lo dispuesto en el art. 658 CC el cual sólo prevé dos modos de delación de la herencia «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley». Además, también es importante tener en cuenta

y los derechos civiles de Cataluña,³ Navarra,⁴ Aragón,⁵ País Vasco,⁶ Galicia⁷ y en Islas Baleares⁸ en los que a la sucesión testamentaria y legítima se añade la posibilidad de deferir la sucesión a través de pactos sucesorios.⁹

Es cierto que muchos de los pactos sucesorios regulados por los distintos derechos forales habían caído en desuso principalmente porque no

el art. 816 CC «*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción*». Y el art. 991 CC según el cuál «*Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia*».

Ahora bien, a pesar de lo dispuesto en los preceptos mencionados lo cierto es que existen excepciones a la regla general, algunas de ellas declaradas jurisprudencialmente. En algunos preceptos nuestro Código civil reconoce la validez de determinados contratos sobre la futura sucesión: así las promesas de mejorar y no mejorar previstas en los art. 826 y 827 CC, hechas por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, y la mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero; la posibilidad de donación de bienes futuros para el caso de muerte, hecha por un esposo al otro en capítulos matrimoniales (art. 1341 CC) respetando las legítimas. Entre los pronunciamientos jurisprudenciales cabe resaltar aquel que excluye de la prohibición los pactos sobre bienes concretos y determinados propios del contratante (aunque sean recibidos por herencia). Ver: Cano Martínez De Velasco, J.I., *La prohibición de los contratos sucesorios*, J.M. Bosch ed., Barcelona 2002; Cerdà Gimeno, J., *La prohibición de la sucesión contractual*, Tirant lo Blanch, 2008; Espejo Lerdo de Tejada, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, 1999; Roca Sastre, R.M^a, "La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales" en *Estudios de Derecho Privado II*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 341-342.

³ Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a sucesiones, Ley 10/2008, de 10 de julio, [DOGC Núm. 5175, de 17 de julio de 2008].

⁴ Fuero nuevo de Navarra (FNN), Ley foral 5/1987, de 1 de abril por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil foral o Fuero Nuevo de Navarra [BOE núm. 134, de 5 de junio].

⁵ Ley 1/1999, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, de Sucesiones por causa de muerte (B.O.A. número 26 de 04/03/1999). La Disposición Final Primera de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, modifica los artículos 139, 202.2.2º y 221 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

⁶ Ley 3/1992, de 1 de julio del Parlamento Vasco, de Derecho Civil Foral del País Vasco (LDCFPV) [Boletín Oficial del País Vasco, núm. 153, de 7 de agosto], reformada por Ley 3/1999, de 26 de noviembre del País Vasco. Ver: Imaz Zubiaur, L., *La sucesión paccionada en el Derecho Civil Vasco*, *La Notaria*, 2006.

⁷ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia [BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006].

⁸ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares [BOCAIB núm 120, de 2 de octubre de 1990, corrección de errores en BOCAIB, núm. 36, de 21 de marzo de 1990].

⁹ Téngase en cuenta que la Ley estatal 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, admitía la celebración de pactos sucesorios. Tal posibilidad quedó sin embargo suprimida en 1995 por la ley 19/1995 de 14 de julio.

respondían a la realidad económica ni a los actuales modelos de familia. No obstante, podemos afirmar que en la actualidad asistimos a un resurgimiento de los pactos sucesorios en aquellos sistemas en los que prácticamente habían desaparecido y a un replanteamiento o revisión de la prohibición general de los pactos sucesorios prevista en otros. Este resurgimiento y/o replanteamiento obedece en general a las importantes transformaciones sociales y familiares acaecidas en nuestra sociedad en los últimos tiempos y, en particular, a la necesidad de facilitar la transmisión de la empresa familiar y de garantizar su continuidad y supervivencia en caso de fallecimiento del empresario (o de uno de sus socios).¹⁰ Como indica CERDÀ,¹¹ a nivel europeo hace tiempo que las instituciones comunitarias se vienen preocupando de este segundo tema.¹² Existe una Recomendación de la Comisión 94/1069, de 7 de diciembre, sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas,¹³ en la que se pone de manifiesto los obstáculos que el Derecho sucesorio de determinados Estados supone para la transmisión de la empresa y cuya consecuencia no es otra que el cierre a que se ven avocadas muchas de ellas. En 1997 la Comisión organizó un Foro sobre transmisión de empresas, (el llamado Foro de Lille) en el que se hizo balance de los progresos de los Estados miembros en el establecimiento de medidas para facilitar la transmisión de la empresa familiar (por ejemplo, medidas fiscales que habían adoptado varios Estados) y, donde se recomienda a los Estados que prohíben la estipulación de pactos sucesorios que

¹⁰ Egea Fernández, J., «Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos», *InDret*, julio 2007, en www.indret.com; González Bou, E., «Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa», en Garrido Melero, M. –Fugardo Estivill, J.M. (coord.) *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, Bosch, 2005, pp. 733-766.

¹¹ Cerdà Alberó, F., «La successió en l'empresa familiar», en este volumen p. 182.

¹² La Dirección General de Empresas de la Comisión Europea ha encargado recientemente un estudio sobre las claves económicas de la Empresa familiar en Europa. Con los datos obtenidos en este estudio, adjudicado por concurso público a KMU Forschung, y si se demuestra la necesidad de acciones específicas dirigidas a las empresas familiares, la Comisión Europea podría elaborar una comunicación, *Revista del Instituto de Empresa Familiar*, 2008, p. 10, <http://www.iefamiliar.com>

¹³ A pesar de que la Recomendación se refiere a las PYME no debe confundirse este concepto con el de empresa familiar pues, como es bien sabido, la primera, supone unas limitaciones cuantitativas en cuanto a un número de trabajadores que no existen en la segunda, que cubre un amplio espectro que va, desde la pequeña tienda de pueblo a la gran empresa que produce miles de millones de euros con miles de empleados (Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, 23 de noviembre de 2001, p. 26). Ahora bien, al coincidir parcialmente la problemática de las PYMES con la de las empresas familiares de cierto volumen, debe considerarse como lógico que se utilice en defensa de las empresas familiares, los criterios europeos sobre las PYME.

piensen en la posibilidad de autorizarlos ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta transformación de la gestión del patrimonio. Es decir, se recomienda a los Estados el facilitar que el empresario pueda transmitir la empresa al hijo (o miembro) que le parezca más idóneo para continuar en el negocio y, a la vez que este último pueda ver garantizada, con la irrevocabilidad de la institución, dicha atribución incorporándose activamente en la gestión de la empresa.¹⁴ Recientemente, y con el objeto de dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión, distintos Estados europeos (Italia, Francia) han llevado a cabo reformas a fin de facilitar esa transmisión de la empresa familiar.¹⁵ Algunos autores han querido ver en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de los denominados protocolos familiares¹⁶ una clara voluntad, del legislador español, de ir diluyendo progresivamente la prohibición de los pactos sucesorios.¹⁷ Finalmente, cabe mencionar que el Libro Verde sobre sucesiones y testamentos¹⁸ plantea así mismo el tema de la sucesión contractual y en concreto en su cuestión tercera se pregunta cuál debe ser la ley aplicable a la validez de los contratos de herencia.

En Cataluña, el mismo Preámbulo de la Llei 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones señala que el régimen de los pactos sucesorios es, sin duda, la innovación más importante que presenta el Libro IV respecto al anterior Código de Sucesiones y que a pesar de que en Cataluña los pactos han sido tradicionalmente aceptados,

¹⁴ Egea Fernández, J., «Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos», *InDret*, julio 2007, en www.indret.com, p. 9.

¹⁵ En Italia, por ejemplo, la ley de 14 de febrero de 2006 n° 55 ha incluido en el Título IV del libro II del Código Civil un nuevo Capítulo V-bis, bajo la rúbrica «Del patto di famiglia», creando una nueva institución, a través de la cual el empresario transfiere en vida la empresa a sus descendientes. Sobre el «patto di famiglia» ver: Damascelli, D., «Le <pacte de famille> en droit international privé italien» en Bonomi, A. –Steiner, M. (ed.) *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé. Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, pp. 85-96. En Francia también ha habido una modificación reciente a través de la Ley 2006-728 de 23 de junio de reforma de las sucesiones y liberalidades, a través de la cual se permite la «renuncia anticipada a la acción en reducción RAAR», esto es, se permite que el heredero forzoso renuncie antes de la apertura de la sucesión a ejercer su acción en reducción en caso de alcanzar a su legítima. Sobre dicha modificación ver Saint-Amand, P.J., «La réforme des successions et des libéralités-Aspects civils et fiscaux», en Bonomi, A. –Steiner, M. (ed.) *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé. Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, pp. 39-56.

¹⁶ BOE núm. 65 de 16 de marzo.

¹⁷ Egea Fernández, J., «Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos», *InDret*, julio 2007, en www.indret.com, p. 9.

¹⁸ COM (2005) 65 final, de 1 de marzo de 2005.

su regulación respondía a una realidad socioeconómica y una concepción de las relaciones familiares propia de otra época. Por ello el Libro IV regula los pactos sucesorios de una forma más flexible y abierta. Entre las modificaciones más destacables se encuentra la apertura de los posibles contratantes. En efecto, ya no es necesario que se celebren entre cónyuges o futuros cónyuges en capítulos matrimoniales sino que también se permiten con el conviviente, con la familia de éste o con la familia propia dentro de un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. Esta nueva norma tiene en cuenta el mayor riesgo de los contratos sucesorios entre no-familiares, pero a su vez es lo suficientemente abierta para amparar *los pactos que a veces se estipulan con ocasión de la transmisión de las empresas familiares, en los cuales pueden llegar a intervenir diversas generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa* (la cursiva es mía).

Este resurgir de la sucesión contractual orientada a facilitar la sucesión de la empresa familiar nos lleva a replantear su tratamiento conflictual por el derecho interregional español. La diversidad normativa existente en la materia junto con la intervención de una pluralidad de personas (pluralidad de leyes personales) puede llevar a considerar nulos determinados pactos válidamente celebrados al amparo de otro ordenamiento jurídico.¹⁹ Por ello, tanto desde la perspectiva *ex ante* como *ex post* será fundamental conocer la ley que determinará la validez del pacto sucesorio suscrito, así como las posibles limitaciones impuestas por la intervención de la *lex successionis*. La problemática que los pactos sucesorios plantean en el ámbito de una sucesión con elementos interregionales es muchas veces común a las otras formas de delación de la herencia (testamentaria y legítima).²⁰ Por ello, centraré el análisis en aquellas cuestiones que específicamente plantean los pactos sucesorios. En particular, trataré en primer lugar la ley aplicable al fondo del pacto sucesorio. En segundo lugar, también será necesario examinar la ley aplicable a la capacidad para otorgarlos y la ley aplicable a la forma. No es, por tanto, un estudio general del Derecho interregional en materia sucesoria ni tampoco llevaré a acabo un análisis de los distintos Derechos materiales (realizado por otros autores en esta misma publicación).

¹⁹ Zábalo Escudero, E., «El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», *Revista General del Derecho*, 1989, 46 (541-42), pp. 6351-6370.

²⁰ No analizaré aspectos como el principio de unidad y universalidad, el fraude a la ley, etc.

II. LEY APLICABLE AL FONDO (VALIDEZ MATERIAL DEL PACTO SUCESORIO)

Antes de entrar propiamente en el objeto de este epígrafe, es preciso hacer unas breves consideraciones sobre nuestro sistema de Derecho interregional.²¹ El Derecho interregional debe ofrecer soluciones a los conflictos internos en materia civil respetando el marco constitucional. El art. 149.1.8. CE, como es bien sabido, atribuye al Estado competencia exclusiva para elaborar las normas para resolver los conflictos de leyes. El sistema de derecho interregional diseñado por la Constitución es un sistema unitario (a diferencia de lo previsto en otros sistemas plurilegislativos) que debe respetar ciertos límites no expresamente impuestos por la Constitución pero que han sido formulados por el Tribunal Constitucional. Entre ellos cabe destacar el principio de igualdad o paridad entre los distintos ordenamientos civiles españoles que cede, según el propio TC, ante el principio de seguridad jurídica y la certeza de las soluciones. Otro dato que no debe olvidarse es la unidad jurisdiccional.

La norma general para la solución de los conflictos internos se encuentra en el art. 16 CC según el cuál «*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV...*», esto es, las normas de conflicto que resuelven los conflictos de leyes internacionales. Ahora bien, esa remisión no puede ser en bloque y por ello el propio art. 16 CC prevé dos «particularidades» más las disposiciones especiales contenidas en los apartados 2 y 3.²² En primer lugar, se establece que será «ley personal» la determinada por la vecindad civil. En segundo lugar, no será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2, y 3 del art. 12 sobre calificación, remisión orden público.²³

²¹ En general sobre el sistema español de Derecho interregional ver: Font i Segura, A., *Actualización y Desarrollo del sistema de de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007; Borrás, A., «Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco: jornadas de estudio*, 1999, pp. 71-99; *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, 1984; Alvarez Gonzalez, S., *Estudios de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007.

²² Borrás, A., «Conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los amigos de País, Bilbao, 1999, pp. 71-89., 79.

²³ Borrás, A., *Calificación, reenvío y orden público en Derecho interregional español*, Barcelona, 1984.

A. La calificación

La primera cuestión que se plantea es la calificación de los pactos sucesorios a efectos de su subsunción en el supuesto de hecho de la correspondiente norma de conflicto. Para llevar a cabo esta operación debe determinarse la naturaleza jurídica de los pactos sucesorios. Al presentar éstos un elemento heterogéneo (se trata como hemos dicho de pactos conectados a diversos ordenamientos jurídicos, normalmente por la intervención de varias personas con distintas leyes personales) la cuestión que se plantea es la de determinar cuál de los distintos ordenamientos en presencia será el utilizado por el juez para definir la naturaleza jurídica del pacto en cuestión.²⁴ El sistema de Derecho internacional privado español resuelve esta cuestión mediante la calificación *ex lege fori*. Tal y como establece el art. 12.1 CC «La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española».²⁵ Ahora bien, es importante tener en cuenta que en Derecho interregional el problema de la calificación presenta características propias. En efecto, tal y como establece el art. 16 CC, la solución en materia de calificación prevista en el art. 12.1 CC no es aplicable en Derecho interregional dado que «ley española» lo son tanto el Derecho civil común como los Derechos forales. El principio de unidad jurisdiccional impide además identificar una de las leyes como *lex fori*.²⁶ Ello no significa que la cuestión de la calificación no se plantee a nivel interregional sino simplemente que la solución adoptada no es adecuada para solucionar los conflictos internos. Es por tanto posible que existan distintas concepciones jurídicas de una misma situación jurídica. De hecho, es lo que ocurre en materia de pactos sucesorios pues no hay un concepto unívoco. Las distintas CCAA conciben los pactos sucesorios de forma muy diferente. Se trata de figuras a caballo entre el Derecho contractual y el Sucesorio, lo que lleva a que dependiendo de la calificación que le demos puedan subsumirse en distintas normas de conflicto: la prevista en materia sucesoria, en materia contractual o incluso en determinados casos en la relativa a las donaciones.

En España, antes de la reforma del Título Preliminar del CC de 1974, el entonces art. 10.2 CC utilizaba la expresión *sucesiones legítimas y testamentarias* planteando *ab initio* un problema de calificación. El actual art. 9.8 CC supera este problema de calificación pues sustituye la

²⁴ Font i Segura, A., *Actualización y Desarrollo del sistema de de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, p. 134.

²⁵ Alvarez González, S. «Artículo 12.1 CC», Albaladejo, M.- Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol 2, pp. 842-880.

²⁶ Font i Segura, A., *Actualización y Desarrollo del sistema de de Derecho interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, p. 138.

antigua redacción por la *sucesión por causa de muerte*. Se trata de lo que denominamos calificación autónoma que evita los problemas derivados de la mención de una determinada forma de delación.²⁷ La utilización de un supuesto de hecho tan amplio nos permite subsumir distintas figuras sucesorias, incluso figuras desconocidas o mejor dicho prohibidas por el Derecho civil común. Además, y como veremos a continuación, el propio art. 9.8 CC se refiere a los pactos sucesorios cuando establece:

«La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta últim (...).»

Ambas consideraciones llevan a la doctrina y a la jurisprudencia a considerar a los pactos sucesorios claramente incluidos en la norma (STS 4 de octubre de 1982). La calificación sucesoria (en lugar de contractual) permite el respeto de los intereses de los herederos legítimos y de otras restricciones que pueden existir.

Ahora bien, ello siempre y cuando estemos ante un verdadero pacto sucesorio. Habrá figuras similares que no podrán calificarse de «*sucesión por causa de muerte*» y que tendrán cabida en otras normas de conflicto. El tema es relevante en materia de transmisión de la empresa familiar pues dependiendo del pacto realizado se aplicará una u otra norma de conflicto. Además, como se verá la solución conflictual que aporta el art. 9.8 CC dista mucho de ser satisfactoria. En efecto, como avanzaba, los distintos derechos forales regulan de forma muy diversa los pactos sucesorios. No podemos hacer un análisis comparado de la regulación material de los pactos sucesorios pues ello extralimitaría la temática planteada y colisionaría con alguna de las ponencias presentadas. Sí considero necesario hacer unas breves consideraciones. En cuanto al concepto de «pacto sucesorio», por ejemplo, el Libro IV del Código Civil de Cataluña lo concibe como un acuerdo o convenio entre dos o más personas relativo a la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante el cual se puede instituir uno o más herederos o realizar atribuciones a título particular».²⁸ A efectos

²⁷ Borrás, A., «Art. 9º8» en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 95-98.

²⁸ Egea Fernández, J., «La successió contractual en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya», p. 1, ponencia entregada por escrito en la Jornada Dret de successions: Llei 10/2008, del 10

de calificación entiendo que lo relevante será determinar que el acto es un acto *mortis causa* y por tanto referido a la sucesión por causa de muerte. Con carácter general podemos afirmar que son actos *mortis causa* aquellos cuya ejecución debe tener lugar, en todo o en parte, tras la muerte del causante. La sucesión *mortis causa* se define como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles de otra dejados tras su muerte. Lo relevante es que la muerte del *de cuius* deviene la causa del acto en cuestión. El tema se plantea fundamentalmente respecto de los pactos que implican transmisión de bienes de presente.²⁹ En ese caso podríamos cuestionar la subsunción del pacto en la norma de conflicto del art. 9.8 CC y optar por la norma de conflicto en materia de donaciones.³⁰

Por todo lo dicho, creo que resultaría menos gravoso el disponer de una definición de pacto sucesorio. Esta es la solución por la que opta el Convenio de La Haya de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte de 1989 (no en vigor para España). Este convenio contiene una regulación muy completa sobre los pactos sucesorios que, sin duda, puede ser de gran utilidad. Partiendo de una calificación sucesoria, el Convenio de La Haya da una definición autónoma de pacto sucesorio en su art. 8 CH, según el cual «A los efectos del presente capítulo, se entenderá por pacto sucesorio todo acuerdo realizado por escrito o resultante de testamentos mutuos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión futura de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo».

Partiendo del art. 9.8 CC veamos ahora la solución que aporta.

B. *Lex successioinis*

El art. 9.8 CC (en conjunción con el art. 16 CC) nos lleva a aplicar para determinar la validez material del pacto la ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento. La vecindad civil del causante como punto de conexión plantea fundamentalmente tres cuestiones. La primera, relativa a su determinación (arts. 14 y 15 CC), cuestión ésta sobre la no voy a entrar. Simplemente mencionar que la vecindad civil es un punto de conexión difuso, ya que a diferencia de la nacionalidad, se modifica automáticamente por la residencia continuada en una región con diferente

de juliol, del llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions, Barcelona, 2 de octubre de 2008, Enfoque XXI Formació Jurídica Continuada.

²⁹ Ver art. 74-76 de la Ley aragonesa.

³⁰ En este sentido del Patto di famiglia italiano ver: Damascelli, D., «Le 'pacte de famille' en droit international privé» en Bonomi, A. –Steiner, M. (ed.) *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé. Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, pp. 86-96.

Derecho civil sin declaración en contrario (art. 14.5.2 CC).³¹ Por ello, es frecuente que los propios interesados ignoren cuál es su vecindad civil o incluso que crean que tienen una y luego resulte que han adquirido otra. Nuestra norma de conflicto es claramente personalista y no admite ni prevé otro punto de conexión. Otros ordenamientos como el suizo establecen la aplicación de la ley del domicilio del causante en el momento del pacto junto con la admisión de la elección de la ley nacional del causante.³² Esta solución permite, sin duda, garantizar los objetivos perseguidos por este tipo de actos de planificación sucesoria. El disponente, y los beneficiarios sabrán *ex ante* la ley aplicable a la validez del pacto y a sus efectos.

En segundo lugar, es necesario determinar el momento en el que se tiene en cuenta la vecindad civil del causante. El art. 9.8 CC dice literalmente «*La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta última (...)*». En principio, la ley aplicable al pacto sucesorio es la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. La referencia al momento de la muerte presenta ciertos inconvenientes. El principal es el de la falta de previsibilidad, fundamental en las instituciones de anticipación sucesoria, pues la ley de la vecindad civil del *de cuius* en el momento de su muerte podría no coincidir con la ley que hubiera sido aplicable si el causante hubiera muerto en el momento de la celebración del pacto.

Esto me lleva a la siguiente cuestión que plantea la utilización de la conexión vecindad civil: el cambio de vecindad civil entre el momento del otorgamiento del pacto y el momento del fallecimiento del causante. Nuestro art. 9.8 CC aporta una solución para los casos de conflicto móvil cuando establece que los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley de la vecindad civil del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, dejando a salvo las legítimas que quedarán sometidas a la ley nacional de causante al tiempo de su fallecimiento.

³¹ Calatayud Sierra, A., «Conflictos interterritoriales entre los Derechos sucesorios españoles», RDCA, 1999-V (nº2), p. 175.

³² Nuestra norma no admite ningún tipo de *professio iuris*. Por el contrario el Convenio de La Haya de 1989 prevé en su art. 11 la posibilidad de elegir la ley aplicable al pacto siempre y cuando tal elección se limite o bien a la ley de un Estado en el cual en el momento de concluirse el pacto tuviera su residencia habitual o del que fuera nacional la persona o cualquiera de las personas de cuya sucesión se trate.

Lo positivo de esta regulación es que con ello, ciertamente, se consigue favorecer la validez material de tales pactos y en principio respetar la voluntad del causante manifestada de acuerdo con la ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento. El principal inconveniente, por contra, es que la ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento del pacto determinará la validez material del mismo pero sus efectos quedarán limitados por la ley nacional en el momento del fallecimiento, esto es, por la ley sucesoria. En este caso se produce un «*depeçage*» pues el mismo acto quedará regido por dos leyes distintas, pudiendo llevar a resultados incoherentes (y no queridos por el causante). Un ejemplo: Supongamos que mediante un pacto renunciativo los herederos legitimarios del causante renuncian a su legítima. Tal pacto es válido según la ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento y se hace teniendo en cuenta la cuantía que marca la ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento. Posteriormente se produce un cambio de vecindad civil, cuyo Derecho no admite tales pactos (muere de vecindad civil común). Según el art. 9.8 CC la validez del pacto queda garantizada pero dejando a salvo las legítimas previstas por la ley sucesoria (en nuestro ejemplo el Derecho civil común). En este caso la solución del art. 9.8 CC de hecho, invalida la renuncia realizada por los legitimarios. Si, por el contrario el ordenamiento de la nueva vecindad civil admite los pactos renunciativos pero tiene un sistema de cuotas legitimarias distintas pueden plantearse dos situaciones: bien el sistema legitimario de la última vecindad civil tiene unas cuotas más amplias (catalán que fallece con vecindad civil común) o bien más reducidas. En ambos casos el art. 9.8 CC determina la validez del pacto. Como afirma FONT cabría que en el primer caso el legitimario que ha renunciado perciba lo que resta hasta alcanzar la legítima prevista en la ley sucesoria (lo cual no era la voluntad expresada en el pacto) y en el segundo cabría restituir lo percibido en exceso a los herederos o bien conservar la validez del pacto y se colacionar el exceso en calidad de donación *inter vivos*.³³

En cualquier caso la solución del art. 9.8 no es una solución óptima ni satisfactoria. Por ello, entiendo que lo mejor sería una reforma del art. 9.8 CC de forma que el momento relevante fuese el momento del otorgamiento, esto es, la ley aplicable al pacto sucesorio fuese la ley de la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento.

Otro de los problemas que puede plantear la norma prevista en el art. 9.8 CC es la solución que prevé con respecto a los derechos del cónyuge viudo y sus efectos respecto la validez de los pactos sucesorios. Según

³³ Font Segura, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, 2000, fasc. I, p. 64.

esta disposición «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente, se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre de las legítimas de los descendientes*». Por tanto, los derechos del cónyuge viudo se rigen por la ley aplicable a los efectos del matrimonio, ie, por la ley determinada de conformidad con los art. 9.2 y 9.3 CC. De esta forma, nuestro Derecho internacional privado español solventa el problema de adaptación que, como consecuencia de un conflicto móvil, puede producirse entre el régimen económico matrimonial y la sucesión del cónyuge viudo.³⁴ No obstante, esta solución puede plantear algún inconveniente en materia de pactos sucesorios (siendo muy frecuente que estos pactos se realicen entre cónyuges). De nuevo, se producirá la aplicación cumulativa de varias leyes a un mismo acto. La validez y los efectos del pacto se regularán por la ley sucesoria mientras que los derechos del cónyuge viudo se regirán por la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

C. Ámbito de la ley sucesoria

Determinada la ley aplicable a la validez del pacto deberemos saber qué cuestiones quedan regidas por la misma, es decir, el alcance de la *lex successionis*. Sin ánimo de ser exhaustiva en este punto, sí considero relevante destacar los siguientes aspectos.

La ley sucesoria determinará las denominadas legitimaciones, es decir, las limitaciones en cuanto a los otorgantes del pacto sucesorio. Por ejemplo, el Libro IV del Código Civil de Cataluña en su art. 431.2 amplía el círculo de personas que pueden otorgar pactos, más allá del matrimonio y de la relación paterno-filial, pero sin salirse del ámbito familiar.³⁵ En este sentido, se permite que se puedan convenir con el cónyuge o futuro cónyuge, con el conviviente en unión estable de pareja, con los parientes —por consanguinidad o por afinidad— en línea recta (sin límite de grado) o en línea colateral dentro del cuarto grado y finalmente, también se permite

³⁴ Calvo Caravaca, A.L., «Artículo 9, apartado 8», en Albaladejo M. –Díaz Alabart, S. (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, pp. 385-386; Bouza Vidal, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977; Zábalo Escudero, *La situación del cónyuge viudo en Derecho internacional privado e interregional*, Pamplona, 1993; Álvarez González, S., «Dos cuestiones de actualidad en el creciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío», *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131-157.

³⁵ Egea Fernández, J., «La successió contractual en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya», p. 2, ponencia entregada por escrito en la Jornada Dret de successions: Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions, Barcelona, 2 de octubre de 2008, Enfoque XXI Formació Jurídica Continuada.

con los parientes por consanguinidad en línea directa o en línea colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente. Por el contrario, otros ordenamientos forales no prevén tales limitaciones (la ley aragonesa, por ejemplo). El problema que se plantea respecto de las legitimaciones es que la ley que tendrá en cuenta el otorgante-causante es la ley de su vecindad civil en el momento del otorgamiento y no la correspondiente a la que ostente en el momento del fallecimiento. Aplicar ésta última a las legitimaciones no parece ajustarse a la realidad.³⁶ Por ello, comparto la opinión de FONT cuando dice que deberá forzarse la letra del art. 9.8 CC para conseguir aplicar la ley de la vecindad civil en el momento del otorgamiento. La literalidad del 9.8 CC no permitiría tal interpretación pues establece que «*los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del [...] disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez*» y en este caso parece que son disposiciones nulas de pleno derecho.³⁷

Es posible, que el pacto sucesorio imponga cargas al beneficiario (como por ejemplo, el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros) o le atribuya una finalidad determinada (por ejemplo, el mantenimiento y la continuidad de una empresa familiar).³⁸ También en este caso estaremos a lo previsto en la ley sucesoria teniendo en cuenta lo dispuesto en el segundo inciso del art. 9.8 CC. Por lo que respecta a la ineficacia del pacto por incumplimiento del modo impuesto deberemos aplicar la ley personal del disponente en el momento del pacto (momento en que se impuso el modo) por mucho que posteriormente haya un cambio de vecindad civil.

Uno de los temas más controvertidos en materia de pactos sucesorios es el de su irrevocabilidad unilateral, para algunos consustancial a todo pacto sucesorio, pues es lo que lo diferencia del testamento y lo que lo convierte realmente en una alternativa a la sucesión testamentaria.³⁹ En principio la revocabilidad/irrevocabilidad del pacto, los requisitos para su

³⁶ El mismo razonamiento hace Font respecto de las incapacidades específicas respecto de la sucesión testamentaria, Font Segura, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, 2000, fasc. I, p. 29.

³⁷ Así lo establece, por ejemplo, el art. 431.9.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña.

³⁸ Por ejemplo art. 431.6 del Libro IV del Código Civil de Cataluña.

³⁹ Sanchez Aristí cree que «sólo es admisible hablar de revocabilidad del pacto sucesorio en atención a una disposición legal que así lo prevea (normalmente con base en haber protagonizado el heredero o legatario contractual un agravio hacia el disponente, merecedor de un reproche de indignidad o desheredación), o, en virtud de una cláusula insertada a tal fin en el pacto de voluntades de las partes». Ver al respecto art. 86.1.c) LASCN, art. 132.1.d) LDCG o también citado por el autor § 2294 BGB. Sanchez Aristi, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, ed. Comares, Granada 2003, p. 10, nota 14.

revocación (unilateral o bilateral) y las causas de revocabilidad⁴⁰ quedan regulados por la ley sucesoria. El problema se plantea porque la revocación tendrá lugar en un momento posterior al momento del otorgamiento del pacto⁴¹ y anterior a la apertura de la sucesión. Como afirma CALATAYUD la revocación requiere de un nuevo acto que, en cuanto a los requisitos formales y de capacidad se regirá por lo dispuesto en los art. 11 y 9.1 CC.⁴² El Convenio de La Haya de 1961 sobre ley aplicable a las disposiciones testamentarias (no aplicable en materia de pactos sucesorios, como veremos posteriormente) prevé además la validez de la revocación realizada de conformidad con el ordenamiento en virtud del cual la disposición revocada era válida (art. 2), regla que parece bastante razonable.⁴³ En cuanto a la ley aplicable a los requisitos especiales de revocación habrá que estar a la ley personal del que revoca en el momento del otorgamiento del pacto. Ello se desprende del segundo inciso del art. 9.8 CC pues si la validez del pacto queda salvaguardada de conformidad con la ley personal del disponente en el momento del otorgamiento es lógico que quepa revocarlo conforme a esa misma ley.⁴⁴ También el contenido y la tipología de pactos sucesorios y los efectos en vida y tras la muerte del causante, quedarán regulados por la ley sucesoria.

La norma de conflicto prevista en el art. 9.8 CC sólo determina la ley aplicable al fondo de los pactos sucesorios o de la sucesión contractual, pero no la ley aplicable a la capacidad para otorgarlos ni la ley aplicable a la forma de tales pactos.

⁴⁰ En el nuevo Libro IV del Código Civil de Cataluña, los pactos se pueden revocar por indignidad del beneficiario, por las causas pactadas expresamente en el contrato; por el incumplimiento de cargas, por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad esencial o por un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias fundamentales (ver arts. 431.13; 431.14; 431-15; 431-16; 431-17. Como indica el Preámbulo, esta multiplicidad de causas de revocación ha exigido que también se regulen las consecuencias en cada caso, teniendo en cuenta si hay disposiciones correspectivas o si alguna de las partes ha cumplido obligaciones o cargas que hayan enriquecido al otro otorgante. Téngase en cuenta además que determinados pactos son revocables (en el derecho civil de Galicia, por ejemplo, se regula un pacto esencialmente revocable, como es el usufructo voluntario de viudedad de los art. 118 y ss. de la ley de 24 de mayo de 1995).

⁴¹ Calatayud Sierra, A., «Conflictos interterritoriales entre los Derechos sucesorios españoles», *RDCA*, 1999-V (nº2), p. 189.

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem.

III. LEY APLICABLE A LA FORMA

En materia de ley aplicable a la forma, acudimos al art. 11 CC. No es de aplicación el Convenio de La Haya de 1961 sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias a pesar de que España es parte del mismo y de que es un convenio *erga omnes*. Ello es así debido en primer lugar a que el propio Convenio excluye de su ámbito de aplicación los pactos sucesorios.⁴⁵ En segundo lugar, no está claro que el Convenio de La Haya rijan también los conflictos internos pues nada establece al respecto, aunque parte de la doctrina defiende su aplicación.⁴⁶

El art. 11 CC parte del principio del *favor negotii*, es decir, está dirigido a evitar negocios jurídicos claudicantes, válidos conforme a un ordenamiento y nulos conforme a otro por motivos de forma. Por tanto, favorece la validez del acto. Para conseguir dicho objetivo material utiliza varios puntos de conexión alternativos de tal forma que el acto será válido si cumple con los requisitos de forma de cualquiera de los ordenamientos que dicha disposición prevé. Según el art. 11 CC:

«Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que estos radiquen (...)

2. Si la ley reguladora del contenido los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso de otorgarse aquellos en el extranjero (...).».

Ahora bien, es importante tener en cuenta lo que dice el apartado segundo del art. 11 CC pues todos los derechos españoles requieren como exigencia formal que el pacto conste en escritura pública. Se trata de un requisito de forma *ad solemnitatem* y por tanto el art. 11.2 CC determina le ley aplica a la forma.

⁴⁵ Téngase en cuenta que el Convenio de La Haya de 1961 se aplica a los testamentos mancomunados.

⁴⁶ Forner Delaygua, J. J., «Forma de las disposiciones testamentarias: reforma del Código civil español y de la legislación catalana», *REDI*, 1992, 1, p. 273. En el mismo sentido Font Segura, A., «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *Anuario de Derecho Civil*, 2000, fasc. I, p. 32.

Algunos derechos forales prevén la posibilidad de que los pactos sucesorios se otorguen en capitulaciones matrimoniales.⁴⁷ En tal caso deberá de tenerse en cuenta las normas especiales relativas al otorgamiento de capítulos matrimoniales, tanto por lo que respecta a capacidad como a la forma. Por ello deberemos considerar la necesidad de determinar la ley aplicable las capitulaciones matrimoniales. Parte de la doctrina considera que el supuesto de hecho del art. 9.3 CC no puede comprender este tipo de pactos pues se refiere «*los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico matrimonial*» y el pacto sucesorio no lo es. No obstante, coincido con RODRÍGUEZ PINAU quien sostiene que «la validez de estos pactos sucesorios que constan en capitulaciones supone un doble análisis: por una parte hay que determinar si la ley de las capitulaciones permite incorporar este tipo de cláusulas. Por otra, será la ley del fondo, la *lex causae* (de la relación jurídica que se pretende introducir), la que establezca si y con qué alcance es posible realizar estos negocios en capitulaciones. Sólo cuando concurren las dos condiciones podremos admitir la validez del negocio así introducido; entenderlo de otro modo podría suponer que se sancionara el negocio realizado en fraude de uno de los dos».⁴⁸

IV. LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD PARA OTORGAR EL PACTO

En cuanto a la ley aplicable a la capacidad, es preciso tener en cuenta que se trata de negocios jurídicos en los que suelen intervenir distintas personas. Los pactos sucesorios pueden celebrarse entre varias personas, mutuamente o a favor de uno o varios beneficiarios pudiendo estos beneficiarios ser otorgantes o terceros. Por tanto, podríamos distinguir entre: otorgante-causante; otorgante favorecido; otorgante no favorecido (cuando es recíproco) y tercero. Esta pluralidad de intervinientes/

⁴⁷ Así parece desprenderse por ejemplo de la Ley 2/2003, de 12 de febrero sobre el régimen económico matrimonial y viudedad (Lrem.) según la cual los capítulos matrimoniales rigen el régimen económico de los cónyuges pudiendo asimismo tratar de la sucesión (art. 13.1). Como indica Martínez Martínez la conclusión de pactos sucesorios entre esposos o futuros esposos mediante la vía de los capítulos es muy frecuente en Aragón. Martínez Martínez, M. «Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne», en Bonomi, A. –Steiner, M. (ed.) *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé. Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, p. 117. Asimismo el art. 74 LDCFPV dispone que «*mediante capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública puede disponerse la sucesión de bienes de los otorgantes*».

⁴⁸ Rodríguez Pinau, E., *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 50.

beneficiarios plantea, como veremos a continuación, distintas cuestiones en el ámbito de la ley aplicable a la capacidad para otorgar el pacto.

Una primera cuestión que nos podríamos plantear es si a efectos de la validez material del pacto es relevante la ley personal del otorgante-favorecido (el no causante). Es decir, surge el problema del otorgamiento del pacto sucesorio cuando la ley de alguno de los otorgantes (no causantes) no lo admite.⁴⁹ Se plantea si podemos, por ejemplo, otorgar un pacto sucesorio instituyendo a una persona de vecindad común. Creo que a efectos de validez del pacto la única ley personal relevante es la del otorgante-causante, en tanto que *lex successionis*. Ahora bien, ello no significa que no debamos tener en cuenta lo previsto en la ley personal del otorgante favorecido a efectos de capacidad para otorgar ese pacto.

Esto me lleva a la necesidad de determinar la ley aplicable a la capacidad necesaria para otorgar el pacto. La norma de conflicto prevista en el art. 9.8 CC sólo determina la ley aplicable al fondo de los pactos sucesorios o de la sucesión contractual, pero no la ley aplicable a la capacidad para otorgarlos. Por ello, deberemos recurrir a la norma general en materia de capacidad. El art. 9.1 CC, establece que «*La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*». Dicha disposición en conjunción con el art. 16 CC nos lleva a la ley de la vecindad civil de cada uno de los intervinientes la que determine los requisitos de capacidad para otorgar el pacto. Cuando la ley personal del otorgante-beneficiario sea el Derecho civil común entiendo que lo más oportuno será acudir a la capacidad general de obrar (art. 1263 CC).⁵⁰

V. CONCLUSIÓN

Como conclusión diré que si el legislador (estatal/autonómico) pretende impulsar la utilización de los pactos sucesorios como vehículo que permita facilitar la sucesión de la empresa familiar será necesario reforzar al máximo la previsibilidad de los efectos del pacto, no sólo a nivel material sino también a nivel conflictual. Para ello, se hace indispensable modificar el art. 9.8 CC pues son muchos los interrogantes que hemos planteados a lo largo de estas páginas. Cómo debe llevarse a cabo esa reforma requiere de un estudio de *lege ferenda* que excede el objetivo de esta comunicación.

⁴⁹ Calatayud Sierra, A., «Conflictos interterritoriales entre los Derechos sucesorios españoles», RDCA, 1999-V (nº2), p. 179.

⁵⁰ En su caso, habría que mirar la norma específica del art. 323 CC.

El trabajo que presento sí ha servido para detectar las lagunas y fallos del art. 9.8 CC con respecto a los pactos sucesorios destacando entre ellos los innumerables desajustes a los que lleva la aplicación de la ley de la vecindad civil del otorgante en el momento del fallecimiento cuando se produce un cambio de vecindad civil (supuesto que ocurre con bastante frecuencia dadas las características de la vecindad civil como punto de conexión). Y ello a pesar de que el propio art. 9.8 CC aporta una solución al conflicto móvil.

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS. FACTORES DETERMINANTES DE SU RENACIMIENTO: LA LEY BALEAR 22/2006, DE 19 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES; Y LOS PROTOCOLOS FAMILIARES

MARÍA PILAR FERRER VANRELL
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

SUMARIO. I. LOS FACTORES EXÓGENOS DETERMINANTES DEL RESURGIMIENTO DE LOS PACTOS SUCESORIOS. 1. Los Protocolos Familiares y la sucesión contractual. 2. Las bonificaciones de las cargas tributarias y el resurgir de los pactos sucesorios. 2.1. Las reducciones impositivas en las transmisiones inter vivos a título lucrativo de la Empresa Familiar. 2.2. Título V de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. 2.3. La modificación del Título V de la Ley 22/2006, por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas. La falta de exactitud en el tipo adquisitivo. 3. El problema de los efectos adquisitivos derivados del pacto sucesorio, desde el prisma tributario. 3.1. Pactos de sucedendo. 3.2. Pactos de non sucedendo. 3.3. La cuestión del «título sucesorio» a efectos tributarios. 4. Los títulos adquisitivos de los bienes objeto de la donación universal (art. 8 CDCIB) y del presupuesto de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB). II. LA DONACIÓN UNIVERSAL DE BIENES PRESENTES Y FUTUROS. I. La donación universal. Concepto. 2. Los bienes que se transmiten en la donación universal y el título adquisitivo. 2.1. ¿Qué significa «universalidad de la donación»? 2.2. Objeto de la donación. 2.2.1. Concepto de bienes presentes y futuros. 2.2.2. Los bienes presentes, sus clases. 2.2.3. Los bienes futuros. 2.2.4. Destino de la «reserva» de los bienes presentes y futuros. 2.3. Los títulos adquisitivos en la donación universal. La teoría del doble título. 2.3.1. El doble título. 2.3.2. Distinción de los conceptos «eficacia» y «efectividad» de la donación. 3. Los momentos adquisitivos en la donación universal y la Ley 22/2006. III. LA DIFFINITIO COMO TÍTULO SUCESORIO EN LA LEY 22/2006. 1. Aproximación a la institución de la *diffinitio*. 1.1. El presupuesto negocial: la constitución de dote o donación ob causam. 1.2. Objeto de la atribución patrimonial. 1.3. El presupuesto negocial y la cláusula de imputación o nexo de causalidad en el art. 50 CDCIB. 2 El negocio de *diffinitio*. 2.1. La naturaleza jurídica de la renuncia o *diffinitio*. Su interpretación histórica. 2.2. El

objeto de la *diffinitio*. Los derechos definidos. 3. La eficacia negocial. Quiebras a la *exceptio pactum de non petendo*. 4. El momento adquisitivo en la *diffinitio* en relación a la Ley 22/2006.

I. LOS FACTORES EXÓGENOS DETERMINANTES DEL RESURGIMIENTO DE LOS PACTOS SUCESORIOS

La actividad legislativa del Parlamento de las Illes Balears, en materia de derecho civil que es de su competencia exclusiva, ha sido casi inexistente. La Compilación se modificó por Ley 8/1990, de 28 de junio y Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el cual se aprueba el texto refundido. Esta escasa modificación tuvo como finalidad, principalmente, adaptar la originaria Compilación de 1961 a la Constitución, sin plantearse una reforma en profundidad.

De esta situación ha derivado la escasa utilidad de algunas de las instituciones propias por falta de adaptación a las necesidades sociales, empresariales y económicas actuales. En esta tesitura se encuentra la llamada «sucesión contractual», que es un modo de deferirse la sucesión permitido en el Libro I para Mallorca (art. 6) y en el Libro III para Ibiza-Formentera (art. 69) de la Compilación de las Illes Balears.

Tradicionalmente los pactos sucesorios fueron el mecanismo de cohesión de la explotación agraria familiar; la «donación universal de bienes presentes y futuros», junto a la definición de los derechos sucesorios futuros han sido los instrumentos de mantenimiento de la «Casa»,¹ evitando su fragmentación.

En realidad la regulación de estas instituciones en la Compilación podría utilizarse, actualmente, como sistema para organizar la sucesión en la Empresa Familiar,² a semejanza de la sucesión en la Explotación agraria familiar. En el derecho balear la designación irrevocable de heredero mediante la donación universal de bienes presentes y futuros (arts. 8 a 13 del Libro I y art. 73.3 del Libro III) no está ligado a los Capítulos matrimoniales, por lo que es un sistema más flexible, al no ser preceptivo contraer matrimonio, como ocurre en Cataluña. Tan sólo en el Libro III, para Ibiza-Formentera, era frecuente que si quiere pactarse heredamiento se formalizara en «espolits», como ha sido tradicional en Cataluña, aunque

¹ Entendida en su significado de «familia», Badosa Coll, Ferran, *Comentaris a les Reformes del Dret Civil de Catalunya*, Vol.I, Barcelona, 1987, pág. 392.

² López Burniol, J.J. comenta la utilidad de los heredamientos para la conservación de la empresa familiar en *La Resurrecció dels capítols matrimoniales*, discurso pronunciado con ocasión de su ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

el artículo 72 CDCIB permite otorgarse, también, fuera de capítulos, en escritura pública.

Sin embargo la sucesión contractual ha perdido la importancia que tuvo históricamente. Han sido factores externos a la propia regulación legal de la institución contractual de heredero y a la *diffinitio* de los derechos sucesorios futuros los que han propiciado su renacimiento, como son los Protocolos Familiares y la Ley balear sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

- 1) El primer factor importante, aunque limitado subjetivamente ya que afecta exclusivamente a quienes son titulares de las participaciones de una Empresa Familiar,³ son los Protocolos Familiares, entendidos como los acuerdos entre los titulares de una Empresa Familiar que, de forma libre y voluntaria, pueden adoptar para regular la organización de las relaciones entre la Familia, el Patrimonio y la Empresa, entre las que puede destacarse el relevo generacional y, en particular, la sucesión *mortis causa* en la empresa.
- 2) En segundo lugar y de forma principal, el factor que ha propiciado el resurgir de los pactos sucesorios ha sido la exención impositiva propia de las transmisiones sucesorias y gratuitas; la *ley balear 22/2006, de 19 de diciembre de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones*, modificada parcialmente por *ley 6/2007, de 27 de diciembre de medidas tributarias y económico-administrativas*, ha suprimido, prácticamente, el impuesto que grava las transmisiones *mortis causa*, cuando estas transmisiones se causan entre determinados parientes (grupo I y II del art. 2); y también ha rebajado notablemente el impuesto de donaciones.

El Impuesto sobre sucesiones y donaciones, es un tributo que grava las adquisiciones gratuitas o lucrativas de las personas físicas y es de carácter directo y progresivo que se exige en todo el territorio español (excepción de los conciertos con el País Vasco y la Comunidad Foral Navarra). El hecho imponible es: 1) las adquisiciones por cualquier título sucesorio; 2) las adquisiciones a título gratuito *inter vivos*; 3) la percepción de los beneficios derivados de un seguro de vida.

³ En el Informe de la Ponencia sobre la problemática de la Empresa Familiar (Senado. BOCG num. 312. 23 de noviembre de 2001) la Empresa Familiar se definía por unos caracteres: 1) que la familia, por su participación, ejerza el control; 2) que los miembros de la familia participen en la gestión; 3) que se haya previsto la continuidad de la misma mediante la incorporación de las nuevas generaciones.

Este Impuesto es un tributo cedido a las CCAA, del que se hacen cargo por delegación del Estado, por lo tanto, es de aplicación la legislación estatal, pero las CCAA pueden regular determinados aspectos, por ej. la fijación de la tarifa y las reducciones de la base imponible de las adquisiciones *mortis causa*, entre otras; aún así están sujetas a las Respuestas a las Consultas Vinculantes a la SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos; también deben mantener las reducciones establecidas por el Estado aunque pueden crear otras reducciones añadidas propias de las CCAA. Esta es la situación que se ha producido en la CA de las Illes Balears.

1. Los Protocolos Familiares y la sucesión contractual

Los Protocolos Familiares son de tradición anglosajona (*shareholder's agreement*);⁴ en España en 2001 se constituyó la Ponencia de la Comisión de Hacienda del Senado para analizar la problemática que presentaban las Empresas Familiares,⁵ que emitió un Informe recomendando desarrollar la formalización de los Protocolos Familiares, al considerarse un instrumento capital para intentar armonizar Empresa y Familia. Finalmente se aprobó el Real Decreto 17/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de los Protocolos Familiares.⁶ Unos años antes, la Disposición Final Primera de la ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, dio nueva redacción al párrafo segundo del art. 1056 del Código civil, con el fin de facilitar la sucesión en la Empresa Familiar.

Uno de los elementos importantes del contenido del Protocolo Familiar son los acuerdos sobre las medidas legales que se pactan con la finalidad de conservar la Empresa en manos de la Familia, porque uno de los problemas que surgen en la Empresa Familiar es establecer las reglas de sucesión entre los familiares para la continuidad de la Empresa; estas medidas se incluyen, por una parte, en las capitulaciones matrimoniales y por otra en el ámbito sucesorio, por testamento, o bien, en los derechos civiles territoriales que lo admitan, por pacto sucesorio.

En este sentido, uno de los compromisos que acostumbra a establecerse, tendente a que el Protocolo Familiar sea un instrumento eficaz para la

⁴ Según Vicent Chuliá el *Shareholders agreement de la Close Corporation* en EEUU es el equivalente al Protocolo Familiar, y consiste en un acuerdo entre los familiares, que son los titulares de la Empresa, y que acuerdan la gestión, organización y relaciones económicas y las profesionales entre la Familia y la Empresa. «Organización jurídica de la empresa familiar». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º. 5. 2000-1. Aranzadi. pág. 38.

⁵ Cabrera, M. K.; García Almeida, D. *La teoría de la empresa basada en conocimiento y la formación del sucesor en la empresa familiar*. *Esic Market*, Mayo-Agosto 2000, pp. 47-57.

⁶ Fernández Del Pozo, Luis, *El protocolo familiar, empresa familiar y publicidad registral*. Editorial Aranzadi. Madrid 2008.

continuidad de la Empresa sólo en manos de la Familia propietaria, es que los miembros de tal familia empresarial otorguen capitulaciones matrimoniales pactando el régimen económico de separación de bienes para regir las relaciones patrimoniales de los cónyuges, con la finalidad que las participaciones empresariales permanezcan siempre en el seno de la Familia, evitando la entrada del cónyuge en la propiedad de la empresa.⁷ Otro de los elementos convenidos en el Protocolo Familiar es la sucesión familiar en la Empresa,⁸ que se establece en el Protocolo mediante el compromiso de los miembros de la Familia para que otorguen testamento con el fin de mantener dentro de la Familia su propiedad, y especialmente se comprometen a designar la persona de la familia que sucederá en la Empresa, eligiendo así la que sea idónea para gestionarla, para lo cual se obliga a otorgar testamento en un determinado sentido. Al no tratarse de pactos sucesorios, no garantizan el sentido del testamento, (aunque este incumpliendo pueda tener sus consecuencias en el ámbito mercantil, art. 64 LSA y art. 32 LSL), porque se trata, simplemente, de una promesa de otorgar testamento que puede revocar, posteriormente, dado tal carácter en los negocios mortis causa.

Sin embargo estas cláusulas, de dudosa legalidad, presentan numerosos problemas, y así lo ha puesto de relieve la doctrina. El cumplimiento⁹ de estos acuerdos no puede exigirse judicialmente, sólo cabría exigirlos, si las partes que han firmado el Protocolo Familiar han acordado unas cláusulas penales para el caso de incumplimiento; pero nunca es exigible, por ser un acto personalísimo, que otorgue testamento en el sentido acordado en el

⁷ Gortázar Lorente, argumenta la importancia de incluir en las Capitulaciones las consecuencias de la ruptura en lo tocante a las compensaciones económicas, para que quede a salvo la EF, incluyendo en la nota 9 la opinión de la doctrina respecto al carácter dispositivo de estas cláusulas. *Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo*, Ponència a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa

⁸ Como dice Egea Fernández, J., haciéndose eco del Foro de Lille, «los pactos sucesorios permiten al empresario anticipar su sucesión y posibilitan la incorporación del elegido como sucesor en las actividades de la empresa, sin que éste pueda temer que la llamada resulte frustrada», *Protocolo familiar y pactos sucesorios La proyectada reforma de los heredamientos*, Indret 3/2007, pág.11 en: Indret.com.

⁹ Xavier Tua López., dice «el protocolo familiar no es una herramienta sino que como hemos visto a lo largo de esta exposición, es una caja de herramientas, cada una con su específico tratamiento en nuestro derecho positivo y que no pueden ser metidas todas en un mismo saco para darles validez o eficacia respecto a terceros por el mero hecho de que accedan al Registro Mercantil (nos planteamos si efectivamente en el caso de incumplimiento del protocolo familiar, por el hecho de estar depositado o inscrito en el Registro Mercantil sería de obligado cumplimiento para las parte, es decir vinculante para las mismas, nosotros creemos que sí, pero, no es menos cierto que los problemas que plantea la sucesión de una empresa familiar son complejos y van más allá de una regulación paraestatutaria o extraestatutaria de la empresa)», «La regulación de los protocolos familiares». *Noticias Jurídicas*, marzo 2007

Protocolo; ni exigir que convengan Capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes al que se comprometieron.

El problema que se plantea, en este punto, es el carácter revocable de los negocios mortis causa. Además la propia cláusula del Protocolo Familiar, comprometiéndose a testar en un determinado sentido, es contraria a un principio sucesorio romano de capital importancia, como es la libertad de testar, ya que la voluntad del testador debe ser mutable hasta su muerte y su traducción está en la propia revocabilidad del testamento. Este principio romano choca en el Libro I y III de la Compilación con la irrevocabilidad de los pactos sucesorios, cuyo origen está en el Derecho Municipal o Estatutario; porque en nuestro derecho balear conviven principios romanos con los principios de *iura propria*, que tuvieron su origen en el derecho feudal y así se han trasladado a la Compilación.

Este importante aspecto sucesorio¹⁰ del Protocolo Familiar, del que, en muchas ocasiones, depende la continuidad de la Empresa, puede obtener mejor resultado en el ámbito de los pactos sucesorios en los derechos civiles territoriales¹¹ que lo admiten, ya que están prohibidos por el Código civil (art. 1271 Cc).

La sucesión contractual es el elemento idóneo para facilitar la continuidad de la Empresa Familiar, al designar de forma irrevocable al sucesor, al margen del Protocolo Familiar. En concreto, las instituciones sucesorias propias de la Compilación balear sobre sucesión contractual son las adecuadas para conseguir los objetivos perseguidos. Me refiero a la donación universal de bienes presentes y futuros (art. 8 CDCIB) que permite nombrar de forma irrevocable al sucesor; y a la *diffinitio* (art. 50 CDCIB), como institución complementaria, que facilita la permanencia de la Empresa, al permitir la renuncia anticipada a sus futuros derechos legitimarios.

¹⁰ Gortázar Lorente, C, enumera unas pautas para lograr el buen fin de la sucesión en la Empresa Familiar, «En la práctica jurídica se ha constatado que algunas pautas jurídicas favorecen la consecución de los mencionados objetivos, siempre en coordinación con los Estatutos Corporativos. De entre ellas, y con carácter enunciativo, cabe mencionar las siguientes: 1. Utilización de la sustitución fideicomisaria como alternativa al derecho de usufructo o en caso de concurrir situaciones de incapacidad en algún sucesor. 2. Limitación en la administración y disposición de bienes heredados por menores e incapaces y nombramiento de administradores patrimoniales (art. 150 C.F.) con facultades de administración extraordinaria (artículo 153.1 C.F). 3. Nombramiento de albacea universal con funciones de interpretación de la voluntad testamentaria y de arbitraje en caso de conflicto. 4. Inclusión de la Cautela Socini (art. 360.2 CS)». *Derecho y empresa familiar...*, cit.

¹¹ Ver per.tot. Egea Fernández, J. *Protocolo familiar y pactos sucesorios...*, cit., Indret 3/2007.

Esta es una cuestión principal porque una de las causas de la disolución de las Empresas Familiares es la sucesión;¹² esta preocupación está plasmada en las Recomendaciones del Foro de Lille con el fin de que el empresario pudiera garantizar la transmisión de la Empresa Familiar, de forma irrevocable, a la persona más apropiada para gestionarla; incluso esta situación puede presentarse antes de su fallecimiento, ya sea por incapacidad temporal o definitiva del propio empresario.

Esta situación queda perfectamente resuelta mediante la donación universal de bienes presentes y futuros, regulada en el Libro I de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears, puesto que es una institución que en su origen fue concebida para dar continuidad a la «Casa», permitiendo la transmisión actual de la propiedad y la designación irrevocable del futuro sucesor (art. 8 CDCIB).

Precisamente en el citado Foro de Lille, que se celebró el 3 y 4 de febrero de 1997, se recomendó la supresión de las prohibiciones legales de los pactos sucesorios, por ser unos instrumentos que facilitan la continuidad de la Empresa Familiar. Estas Recomendaciones iban dirigidas a los Estados Miembros con la finalidad que tomaran las medidas legales oportunas para allanar el camino de la sucesión en la Empresa Familiar.

Las reformas del Código civil, en esta materia, han sido escasas, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, en su Disposición Final Primera, modifica el art. 1056 en su segundo párrafo; el art. 1271 y el art. 1406,2 Cc. Estas modificaciones no allanan el problema de la revocabilidad de las disposiciones mortis causa, porque la modificación del segundo párrafo del art. 1271 no ha abierto la posibilidad a los pactos sucesorios.

Sin embargo, como después se explicará, la Ley balear 22/2006 posibilita unas deducciones impositivas muy importantes cuando se trata de donación de participaciones en la Empresa Familiar.

¹² Garrido Melero, M./Fugardo Estivill, J.M. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (7 Tomos), Editorial Bosch, Barcelona 2005. Ver el Tomo IV, sec. 2ª, 16, sobre la transmisión de la empresa familiar; y Tomo VI, sec. 6ª sobre la sucesión en la Empresa Familiar. También se puede consultar, Barbeito Roibal, S; Guillén Solórzano, E.; Martínez Carballo, M.; Domínguez Feijoo, G.; (2004); «Visión europea del proceso de sucesión en la empresa familiar»; *Boletín Económico de ICE*, nº2821; pp. 27-37. Gallo, Miguel Angel, *La sucesión en la empresa familiar*, Editorial La Caixa, Barcelona, 1998.

2. Las bonificaciones de las cargas tributarias y el resurgir de los pactos sucesorios

El otro extremo a tener en cuenta en el resurgimiento de los pactos sucesorios, es el aspecto tributario. Precisamente la Comisión europea formuló una Recomendación 94/1069/CE de 7 de diciembre sobre transmisión de pequeñas y medianas empresas, por la dificultad que entraña la transmisión de la empresa, principalmente *mortis causa*, y también en la Comunicación de 29 de junio de 1994 indicaba la necesidad de reducir la carga tributaria cuando el objeto de la sucesión o la donación fuese una Empresa Familiar.

Desde esta óptica e incluso más allá de la Recomendación de reducir la carga tributaria cuando el objeto de la sucesión o donación fuese una Empresa Familiar, es importante para Baleares hacer referencia a la reciente Ley del Parlamento de las Illes Balears 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuyo Título V ha sido modificado por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Económico-Administrativas. Esta ley tributaria ha supuesto, prácticamente, la eliminación del impuesto de sucesiones entre cónyuges, descendientes y ascendientes (art. 2). La Exposición de Motivos de la Ley 22/2006 (I,3) dice «así, dentro de estos límites, preside la clara vocación de no suprimir el impuesto (cuyo establecimiento compete al Estado), pero sí de rebajar sustancialmente la carga fiscal del mismo a un número significativo de contribuyentes, concretamente a aquéllos que son más próximos al causante (descendientes, cónyuge y ascendientes)».

También reduce, notablemente, el impuesto de donaciones entre los mismos parientes, y, específicamente, si el objeto es la Empresa Familiar.

Esta Ley ampara de forma explícita las instituciones que conforman la llamada sucesión contractual regulada por la Compilación de las Illes Balears (art. 6 y art. 69), en términos de la EM. II,6, dice: «en consecuencia, una reforma tendente a cumplir los objetivos anteriormente enunciados no podía dejar de lado el régimen aplicable a algunas de estas instituciones peculiares, tales como la definición o la donación universal, y el finiquito de legítima o los pactos sucesorios». La Ley 22/2006 enumera los pactos sucesorios regulados en la Compilación balear a los que atribuye la condición de «título sucesorio» y, en consecuencia son aptos para la aplicación de los beneficios fiscales propios de tales adquisiciones cuando cumplan los requisitos para su aplicación.

2.1. Las reducciones impositivas en las transmisiones *inter vivos* a título lucrativo de la Empresa Familiar

La Ley balear 22/2006 ha previsto un régimen tributario favorable cuando el objeto de la transmisión *inter vivos*, a título lucrativo, tenga por objeto valores sobre empresa de índole familiar.¹³

El art. 22 de la Ley 22/2006 prevé, para obtener la base liquidable, la aplicación de una reducción de la base imponible de un 95%, cuando la transmisión *inter vivos* a título lucrativo o gratuito se otorgue al cónyuge o a los descendientes, y siempre que en el objeto de la transmisión «esté incluido el valor de una empresa individual o de un negocio profesional a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre patrimonio».

Se aplicará esta misma reducción del 95% de la base imponible (art. 23) cuando en la transmisión lucrativa al cónyuge o a los descendientes «esté incluido el valor de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre patrimonio».

Las deducciones que contemplan los citados artículos 22 y 23 están condicionadas a una serie de requisitos y al mantenimiento de la adquisición un tiempo determinado (previsto en el art. 24 de la ley).

Los requisitos de mantenimiento de la adquisición, son: a) que el donante tenga 60 años o esté en situación de incapacidad permanente; b) que, si ejerce funciones de dirección, las deje de ejercer y de percibir remuneración por este ejercicio desde la fecha de la transmisión; c) que el donatario mantenga la adquisición y tenga derecho a dicha exención en el impuesto sobre el patrimonio durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera en este plazo.

También se le prohíbe, al adquirente, realizar operaciones societarias o bien actos de disposición que puedan minorar sustancialmente el valor de la adquisición.

De no cumplir con lo exigido en la norma deberá pagar la reducción practicada y los intereses de demora.

Es evidente que la norma persigue la continuidad de la Empresa Familiar.

Además hay que tener en cuenta, el reciente Decreto-ley balear 1/2008, de 10 de octubre, de Medidas Tributarias para impulsar la actividad

¹³ El tema de la fiscalidad de la empresa familiar se puede consultar en el capítulo V del libro electrónico de Pérez-Fandón Martínez, *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, Edit. CISS, 2ª ed. Mayo 2008.

económica en las Illes Balears, y en particular su capítulo III, sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que regulan el impuesto en los supuesto que se conserven los puestos de trabajo en los supuestos de transmisiones lucrativas, ya que estos beneficios son incompatibles (art. 7) con los artículos 22 y 23 de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

2.2. Título V de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

El Título V lleva la rúbrica «Aplicación del Derecho Civil de las Illes Balears», que dedica el Capítulo I al ámbito de aplicación; su art. 55 determina que «las normas del presente título han de aplicarse a las adquisiciones por causa de muerte y lucrativas entre vivos en las que el negocio jurídico que dé lugar al hecho imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones se rija por el Derecho Civil de las Illes Balears, y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sea competente para la liquidación del Impuesto».

El Capítulo II de este Título V, se dedica a las adquisiciones por causa de muerte y lucrativas entre vivos, y su artículo 56 que rubrica como «La donación universal, la definición y otros pactos sucesorios», dice: «La donación universal, la definición y los pactos sucesorios reglados en los artículos 8 a 13, 50, 51 y 72 a 77, respectivamente, de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, aprobada por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, tendrán el carácter de título sucesorio a los efectos del art. 11b) del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre sucesiones y donaciones, y en consecuencia, gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando les sean aplicables».

El artículo 58, añade «La donación universal a que se refieren los artículos 8 a 13 y 73 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears y los pactos sucesorios a que se refiere el libro III de este mismo texto, tendrán el carácter de título sucesorio y, en consecuencia, gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando le sean aplicables».

Esta regulación ha suscitado varios problemas que determinaremos más adelante. Alguno de ellos se ha intentado paliar mediante la modificación del Título V de esta Ley.

2.3. La modificación del Título V de la Ley 22/2006, por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y económico-administrativas. La falta de exactitud en el tipo adquisitivo

Como hemos advertido, la llamada Ley de Acompañamiento de los Presupuestos (Ley 6/2007) para la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprovechó para modificar «algunas deficiencias» de la Ley 22/2006, como se explica en la EM en estos términos: «Para finalizar con la regulación de los impuestos directos, la sección 4.^a dedica el artículo 11 a la modificación de algunos preceptos de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con la finalidad de solucionar algunas deficiencias puntuales advertidas en el texto vigente y aclarar el alcance de determinados pactos sucesorios, así como de reducir el importe de la reducción prevista para las donaciones dinerarias de padres a hijos y otros descendientes para la adquisición de su primera vivienda habitual».

En lo que nos interesa, advertimos que la modificación producida pretende deslindar los distintos negocios jurídicos que son «título sucesorio». Por una parte el art. 56 y 58 de la Ley 22/2006, es reiterativo y no queda claro lo que pretende clasificar.

Por un lado el art. 56 menciona la donación universal, la definición y los pactos sucesorios regulados en los artículos 8 a 13, 50, 51 y 72 a 77, respectivamente, de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. En esta nominación sólo se determinan los institutos del Libro I: la donación universal (8 a 13), la *diffinitio* (50-51), y las instituciones del Libro III las engloba en los pactos sucesorios de los arts. 72 a 77, determinando que son títulos sucesorios a efectos de aplicarles los beneficios fiscales. Más adelante, el art. 58 repite las instituciones que tienen la consideración de título sucesorio para aplicarles los beneficios fiscales, y bajo el epígrafe: «La donación universal y los pactos sucesorios», menciona la donación universal citando los art. 8 a 13 y el 73, y los pactos sucesorios del Libro III, que debe referirse a los arts. 72 a 77. Este artículo no se comprende bien, porque repite el anterior «a la baja», ya que no cita la *diffinitio* (art. 50-51 del Libro I), y sin embargo cita el art. 77 que es el «finiquito de legítima» del Libro III (que equivale a la *diffinitio* del Libro I). Por otro lado al citar la donación universal (arts. 8-13) del Libro I, no precisa que el art. 73 del Libro III debe referirse al párrafo 3º.

En realidad la redacción no es correcta y es reiterativa.

La reforma por Ley 6/2007 no ha mejorado totalmente la redacción, a pesar de que ésta era la intención manifestada en la EM. El art. 56, bajo el epígrafe «donación universal y definición», determina que «La donación

universal y la definición a que se refieren los artículos 8 a 13, 50, 51 y 73 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears...» son títulos sucesorios con el fin de otorgarles los beneficios fiscales que sean inherentes a estas instituciones sucesorias. Se olvida el artículo del 77 del Libro III, que se refiere al finiquito de legítima o «*diffinitio*»; tampoco puntualiza que el art. 73, del Libro III, debe referirse sólo al párrafo 3º, porque los demás se incluyen en el art. 58. Este artículo tampoco ha logrado la correcta redacción del art. 58 de la Ley 22/2006, aunque la mejora, ya que en este artículo seguramente se quería incluir los demás pactos sucesorios del Libro III, como reza en el epígrafe «otros pactos sucesorios». Determina que son títulos sucesorios «Los pactos sucesorios regulados en los artículos 72 a 77 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears», por lo que les atribuye los beneficios fiscales propios. Queda incluido en esos pactos sucesorios, «el finiquito de legítima» del art. 77, que debería incluirse, con el fin de ordenar la regulación, en el art. 56; y la donación universal, que al no haber precisado que se refería al párrafo 3º del art. 73, en el art. 56, en este artículo 58 es reiterativo.

La redacción confusa de los artículos 56 y 58 de la Ley 22/2006 no ha quedado totalmente subsanada con la nueva redacción dada por Ley 6/2007.

Sin embargo, el problema radica en otro aspecto de estas instituciones, que no se ha resuelto con la modificación del Título V de la Ley 22/2006 de los dos artículos anteriores, porque se sigue atribuyendo a los pactos sucesorios la cualidad de títulos sucesorios y por ello se determina la aplicación de los beneficios fiscales propios de estas adquisiciones cuando les sean aplicables, olvidándose que tales adquisiciones pueden ser también a título *inter vivos*, como se verá más adelante.

En efecto, los pactos sucesorios que se enumeran en la ley tributaria son títulos sucesorios desde la perspectiva civil, aunque hay que tener en cuenta que las transmisiones patrimoniales que derivan de tales pactos pueden generar transmisiones *inter vivos*.

3. El problema de los efectos adquisitivos derivados del pacto sucesorio, desde el prisma tributario

Es evidente que la «donación universal» y otros pactos sucesorios que describe la ley tributaria, a efectos civiles, son títulos sucesorios. Es por ello que a los títulos sucesorios desde la perspectiva tributaria se les aplica la normativa de las adquisiciones *mortis causa*, y, en consecuencia, los beneficios tributarios derivados de las adquisiciones sucesorias. Pero no podemos olvidar que la «donación universal» regulada en la Compilación

comparte una doble naturaleza, ya que despliega los efectos adquisitivos *inter vivos* propios de la donación; y por ser título sucesorio, comparte los efectos adquisitivos *mortis causa*.

Esta cuestión, desde el ámbito tributario ha tenido repercusión porque, patrimonialmente se produce una transmisión en vida del donante y del donatario, o del que firma definición.

En esta situación, a efectos tributarios, sería necesario distinguir no sólo la naturaleza del negocio sino el momento en que se producen los efectos adquisitivos, es decir, las transmisiones y correspondientes adquisiciones e incrementos patrimoniales.

Los beneficios que otorga la ley tributaria balear están concebidos desde la perspectiva de adquisiciones derivadas por la muerte del causante ya que los califica como títulos sucesorios; sin embargo, al tener la donación universal una doble naturaleza se producirán transmisiones patrimoniales *inter vivos*, por tanto adquisiciones lucrativas para el beneficiario antes del fallecimiento del causante de la sucesión. Este mismo efecto se produce en la *diffinitio* porque es esencia del negocio, al tratarse de una renuncia anticipada a los futuros derechos sucesorios en contemplación de una atribución patrimonial a título lucrativo, que puede ser, incluso, muy anterior al momento del otorgamiento del negocio de *diffinitio*, al actuar como presupuesto negocial.

Esta cuestión que deriva de la propia naturaleza del negocio ha provocado desde el prisma tributario que se hayan planteado cuestiones sobre estas transmisiones a efectos de liquidación del impuesto.

Una interesante consulta que se ha planteado, sobre la Ley 22/2006, a la SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, núm. de consulta: V1691-07, en su Respuesta concluye: «(...) La institución del Derecho Civil de Baleares denominado “donación universal” es un pacto sucesorio. Los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por lo tanto, el tratamiento que debe darse a los pactos sucesorios en este impuesto es el que corresponde a las adquisiciones *mortis causa*. Segunda: En principio, en los pactos sucesorios resulta aplicable la regla general de las sucesiones *mortis causa*, según la cual el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o (...) conforme al artículo 196 del Código Civil. Tercero: No existirá ganancia o pérdida patrimonial únicamente en el caso de transmisión por causa de muerte».

De la Respuesta a esta Consulta al Órgano SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, la primera cuestión a tener en cuenta, a efectos tributarios, es que si existe una transmisión patrimonial en vida del donante

que genera un incremento patrimonial queda sujeta al Impuesto de sobre la Renta de las Personas Físicas, porque como se advirtió, las Respuestas a estas Consultas tienen efecto vinculante para las CCAA.

Según la Respuesta a la Consulta vinculante parece que exonera de imposición por IRPF, pero de una correcta lectura la interpretación debería ser la contraria, ya que, en la conclusión tercera dice: «no existirá ganancia o pérdida patrimonial únicamente en el caso de transmisión por causa de muerte»; el término «únicamente» indica que si la transmisión no es por causa de muerte debería estar sujeta al impuesto. Si acudimos al artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que establece: «33.3. se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) b) Con ocasión de las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente.»

Por lo que, cuando la transmisión lucrativa es por causa de muerte, no dará lugar a la Imposición por IRPF. ¿Acaso puede mantenerse que la atribución lucrativa con efectos en vida del donante, o la atribución patrimonial, presupuesto de la *diffinitio*, que la ley califica como título sucesorio, son adquisiciones *mortis causa*?

En principio, en estos supuestos de adquisiciones patrimoniales a título lucrativo, como ocurre en la *diffinitio* (art. 50 CDCIB), o en las transmisiones en vida del donante, en la «donación universal de bienes presentes y futuros» (art. 8 CDCIB), se producirán dos imposiciones, una a cargo del donatario universal, de acuerdo con la ley balear que califica estos negocios jurídicos de títulos sucesorios («tendrán carácter de título sucesorio», art. 56, Ley 22/2006); y siempre que se cumplan los requisitos personales (grupo I y II del art. 2), deberían tributar como título sucesorio con una bonificación muy importante, ya que la Tasa es el 1%; y si se califica el Hecho Imponible como donación *inter vivos*, la Tasa bonificada es del 7%. La otra, que es a cargo del donante, siempre que se produzca un incremento patrimonial en el momento de la transmisión *inter vivos* respecto del valor que tenía en el momento de la adquisición, deberá tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Pero si la transmisión es como título sucesorio, que es la ficción de la Ley 22/2006, en este caso se le debería exonerar de la imposición por IRPF; aunque como se deduce de la Respuesta del SG, no se finge que es título sucesorio sino transmisión *inter vivos*, según los términos de la respuesta a la Consulta V1691-07 que dice: «En el caso de que, como consecuencia de dichos pactos sucesorios, se produjese una transmisión de bienes en vida del donante, no resultará aplicable lo dispuesto en el citado precepto por lo que si se generase una ganancia patrimonial estaría sujeta al impuesto».

En consecuencia, debido a la doble naturaleza del negocio, la cuestión se complica, porque, para el donatario, estaremos ante una atribución patrimonial, que aún siendo una adquisición *inter vivos*, la Ley 22/2006 la califica de título sucesorio; por lo que puede ampararse, a la hora de tributar, por la tasa bonificada del 1%, y no del 7% como donación. Sin embargo para el donante la cuestión es distinta, según la Respuesta Vinculante de la SG del Ministerio de Hacienda, ya que dice, expresamente que si hay transferencia de bienes *inter vivos*, deberá tributar si hay incremento patrimonial entre el momento de la adquisición y el de la donación, por concepto de IRPF. En este caso, con fin impositivo, han decidido no considerar que es «título sucesorio».

En definitiva, esta cuestión es importante en la llamada sucesión contractual, porque en los pactos de suceder y de no suceder siempre hay transmisión de bienes *inter vivos*:

3.1. Pactos de sucedendo

En los llamados pactos de *succedendo*, plasmado en la denominada «donación universal de bienes presentes y futuros» en el Libro I de la Compilación, siempre debe existir transmisión actual de bienes (art. 8.1 y 11.1 CDCIB) que adquiere el donatario universal a título de donatario, aunque, a la muerte del donante pueda adquirir los bienes de residuo, que éstos si tienen carácter de adquisición *mortis causa*, porque el título adquisitivo es el de heredero. Por el contrario, en el Libro III, ya que en el Libro II para Menorca la sucesión contractual está prohibida, los llamados «pactos de institución» pueden implicar simples llamamientos o contener la transmisión actual de todos o parte de los bienes, por lo que si se estipulan como simples llamamientos no existirá transmisión actual de bienes.

Es importante esta cuestión tributaria, porque aún calificando a los pactos sucesorios de título sucesorio, las adquisiciones derivadas de estos negocios, deberán tributar como si de una adquisición *mortis causa* se tratara; sin embargo, por los efectos vinculantes de esta Respuesta a la Consulta a SG es conveniente determinar el momento en que se produce la adquisición de los bienes que incluye la «donación universal», porque dependiendo del momento adquisitivo la tributación será más o menos gravosa; y dado que en la donación universal existen bienes presente y futuros del donante, que transmite al donatario, nos conduce a determinar si tales bienes se adquieren a título de donatario o bien a título de heredero, ya que de esta institución nace el doble título, como se analizará más adelante, y en función del momento adquisitivo se producirá la tributación por IRPF.

3.2. Pactos de *non succedendo*

En los llamados pactos de *non succedendo*, que en el Libro I para Mallorca regula la *diffinitio* los arts. 50 y 51, y para Ibiza-Formentera, el «finiquito de legítima», art. 77 del Libro III, y que prohíbe el Libro II para Menorca, la adquisición de bienes se produce siempre *inter vivos*, por lo que al producirse un incremento patrimonial *inter vivos*, siempre se producirá la doble tributación: a cargo del donatario como título sucesorio, con Tasa bonificada por la ley balear al 1%, y a cargo del donante como incremento patrimonial por Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En todo caso, en los pactos de no suceder parece difícil mantener la naturaleza sucesoria del negocio de atribución patrimonial, ya que el título lucrativo de la adquisición puede ser, incluso anterior al otorgamiento de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB).

Sin embargo, en una Consulta vinculante a la SG de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos; núm. de consulta: V0508-05, que responde el 23/03/2005, aún siendo anterior a la Ley 22/2006, se puede aplicar ya que reproduce la misma tesis que la anteriormente citada sobre «donación universal», que es posterior a la ley 22/2006; la Respuesta dice: «*La institución del Derecho Civil de Baleares denominado “finiquito de legítima” es un pacto sucesorio. Los pactos sucesorios son títulos sucesorios a los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Por lo tanto, el tratamiento que debe darse al “finiquito de legítima” en este impuesto es el que corresponde a las adquisiciones mortis causa; y ello, tanto en lo referente a la aplicación de las reducciones (consulta planteada) como en lo relativo a todos los demás elementos del impuesto (hecho imponible, base imponible, base liquidable, tipo de gravamen, deuda tributaria, sujeto pasivo, devengo, etc.)*».

Como se analizará, la adquisición a título lucrativo, presupuesto de la definición, es siempre una adquisición intervivos (art. 50 y art. 77 CDCIB).

3.3. La cuestión del «título sucesorio» a efectos tributarios

Queda, por último, cuestionarse si para alguna de estas instituciones en particular la «donación universal de bienes presentes y futuros» y la *diffinitio*, o aquellos pactos sucesorios en los que hay transmisión de bienes *inter vivos*, deben tributar como títulos sucesorios, es decir, como adquisiciones *mortis causas* por tanto a la Tasa bonificada del 1%, o bien, como donación *inter vivos*, al 7%, de acuerdo con la Ley balear 22/2006.¹⁴

¹⁴ Siempre que sea aplicable (art. 2, grupo I y II, Ley 22/2006).

Al determinar la Ley balear que son «títulos sucesorios» la tributación por las adquisiciones derivadas de estos títulos debería ser al 1%, aún existiendo incrementos patrimoniales derivados de estas adquisiciones lucrativas *inter vivos*, por determinarlo así la ley.

Ahora bien, si la adquisición de bienes por el denominado «título sucesorio» por la Ley 22/2006, lo ponemos en relación el art. 3 (Hecho Imponible) y éste con el art. 24 (Devengo) de la Ley 29/1987 de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al decir el art. 3. 1. Constituye el hecho imponible: a). La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. b). La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, *inter vivos* (...); si tenemos en cuenta el art. 24 sobre el devengo, ya que sin devengo no nace la obligación tributaria, que dispone: «1. En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo. 2. En las transmisiones lucrativas *inter vivos* el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre el acto o contrato. 3. Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan».

Estos artículos determinan que la obligación tributaria nace con el fallecimiento o con el contrato. Por lo que parece, que, aún calificando los contratos sucesorios de «título sucesorio», a efectos impositivos lo que determina la obligación tributaria es la adquisición lucrativa al tiempo de la celebración del contrato; o bien al tiempo del fallecimiento. Esto se traduce en una adquisición que denominamos *inter vivos* (al tiempo del contrato), o bien en una adquisición *mortis causa*, si se produce al tiempo del fallecimiento.

¿También implica que la adquisición que se produzca *inter vivos* tributa por la Tasa bonificada del 1%, ya que esta adquisición se califica como título sucesorio, aunque el momento del devengo es la celebración del contrato; o bien por la menor bonificación del 7% para las donaciones?, y a este impuesto a cargo del donatario ¿se debe añadir, la tributación del donante, en caso de existir incremento patrimonial por IRPF, (art. 33.3.b Ley 35/2006), cuando la transferencia es *inter vivos*?, de acuerdo con la Respuesta la Consulta Vinculante VI691-07.

Desde la perspectiva del derecho civil, son títulos sucesorios y así lo reconoce la ley tributaria, aunque también comparten la naturaleza de donación *inter vivos*, por lo que, las adquisiciones que provengan de estos negocios que supongan una transmisión de bienes *inter vivos*, a título gratuito, deberían tributar como donaciones a la Tasa bonificada del 7% de acuerdo con la ley balear. De otro modo, no entiendo ¿cómo puede simularse que estamos ante una adquisición *mortis causa*, cuando se produce la transmisión de ciertos bienes en vida del causante a título de donación, ya sea como presupuesto de la *diffinitio*, ya sea por «donación universal»? Todo ello nos conduce a tener que delimitar, de acuerdo con la Compilación balear, tanto en la «donación universal de bienes presentes y futuros», como en la *diffinitio*, cuando se producen las adquisiciones patrimoniales, y cuál es el título adquisitivo del donatario universal y del definido de los bienes que integran estos negocios, porque, como ocurre en la «donación universal» se producen dos momentos adquisitivos, unos bienes se adquieren a título de donatario y otros a título de heredero.

Sólo analizaremos estas dos instituciones que corresponden al Libro I de la Compilación, dedicado a Mallorca; aunque este estudio, a efectos tributarios, se puede extender analógicamente al Libro III, dedicado a Ibiza y Formentera, porque el art. 65 CDCIB excluye los pactos sucesorios para el Libro II aplicable a Menorca, donde la sucesión tiene sólo dos fundamentos: el testamento y la ley. Para el Libro III podemos aplicar, como regla general, el párrafo segundo del art. 73 «los pactos de institución pueden implicar simples llamamientos a la sucesión o contener transmisión actual de todos o parte de los bienes»; donde se determina, claramente que existen dos momentos adquisitivos, unos por título *inter vivos*, y otros por título *mortis causa*. También podemos aplicar, analógicamente, a lo dispuesto para el «finiquito de legítima» en el art. 77, del Libro III, el estudio de la *diffinitio*, regulada en el Libro I, por los arts. 50 y 51 CDCIB; ya que la adquisición de bienes siempre se produce *inter vivos*.

4. Los títulos adquisitivos de los bienes objeto de la donación universal (art. 8 CDCIB) y del presupuesto de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB)

Debería ser importante delimitar el momento adquisitivo de los bienes que ingresan en el patrimonio de un sujeto por donación universal de bienes presentes y futuros (art. 8-13 CDCIB), o derivado del presupuesto de la *diffinitio* (art. 50 CDCIB), a efectos de determinar el momento del devengo respecto de estos bienes, como hemos apuntado anteriormente.

El estudio de los momentos adquisitivos de los bienes fundamentados en estos negocios es esencial, o debería serlo, en relación al nacimiento de la obligación tributaria.

II. LA DONACIÓN UNIVERSAL DE BIENES PRESENTES Y FUTUROS

El negocio jurídico que sirve de fundamento para la adquisición de los bienes, que transmite el donante al donatario, es la «donación universal».

La donación universal de bienes presentes y futuros, que regula la Compilación balear, en su Libro I (Mallorca) está colocada, sistemáticamente en el Capítulo II, del Título II, dedicado a las Sucesiones. Esta colocación sistemática concuerda, en principio, con la calificación de la Ley Tributaria como título sucesorio. En efecto, la donación universal es un fundamento sucesorio (art. 6 CDCIB); ahora bien, el problema que plantea este negocio deriva del doble carácter de la Institución que, por una parte se trata de un fundamento de deferirse la sucesión, permitido en el Derecho civil de Baleares, (art. 6 CDCIB); y por otra, se trata de un negocio *inter vivos* e irrevocable, art. 8.2 CDCIB, por tanto, de naturaleza distinta a los actos de última voluntad, que son esencialmente revocables.

1. La donación universal. Concepto

La donación universal¹⁵ es un negocio *inter vivos*, y no de última voluntad, porque es válida de «presente» (art. 8.2 CDCIB), es de eficacia inmediata (art. 8.1 in fine; art. 9.1 CDCIB «de presente»), y es irrevocable,¹⁶ art. 8.2

¹⁵ Para un estudio pormenorizado ver, Masot Miquel, Miguel, *El contrato sucesorio en el derecho foral de Mallorca: la donación universal de bienes presentes y futuros*, Gráficas Miramar. Palma de Mallorca 1978. Morey Umbert, Jaime, «Un punto de vista sobre las donaciones universales. Utilidad actual de la Institución». *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Baleares*, nº 3, de 1973, pág. 92. Ferrer Vanrell, M.Pilar, «La problemàtica del doble títol de la donació universal de béns presents i futurs en el Dret Civil de Mallorca». *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa*. 1992, págs. 301-320.

¹⁶ Válida de «presente» es la expresión para indicar la eficacia inmediata. Vid. nota siguiente de Serra i Maura; la fórmula de «donación universal» dice:«presenti valitura». Don Pedro Ripoll i Palou explica: «la palabra valedera de presente, significativa del verdadero pacto entre vivos, ha dado siempre a estas donaciones el concepto y carácter de irrevocables; y la efectividad aplazada para después de la muerte del donante o de su mujer, ha sido equivalente tan sólo a la reserva del usufructo». *Memoria sobre las Instituciones del Derecho civil de las Baleares*. En Biblioteca judicial, *Legislación Foral de España. Derecho civil vigente en Mallorca*. Se puede consultar de Ferrer Vanrell y Munar Bernat *Materials Precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears*, Palma 2002. También el artículo 8.1 de la Compilación de 1961: «La donación universal de bienes presentes y futuros, valedera de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte, será irrevocable».

CDCIB; y sabemos que la revocabilidad es de esencia en los negocios de última voluntad.

La donación se califica como contrato, (así los arts. 6 y 7 utilizan el término sucesión contractual). Sin embargo, la donación no es un contrato, es un modo de adquirir la propiedad que no requiere tradición; ahora bien, en la Compilación, la donación universal se configura como un contrato, arts. 6 y 7 CDCIB; y el art. 8.1 CDCIB remarca la «cualidad de heredero contractual», aunque el título de donatario es suficiente para adquirir los bienes donados sin necesidad de tradición.¹⁷

Cuando el art. 8.1 CDCIB habla de «heredero contractual», y lo mismo en el art. 7 CDCIB, la palabra «contractual» quiere decir bilateral e *inter vivos*, esto es, un medio distinto de deferirse la sucesión, admitida en nuestro Derecho de Mallorca, porque no hay que olvidar que la donación universal se regula en el Capítulo Segundo, del Título II De las Sucesiones, y que la propia Compilación atribuye al donatario la cualidad de heredero, art. 8,1 CDCIB, cualidad que le viene dada *ex lege*, y no negocialmente, es decir, *ex voluntate*.

El problema que se presenta, a efectos adquisitivos, es de la esencia del propio negocio; la donación, como negocio *inter vivos*, tiene una eficacia transmisiva que se agota en un sólo momento, por ello, la adquisición por parte del donatario sólo alcanzaría a los bienes presentes no a los bienes futuros, ni a los «excluidos» que ha previsto la Compilación (art. 11.1). Ni el negocio, ni el título de donatario, como tales, serían suficientes para la posterior adquisición de los otros bienes que se configuran en la donación;

¹⁷ En este sentido Serra Maura, Miguel, cita una Sentencia de la Real Audiencia de 1646, en la que se dijo: «donatio jurium facto una de presenti valitura (al igual que el párrafo 2 del art. 8 CDCIB), et effectum post obitum sortitura, et alia fiat postea de eiusdem iuribus incontinenti valiturum priorem preferri fuit iudicatum quia solum convectione iura transferrent». *Decisiones Majoricensis super diversos variosque, tum Canocicae tum Civilis Jurisprudenciae*, D ante O, nº 6. BCC, Manuscritos N°558. En esta Decisión, cuyo Relator fue Feresona, se contempla el supuesto de dos donaciones sobre los mismos bienes: 1) la primera donación, la eficacia de presente, es la transmisión de la nuda propiedad sin posesión, porque el donante retiene el usufructo *post obitum*; así la efectividad surgirá *post mortem*, que será cuando se consolidará la plena propiedad. 2) La segunda donación, es ineficaz, aunque haya transmisión inmediata de la plena propiedad; porque tiene preferencia la primera donación, ya que los derechos se transfieren por el sólo «acuerdo», sin tradición: «quia solum convectione iura transferrent»; así el donante es un *non domino*, porque ya no tenía la propiedad, sino que tan sólo se reservó el usufructo. El mismo autor, también cita, en el mismo sentido, una Decisión de 30 de Octubre de 1668, cuyo Relator fue Mora, en la que se falló: «donatio facta de re particulare de presenti licet effectum sortitura post mortem donantis, ad clausula constituti, operatur perfectam traditiones traslationes dominii et possessionis ad impediendum ne donator rem donatam possit obligare quam operatur vera realis et actualis traditio». *Decisiones Senatus Majoricensis*, Donatio, nº 38. BBM, 102-III-22.

nos referimos a los bienes «excluidos» por el donante (art. 11.1 CDCIB), y los bienes futuros. Estos bienes quedan configurados como de residuo, y el donatario los adquirirá a la muerte del donante (arts. 9.2 y 11.3 CDCIB), que no puede ser a título de donatario, sino de heredero (art. 8.1 CDCIB)

2. Los bienes que se transmiten en la donación universal y el título adquisitivo

El art. 11, en su párrafo 1º CDCIB, comienza diciendo: «no afectará a la universalidad de la donación la exclusión de determinados bienes presentes...», y añade que, tampoco afectará la «reserva» de la facultad de disponer sobre estos bienes, y sobre parte o sobre todos los futuros.

De esta dicción se deduce que pueden existir bienes que no formen parte del contenido de la donación universal, y a pesar de ello, la donación se sigue calificando como universal. Nos referimos a los bienes presentes «excluidos» de la donación; y otros bienes que el donante se «reserva» la facultad de disponer, ya sea sobre parte de los presentes, ya sea sobre parte o sobre todos los futuros.

Tres son las cuestiones a analizar: 1) en primer lugar, que se entiende por «universalidad de la donación», que es el elemento que la hace distinta a la donación simple; 2) la segunda cuestión será determinar cuál es el objeto de la donación, definiendo que se entiende por bienes presentes, ya sean reservados o excluidos; y cuales son los bienes futuros. 3) La tercera cuestión se centrará en delimitar cuál es el título por el que se adquieren dichos bienes.

Resueltas estas cuestiones, tendremos que analizar como concuerdan los títulos adquisitivos que determina la Compilación, en relación a los títulos adquisitivos previstos en la *Ley* (tributaria balear) 22/2006, de 19 de diciembre de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones, modificada parcialmente por ley 6/2007, de 27 de diciembre de medidas tributarias y económico-administrativas.

2.1. ¿Qué significa «universalidad de la donación»?

La universalidad de la donación alcanza a los bienes futuros que, necesariamente, tienen que formar parte de la donación. La *Tratadística mallorquina*¹⁸ mantuvo, respecto a la inclusión de los bienes futuros en

¹⁸ Serra Maura, Miguel dice: «Donatio omnium bonorum mobilium et immobilium, que tunc habebat donator, non es universalis, sed particularis et bona futura non comprehensit. Ita decisio in R.A. referente Mora, 8 Junii 1671». *Decisiones Majoricenses super diversos variosque, tum Canonicae tum Civilis Jurisprudentiae, Palma Balearium 1715*, D ante O, nº

la donación, que si no se incluían en ella, ésta no se podía calificar de universal.

No tiene naturaleza de «donación universal» la donación que no incluye los bienes futuros. Sobre los bienes futuros no hay disponibilidad al momento del otorgamiento de la donación, ni están en el patrimonio del donante, ni se sabe si estarán; pero deben formar parte del objeto de la donación (arts. 8.1 y 11.1 y 2 CDCIB). El donante, mientras vive, será el titular pleno, art. 8.3 CDCIB, y tendrá sobre ellos el poder de disposición *ex lege*; son bienes «reservados» por mandato legal, que hace inútil la cláusula de reserva por parte del donante (ex arts. 11.2 y 9.2 CDCIB), excepto que la «reserva» lo que haga es limitar la facultad de disposición que tiene *ex lege*. Así, el donante, tanto por actos *inter vivos* (art. 11.2 CDCIB), como por actos *mortis causa* (art. 9.2 CDCIB), podrá disponer de ellos. A su muerte, el donatario adquirirá el residuo de dichos bienes; esto es, los que el donante no haya dispuesto.

Del artículo 11.1 CDCIB se puede colegir que no admite la «exclusión» de los bienes futuros; de admitirse, la donación universal no llevaría aparejado el título de heredero (art. 9.2 CDCIB); sólo cabe que el donante se reserve la facultad de disponer sobre tales bienes futuros (art. 11.2 CDCIB).

Podrán existir bienes que no formen parte del objeto de la donación universal, como ocurre con las cláusulas de «exclusión» de bienes presentes; incluso se permite que existan cláusulas de «reserva» de la facultad de disposición sobre los bienes presentes incluidos en la donación, y aún así seguirá calificándose de universal (arts. 11.1 en relación con el 11.3 y el art. 9.2 CDCIB). Es un principio general de Derecho sucesorio, la exclusión de «res certa» no elimina la universalidad del título.

En la donación, como objeto de adquisición por parte del donatario, se incluye todo el residuo de los bienes presentes «excluidos» y no dispuestos, y el residuo de los futuros, que adquirirá al fallecimiento del donante a título de heredero.

25. BCC, Manuscritos nº 558. En otra obra, comenta una Decisión de 18 de Mayo de 1649 y dice: «donatione universalis comprehendit omnia bona etiam quod citra ipsam donanti obvenerunt» *Decisiones Senatus Majoricensis*, Biblioteca Bartolomé March, (Sig.102-III-22) Donatio nº2. En los Protocolos notariales consultados, que se conservan en el Arxiu del Regne de Mallorca, en la donaciones universales siempre se atribuyen los bienes futuros.

2.2. Objeto de la donación

Son objeto de la donación universal los bienes presentes que se transmiten en el acto de la donación y los bienes de residuo, que queden en el caudal relicto del donante-causante, de los «excluidos de presente y de los futuros.

2.2.1. *Concepto de bienes presentes y futuros*

Son bienes presentes, aquéllos respecto de los cuales el donante es titular actual, porque forman parte de su patrimonio. Los bienes futuros, sólo se puede saber a posteriori, es decir, serán aquellos bienes que existirán al tiempo de su fallecimiento en el patrimonio del causante; los que conformarán el caudal relicto del donante universal.

El concepto de bienes presentes y futuros, en la donación universal, lo pondremos en relación al otorgamiento del negocio.

2.2.2. *Los bienes presentes, sus clases*

Son bienes presentes, aquéllos que son de titularidad actual del donante (art. 9.1); son los bienes existentes al tiempo del otorgamiento de la donación, ya sean bienes «incluidos» en la donación, art. 8.1 CDCIB; ya sean bienes «excluidos» de la donación, art. 11.1 CDCIB.

La Compilación, en su art. 11.1 CDCIB, enumera dos clases de bienes presentes: bienes que se «reserva» el donante ; y bienes «excluidos» por el donante.

Es así que al momento de la donación existirán: 1) los bienes presentes que se transmiten por la donación, de los que se puede reservar la facultad de disponer de parte o todos los donados (art. 11.1 CDCIB); y los bienes presentes que puede excluir de la donación (art. 11.1 CDCIB).

Los bienes «excluidos» de la donación, son bienes presentes respecto al momento del otorgamiento de la donación que no se transmiten al donatario, quedando en el patrimonio del donante.

En cambio, los bienes presentes «reservados» por el donante, son bienes incluidos en la donación y se transmiten al donatario, es decir, entran en el patrimonio del donatario, si bien el donante «se reserva», sobre ellos, la facultad de disponer. Precisamente esta «reserva» de disponer presupone que los bienes han sido adquiridos por el donatario, si bien tiene limitado su poder de disposición, como consecuencia de la «reserva»; si dispone de ellos, haciendo uso de su poder de disposición, salen del contenido de la donación. La reserva de la facultad de disponer sólo puede interponerse sobre algunos de los bienes donados, porque si existiera la reserva sobre

todos, atacaría, directamente, a la irrevocabilidad de la donación, art. 8,2 CDCIB.

Estos bienes se configuran como los del art. 639 Cc., aunque incurre en un error,¹⁹ como el art. 11.3 CDCIB, al disponer «que el donatario los adquirirá como heredero» a la muerte del donante, porque ya los ha adquirido al tiempo del otorgamiento de la donación, a título de donatario, si bien con el poder de disposición limitado por la facultad dispositiva que se ha reservado el donante.

A efectos transmisivos, el donatario adquiere los bienes presentes que le transmite el donante, incluso aquéllos sobre los que se ha reservado el poder de disposición, al tiempo de otorgarse la donación. El título adquisitivo de estos bienes es el de donatario universal.

2.2.3. *Los bienes futuros*

Serán bienes futuros los que el donante haya adquirido después del otorgamiento de la donación y al tiempo de su fallecimiento conserve en su patrimonio, sin haber dispuesto de ellos por negocio *mortis causa* (ex arts. 9.2; 10 y 11.2 CDCIB).

Los bienes futuros están, necesariamente, incluídos en la donación universal, (art. 8.1 CDCIB); son objeto de la donación. Los bienes futuros no se pueden excluir totalmente, porque lo impide el art. 8.1 CDCIB; y el art. 11.1 y 2 CDCIB tampoco lo permite. El donante sólo se puede «reservar» la facultad de disponer sobre estos bienes, art. 11.2 CDCIB; reserva que es inútil, porque la facultad la tiene *ex lege*, tanto por actos *mortis causa*, art. 9.2 CDCIB, como por actos *inter vivos*, art. 11.2 CDCIB.

2.2.4. *Destino de la «reserva» de los bienes presentes y futuros*

La cláusula de «reserva» de bienes presentes puede ser en concepto de alimentos del donante y para testar y disponer de ellos a su libre voluntad (art. 11.1); en este segundo caso puede afectar no sólo a los bienes presentes, sino a los futuros (art. 9.2 y art. 11.2 CDCIB).

¹⁹ El art. 639 dispone que si fallece el donante sin hacer uso del derecho a disponer, «pertenece» estos bienes reservados al donatario. Ya le pertenecen, por esto el donante se ha reservado la disposición. Al morir decaerá la cláusula de reserva que pesaba sobre un bien que adquirió por donación el donatario.

La cláusula de «reserva» en concepto de alimentos del donante siempre tiene que existir²⁰ si la donación es efectiva en vida del donante (art. 13.4 CDCIB), y no afecta a la universalidad de la donación.

Si la cláusula de «reserva» es, 1) para el pago de legítimas²¹ (que son debidas por Ley), la cantidad reservada no vuelve a la herencia, ya que siempre se adjudicará a los legitimarios, salvo que premuera. 2) Si la cláusula de «reserva» es para testar y disponer a su libre voluntad,²² tampoco afecta a la universalidad de la donación. En el caso que el donante no ejercite la

²⁰ La Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1903 dice: «Las donaciones que se otorgan en este país, por más que no difieren en su naturaleza de las admitidas y reglamentadas por el Derecho común, no quedan limitadas como éstas a los bienes presentes, sino que por uso constante en estas islas pueden extenderse a los bienes futuros y comprender la totalidad de los bienes, mientras se reserve el donante en propiedad o usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias. La donación comprensiva de los bienes presentes al mismo tiempo que los futuros es frecuentísima en el territorio balear».

²¹ Esta «reserva» la encontramos en Sentencia del TS de 14 de Noviembre de 1887, (Resultando segundo) dice: «... hizo gracia donación pura, perfecta e irrevocable, en sanidad entre vivos valederos de presente y efectiva después de la muerte del donante... bajo los pactos, reservas y condiciones, entre otras... que se reservaba el donante la legítima espectante a sus hijos doña Francisca, doña Antonia, D. Jaime y demás póstumos que tuviese, y la veintena parte de los bienes quedaba para disponer de ella a su voluntad, y si no disponía de la misma, quedaría comprendida en esta universal donación...».

²² En los Instrumentos de Donación Universal de los *Manuales* de Notaria, en siempre existe la reserva. En el *Formularium Gasparis Almaxor. Notarii.*, siglo XV, se dice: «retentis tamen (x) libris de quibus possim meas facere omnimodas voluntates», folio 45. Arxiu Regne de Mallorca, Códice nº 183. En otro Formulario, *Artis Notariae*, siglo XVII, se dice: «retineo tamen michi ab hoc universalis donatione, centum libras monete majoricarum de quibus possim testari et meas facere omnimodas voluntates», folio 16. Arxiu Regne de Mallorca, Códice nº14. Esta misma reserva, también se encuentra en los Protocolos notariales. Así, en el Protocolo de Juan Odón Socias, dice: «In primi, retineo michi ad testandum et meas facere voluntates, sex mille libras monete maioricarum», folio 1v. Año 1605, Arxiu del Regne de Mallorca, S-895. En otro Protocolo de Jerónimo Roselló, dice: «retineo tamen michi 20 libras de quibus possim testari». Folio 5, Año 1661. Arxiu del Regne de Mallorca, Protocolos-R. 105. Ya, posteriormente, en el Protocolo de José Villalonga, de 1814, dice: «me reservo de la present universal donacio cinch sous moneda de Mallorca per tota part heretat y llegalitima (es la reserva para el pago de legítimas) en mos bens expectant a Magdalena Bestard me filla, y altre sinch sous per quisqu de mos infants posthumos y de vuy en avant naxedors... Item es pacte y me reservo de la present universal Donacio vint lliuras de dita moneda, para fer de ellas a mes liveras voluntats (esta reserva es de libre disposición), y en cas de no dispondrer de las referidas vint lliuras, vull servescan per mon enterro...». Folio 7, Arxiu del Regne de Mallorca. Protocolos-V-333. En otro documento, del mismo notario, de 1818, se reserva una cantidad para el pago de legítimas, y se añade: «Tertio, es pacte que me reservo de la present universal Donacio, cinchcentas lliuras de dita moneda para dipondrer de ellas a mes liberas voluntats, y en cas de no dispondrer de las matexas vull vegem compresas ab la present universal Donacio, con tal pero que deuren pagar tot el gasto de el mon enterro, funeral y obra pia conforme nostron stament». Folio 183v., Arxiu del Regne de Mallorca. (Protocolos- V-334).

facultad de disponer sobre estos bienes que tiene reservada, se extingue la cláusula de reserva del poder de disposición.

2.3. Los títulos adquisitivos en la donación universal. La teoría del doble título

El título de donatario universal, único que consta en la donación, lleva implícito el de designado heredero²³ contractual, arts. 8.1 y 10.2 CDIB. Así se desprende de una *Ordinació nova* recogida en la *Recopilació de Canet* de 1622.²⁴ Esta *ordinació nova* dice «el donatari es verament universal successor».

El contenido del negocio de donación universal abarca todos los bienes del donante, ya sean los de presente y los de residuo que incluyen los restantes de los presentes «excluidos» y de los futuros.

La donación agota su eficacia transmisiva en un solo acto, y tenemos unos determinados bienes que se incluyen en la universalidad de la donación que no pueden transmitirse en el acto de otorgamiento de la misma: a) los bienes de futuro, porque falta la disponibilidad de los mismos; y b) el residuo de los bienes presentes excluidos. En consecuencia debemos averiguar cuál será el fundamento de la adquisición de dichos bienes, ya que están incluidos en la donación.

2.3.1. El doble título

Los arts. 9.2 y 11.3 CDCIB dicen que los bienes que se incluyen en la universalidad de la donación y que no pueden transmitirse en el acto de otorgamiento de la misma, el donatario los adquiere como heredero del donante.

²³ Ripoll i Palou justifica en *la Memoria* que se equipara «en la práctica...tales donaciones a los testamentos y el donatario al heredero universal, hasta el punto de aceptarse aquéllas como títulos eficaces y legítimos para abrir el juicio de testamentaría por las disposiciones de la vigente ley de Procedimientos judiciales». Se puede consultar en *Materials Precompilatoris del dret Civil...*, cit, pág.47, preparado por Ferrer Vanrell, M.P. y Munar Bernat, P.

²⁴ La *Ordinació nova* dice: «Com en las donacions universal de bens presents y esdevenidors ab retensio de quantitat o, cosa certa lo donatari es verament universal successor y lo hereu puís no succeïex en cosa universal sino certa y es mes conforma a dret que lo donatari universal sostenga las actions y drets actius y passius que lo que es instituit hereu de la cosa certa en la donatio retinguda statuim e ordenam que lo donatari universal de bens presents y esdevenidors ab retentio particular sia tingut e obligat fer inventari dels bens del donador comsi verament fos hereu y com a tal puga esser conuingut per los creditors salvat al donatari universal dret si lin compatex contra al hereu de cosa particular». *Recopilatio de las Franquesas y Dret Municipal de Mallorca*. (Conocida por la Recopilación de Canet) 1622, pág. 104 v. Archivo del Reino de Mallorca, (sig. Códice 33).

De estos artículos y de los arts. 8.1 y 3, y el 13 CDIB, parece deducirse que en la donación universal existen dos títulos a nivel adquisitivo: a) el de donatario, y b) el de heredero.

- a) El fundamento o negocio del título de donatario, es la donación. La donación es un negocio de disposición que tiene por objeto los bienes «presentes» disponibles por el donante (los «incluidos» en la donación). La donación, como negocio *inter vivos*, otorga el título de donatario pero no el de heredero, que es propio de los negocios de última voluntad. La donación agota su eficacia transmisiva en un solo acto; así el título adquisitivo de los bienes presentes puede ser el de donatario; pero faltaría el fundamento de la adquisición de los bienes de residuo: sean los presentes «excluidos» o los futuros. El título de donatario no es apto para transmitir o adquirir el residuo de los bienes de futuro, porque no existían al tiempo de la donación, ni para adquirir el residuo de los excluidos...
- b) El título de heredero. La donación universal ex art. 8.1 CDIB, conlleva ex lege la «cualidad de heredero contractual del donante». Este título de designado irrevocablemente heredero universal del donante, no surge del negocio, no es un efecto ex voluntate, sino que lo atribuye la Ley.²⁵

La donación universal es el fundamento para la adquisición de los bienes de presente y de residuo (presentes excluidos y futuros), y de este negocio surgen dos títulos: 1) uno *ex voluntate*, de presente, el de donatario universal, que despliega unos efectos inmediatos, la adquisición de bienes presentes; 2) y, otro, *ex lege*, el de futuro heredero universal nombrado irrevocablemente, que desplegará sus efectos a la muerte del donante. Y por este título de heredero adquirirá todos los bienes de residuo (de los presentes excluidos y los futuros).

Esto implica que los momentos adquisitivos son dos, dilatados en el tiempo, porque de otra manera no podría fundamentarse la adquisición de los bienes de residuo.

²⁵ En la Memoria del Colegio de Abogados de Palma de Mallorca de 1880-1881, en la Sesión del día 1º de diciembre de 1880, se acordó: «Estando admitida la donación universal sería conveniente q. se declarase fuese considerada como un título sucesorio». *Actas de la Comisión General de estudio del Derecho Civil de Mallorca del Ilustre Colegio de Abogados de Palma*, 1880-1881. Las recoge, Zaforteza De Corral, Luz, en *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Palma 1992, pág. 65.

2.3.2. *Distinción de los conceptos «eficacia» y «efectividad» de la donación*

Por la donación universal se atribuyen, al donatario, los bienes presentes «incluidos» en la donación, que adquiere a título de donatario, aunque sobre algunos de ellos, el donante se haya «reservado» la facultad de disponer.

El párrafo segundo del art. 13 CDCIB dice, que la donación podrá ser «efectiva» a la muerte del donante, o a la de éste y su consorte; o contener cualquier cláusula que aplaze su «efectividad». Como también puede ser efectiva de presente.²⁶

La «eficacia» del negocio es siempre inmediata al otorgamiento de la donación. En tanto que la «efectividad» puede ser: de presente (art. 9.1 CDCIB), al otorgamiento de la donación (13.2 in fine CDCIB). O puede tener efectividad aplazada: ya sea *post obitum* (del donante, o del donante y su consorte); o *post termini* (art. 13.2 CDCIB).

Respecto de los bienes presentes «incluidos» en la donación que se transmiten en el acto de otorgamiento del negocio, la «eficacia» y la «efectividad» pueden ir unidas o separadas:

- a) Si van unidas «eficacia» del negocio y «efectividad», estaremos ante la donación «efectiva en vida del donante» (art. 13.2 in fine CDCIB), y en el acto de otorgamiento de la donación se transmitirá la plena propiedad de los bienes presentes (art. 13.3 y 4 CDCIB).
- b) Si «eficacia» del negocio y «efectividad» van separadas (art. 13.2 CDCIB), la «eficacia» será inmediata al otorgamiento del negocio, sin «efectividad», que consistirá en la transmisión al donatario de la nuda propiedad de los bienes donados de presente, (art. 13.3 CDCIB). Y la «efectividad» surgirá *post obitum* del donante o de éste y de su consorte; o cuando llegue el término (art. 13.2 CDCIB), y en este momento se consolidará la plena propiedad, con la entrega de la posesión, por extinción del usufructo.

²⁶ El art. 8 de la Compilación de 1961, decía que la donación universal: «valedera de presente y efectiva a la muerte del donante o de su consorte será irrevocable». La doctrina se planteaba si la donación universal quedaba suspendida o no de su eficacia hasta la muerte del donante; o hasta la de éste y su consorte. Morey i Umbert, Jaime, decía al respecto que la Compilación no trata de las donaciones universales, «sino de una clase de donaciones universales, de aquellas donaciones universales efectivas al fallecimiento del donante y de su consorte. No trata, pues del género, sino de la especie, con lo cual arroja fuera de su marco, las donaciones universales que sean efectivas de presente». «Un punto de vista sobre las donaciones universales»..., cit pág.92.

La donación «efectiva» *post obitum*, es la que se encuentra reflejada en los Protocolos notariales,²⁷ y también en los Manuales de Notaría.²⁸

La Tradadística mallorquina dice que, cuando en los documentos notariales se interpone la palabra *post obitum*, debe entenderse que el donante se «reserva» el usufructo de los bienes donados;²⁹ y siempre hay transmisión de los bienes en nuda propiedad, sin posesión.

3. Los momentos adquisitivos en la donación universal y la Ley 22/2006

A modo de recapitulación es necesario constatar las diversas fases adquisitivas y también sus modalidades, para encajarlas con el momento del devengo tributario.

La ley 22/2006 califica la donación universal como título sucesorio, y no entraré nuevamente en su análisis sino que me remito a lo expuesto al inicio, sólo recordar que si es título sucesorio el devengo debería efectuarse al fallecimiento del causante, en consecuencia, lo recibido a título de heredero, que ya se ha dicho que era el residuo de los bienes excluidos y de los futuros. ¿Cuándo y por qué título debe tributar la adquisición a título de donatario?; nos referimos a los bienes presentes que recibe al tiempo de la donación. Sin embargo surgen mas dudas: ¿Cómo debe tributar la adquisición de bienes presentes a título de donatario, cuando el donante se reserva el poder de disposición?; ¿cómo debe tributar los bienes presentes donados, cuando la «efectividad» es aplazada?.

La ley lo «despacha» calificando la adquisición por donación universal de «título sucesorio».³⁰

²⁷ En los Protocolos notariales se formula con la frase: «dono ab donacio pura, mera, simple e irrevocable, que se diu entre vius y de present valedora, son efecte (equivale a la "efectividad" según la CDIB) pero sortidor, después de la mia mort", o del donante y su consorte. Incluso, he encontrado casos, que la donación se aplaza la efectividad a la muerte de la madre de la donante». Vid. Nota 1, Ripoll i Palou

²⁸ La frase de estilo es: «dono, donatione videlicet pura, mera, simplici et irrevocabili, inter vivos, ac de presenti valitura, post tamen obitum meum suum effectum sortitura et non antea». Esta frase de estilo, que se repite en los Manuales de Notaría, es importante, ya que las palabras «sortire effectum» no es la «eficacia» de la CDIB, sino la «efectividad»; y al decir «de presenti valitura» se refiere a la «eficacia» inmediata de la CDIB. Lo mismo se puede decir de la nota 12.

²⁹ Serra Maura, Miguel, dice: «in donatione universali per illa verba post tamen obitum nostrum et non antea censerri reservatum usufructum» (aquí la «efectividad es *post mortem*). *Observationes iuridicae*. Primer tomo, Biblioteca Casa Cultura, (sig. Manuscrito nº 555), D ante O, nº67.

³⁰ Estas cuestiones han quedado expuestas en el epígrafe 3 y ss., de la primera parte.

III. LA *DIFFINITIO*, COMO TÍTULO SUCESORIO EN LA LEY 22/2006

Hemos indicado, anteriormente, que es esencial, o debería serlo, la determinación de los momentos adquisitivos de los bienes fundamentados en la donación universal de bienes presentes y futuros y en la *diffinitio*, en relación al nacimiento de la obligación tributaria.

En el tema que ahora nos ocupa el estudio se centrará, particularmente, en la atribución patrimonial que constituye el presupuesto negocial de la *diffinitio*, porque es esta adquisición lucrativa la que va a provocar la obligación de tributar, aunque la ley 22/2006, determine que se hará a la tasa bonificada del 1%, ya que califica a la *diffinitio* de título sucesorio. Se cuestiona si, efectivamente, esta atribución patrimonial está siempre bonificada al 1%, o más bien existirán supuestos que en el momento del devengo no pueda tener la calificación de título sucesorio y deba tributar como donación a la tasa, también bonificada, del 7%.

1. Aproximación a la institución de la *diffinitio*

La regulación de las instituciones civiles de derecho propio no pueden interpretarse sin el preceptivo engranaje en la tradición jurídica balear (art. 1.2 CDCIB).

La *diffinitio*³¹ que regulan los artículos 50 y 51 de la Compilación, tiene su precedente histórico-legal en el *Privilegi del Rei Jaume I* de 1274; si bien la institución fue practicada en todo el ámbito de recepción del Derecho Romano.³²

Las fuentes legitimadoras de la *diffinitio* o renuncia fueron: a) El derecho municipal o estatutario, en definitiva, los iura propria. b) El Derecho canónico, por el Cap. II, del Tit. XVIII del Sexto de las Decretales de Bonifacio VIII, que legitima la renuncia de la hija, dote contenta, a la futura sucesión de su padre dotante, siempre que se preste juramento.³³

³¹ Por razón de extensión de este trabajo, para un estudio más documentado de la institución ver Ferrer Vanrell, María Pilar, *La diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca*. Ediciones UIB, Palma 1992; donde pueden consultar su completo tratamiento histórico; sus antecedentes legislativos y su plasmación en la Compilación balear.

³² Los estatutos municipales legitimaron una institución que se practicaba en toda el área de penetración del DR (contraria a sus principios) y que debía mantenerse porque respondía a los principios feudales: evitaba la disgregación de los patrimonios que estaban amenazados por el sistema legitimario romano. El fin económico y social de tal práctica, en la Edad Media, era mantener la riqueza en unas solas manos, al objeto de ponderar «el lustre y prestigio de la Casa» que se obtenía a través de la agnación, y, más concretamente, se unía el privilegio de masculinidad junto al de primogenitura.

³³ El juramento fue utilizado por los canonistas para dar validez a los actos prohibidos por las leyes civiles

c) El Derecho consuetudinario. En estas regiones de «costumbres» la recepción del DR fue más tardía que en las de «droit écrit».³⁴ Las regiones con mayor influencia romanista trataron de adecuar la institución a la técnica romana.³⁵

En Cataluña y Mallorca, las fuentes legitimadoras son distintas. Cataluña se regía por la renuncia «dote contenta» legitimada por la Decretal de Bonifacio VIII; y en Mallorca por Derecho Estatutario, la institución se reguló por el *Privilegi de Jaume I* ³⁶ de 1274 y dos *Privilegis* posteriores de *Sanç I*, ambos de 1319.

La estructura negocial de esta institución podemos extraerla de los *Privilegis* otorgados por los Reyes de Mallorca y de las escrituras notariales;³⁷ de esta interpretación podemos colegir que la institución se compone por dos elementos:

- 1) Un presupuesto negocial, que era la constitución de dote, esto es, una atribución patrimonial a título lucrativo,³⁸ porque el padre estaba obligado a dotar, imputándola a sus futuros derechos sucesorios de origen legal.
- 2) Y un negocio unilateral: la declaración de la dotada que manifiesta sentirse satisfecha con la dote recibida, por lo que define a su padre sus futuros derechos sucesorios y se compromete a no reclamar nada más.

³⁴ En Francia se regían por Estatuto y por «costumbre». En Italia por Estatuto.

³⁵ El primer Estatuto de derecho civil que se tiene constancia son las disposiciones sobre sucesión feudal que Federico Barbaroja envía al obispo de Avignon en 1161; se encuentra en unas disposiciones legislativas en materia sucesoria del siglo XII, es el Estatuto de Guillaume II de Forqualquier de 1162, sobre la exclusión de las hijas dotadas. Tales prácticas recibieron refrendo legislativo por lo que pervivieron, como derecho municipal, junto al Derecho Romano. Salvo estas excepciones, no se legisló en derecho civil hasta entrado el siglo XIII; incluso los Condes de Provenza, que eran de los más poderosos, no legislaron en materia civil hasta finales del siglo XIII

³⁶ El *Privilegi* dice que, si la hija casada, de edad legítima y con el consentimiento de su marido, firma definición a su padre, no puede actuar cualquier petición o demanda en vida contra los bienes de su padre, ni a su muerte contra sus herederos por razón de legítima, porque la definición es firme, salvo que su marido sea incapaz.

³⁷ El tratamiento de los documentos notariales puede también en Ferrer Vanrell, «*La diffinitio...*», cit., pág. 41 a 54. El primer documento encontrado es de 1251, catalogado en el Archivo Reino de Mallorca (sig.PRPA-XIII-27); Esponsalicio de Elisenda, hija de Arnaldus de Gerundia y su esposa Ermensendis con Arnaldus de Sala de Ilerda; de 2 Kalendas Marcii, MCCLI.

³⁸ Era un título lucrativo en cuanto suponía un enriquecimiento para la hija, pero no era una liberalidad, por la obligación de dotar.

Esta estructura de la *diffinitio* es la que se ha mantenido a lo largo del derecho intermedio, hasta que se plasmó en el art. 50 de la Compilación de 1961, con unos términos no excesivamente afortunados.

1.1. El presupuesto negocial: la constitución de dote o donación *ob causam*

La atribución patrimonial, presupuesto de la *diffinitio*, se localizaba, históricamente, en la constitución de dote. Su efecto dispositivo se fundamentaba en la *causa solvendi*, por la obligatoriedad que pesaba sobre el padre de dotar a su hija; y su efecto adquisitivo era de carácter lucrativo porque no existía contraprestación.

Este resultado económico del efecto jurídico de la dote o de la donación en contemplación de matrimonio (según se otorgara a la hija o al hijo), producía un enriquecimiento en sus patrimonios por título lucrativo. Y era este efecto económico el que el padre dotante o donante imputaba a los futuros derechos sucesorios del descendiente, que pudiera tener en su sucesión, por medio de la cláusula de imputación, que era una propuesta de *diffinitio*, que el descendiente aceptará o no. Esta cláusula de imputación responde a la frase que el art. 50, de la originaria CEDCB, añade con los términos «en contemplación de», frase que se ha mantenido en el reformado art. 50 CDCIB.

La tratadística mantuvo que las donaciones fundamentadas en causa gratuita no se imputaban a la legítima, salvo que el padre así lo dispusiera. Ahora bien, las donaciones *ob causam* se imputaban a la legítima; y se consideraban *ob causam* todas las que el padre incluía expresamente en ellas la cláusula de imputación «*pro parte sua*».

- a) La cláusula de imputación que se incluye en las donaciones *ob causam* lleva implícita la propuesta de *diffinitio*. Quedará aceptada como propuesta con la aceptación de la dote o la donación; por lo que se acepta como dote o como donación y a la vez como anticipo de legítima, no como *diffinitio*, ya que requiere un negocio unilateral de la dotada o donatario manifestando su voluntad de nada más pedir. Será el posterior negocio unilateral de *diffinitio* el que delimite el ámbito de los derechos que se definen comprometiéndose mediante el *pactum de non petendo*.
- b) La cláusula de imputación tiene un doble valor: 1) el reconocimiento de la cualidad actual de pariente y futura de legitimario o heredero intestado. Es decir, este reconocimiento de la cualidad de futuro legitimario, es suficiente para evitar la preterición y otorgar el

honor del *nomen*. 2) Pretende ser pago anticipado de un derecho patrimonial futuro de origen familiar, esto es, ser pago de los futuros derechos sucesorios de origen legal.

1.2. Objeto de la atribución patrimonial

El objeto de la atribución patrimonial, históricamente era la dote. La cuantía de la dote debía ser congrua,³⁹ para ello existían unos parámetros, unos criterios para su congruencia. Artigues⁴⁰ equiparaba «la obligación de dotar» con «dote congrua»; será congrua la dote que sea suficiente para contraer matrimonio, sea superior o inferior a la legítima; de no serlo tenía acción para reclamar su complemento.

Cuando no hay exclusión automática,⁴¹ sino que la constitución de dote es el presupuesto negocial del negocio de renuncia o *diffinitio*, en este caso, el concepto de «dote congrua» cambia por el de «dote contenta». Por lo que requiere un segundo negocio unilateral de la dotada declarándose contenta, satisfecha, y por ello define sus futuros derechos sucesorios.

Tanto el *Privilegi de Jaume I*, de 1274, para el Reino de Mallorca, como otros Estatutos Municipales medievales, así como la Decretal de Bonifacio VIII, que siguió Cataluña, atienden al concepto «dote contenta».

El presupuesto de la *diffinitio*, de acuerdo con sus antecedentes históricos, debe producir un lucro en sentido jurídico, como consecuencia del nexo causal existente entre el empobrecimiento del patrimonio del disponente y el enriquecimiento del patrimonio del atributario, futuro definidor.

SERRA MAURA,⁴² comentando una decisión de la Real Audiencia de 22 de enero de 1634 dice que la obligación de dotar es del padre y si prometen conjuntamente (padre y madre) dotar a la hija es necesaria la entrega efectiva, no basta la imputación, sino que tiene que ir acompañada de un efectivo desplazamiento patrimonial a la hija. Relata dos Decisiones de la

³⁹ Ver el estudio de los conceptos «dote congrua»- «dote contenta», según la tratadística y los protocolos notariales de Mallorca, en Ferrer Vanrell, M.Pilar, *La diffinitio en el derecho civil...*, cit. págs. 90 y ss.

⁴⁰ «Y siempre baxo estas voces: obligación de dotar se entiende dote congrua». *Alegación sobre la dote congrua en pleito planteado por Raymundo Fortuñy y Gual de Rueste, García y de Olezacon Dña. María Cotoner vda. Y heredera usufructuaria (...) sobre la dote congrua de Dña. Violante Gual Zaforteza, mujer de D. Jorge Fortuna, con Decreto Provisional dado por la Real Audiencia de 18 de febrero de 1721* (en Biblioteca Bartolomé March).

⁴¹ La dote congrua tenía una excepción en aquellos Estatutos Municipales en que la exclusión no es automática por la dotación (ej el Estatuto de Borgoña era automática)

⁴² *Decisionum Regii Senatus Minorumque Tribunalium Majoricarum* Tomo I, (Manuscrito. BBM Sig. 102-III-23) folio 226v.

Real Audiencia que interpretan el Privilegi de 1274, una de 8 de noviembre de 1638 y otra de 6 de junio de 1629, en las que claramente se exige la recepción de la dote como presupuesto para la validez de la *diffinitio*. Por la falta del presupuesto negocial la *diffinitio* es ineficaz.⁴³

1.3. El presupuesto negocial y la cláusula de imputación o nexo de causalidad en el art. 50 CDCIB

La Compilación ha seguido el precedente histórico del presupuesto de *diffinitio*, al determinar que lo será una atribución patrimonial como efecto adquisitivo, es decir un resultado económico que suponga el aumento del activo o la disminución del pasivo de su patrimonio, porque siempre tiene que tener plasmación patrimonial.

El presupuesto debe producir un lucro en sentido jurídico, como consecuencia del nexo causal existente entre el empobrecimiento del patrimonio del disponente y el enriquecimiento del patrimonio del atributario, futuro definidor.

El título lucrativo se manifiesta siempre como un resultado, y debe ser consecuencia de un negocio de disposición *inter vivos*, sea atributivo o extintivo. No son aptos los negocios *mortis causa*, porque la propia dicción del art. 50 no lo permite, al decir «reciban o hubieren recibido». Ni es apto cualquier efecto lucrativo que su fuente esté en la ley (por ej. Art. 610 Cc., ni el art. 366).

La CDCIB no utiliza los términos «donación, atribución o compensación»⁴⁴ en sentido jurídico. Sólo el término «donación» tiene naturaleza jurídica; el término «compensación», jurídicamente significa encontrarse dos personas en las posiciones acreedoras y deudoras recíprocamente (art. 1195 Cc); y «atribución» es un concepto económico.

La relación de causalidad entre enriquecimiento-empobrecimiento de ambos patrimonios puestos en relación (ascendiente-descendiente, que sean futuros legitimarios) tiene que venir determinada por la imputación. Históricamente la determinaba la cláusula de imputación que se incluía en el negocio de constitución de dote. Hoy la cláusula de imputación

⁴³ Bassa, Joseph, dice: «pater ipsi constituerit etiam adjecta clausula tam paternis quam maternis bonis, de paternis dumtaxat significans dotare videtur cum filias dotare sit officium pater (...) Quinimo nec renuntiatio facta a filia juxta multum sententiam materna sucesiones valida est etiam si jusjurandi vinculum accésit quasi sine causa facta». *Iuridicae Observaciones Variis Regni Majoricensis Senatus Decissionibus illustratae et alphabetico ordine digeste*. 1700 (sig., Manuscrito n° 553, BCC), folio 40

⁴⁴ Ver una explicación más detallada en Ferrer Vanrell, M.P. *La diffinitio...*, cit., págs. 207 y ss.

ha desaparecido y se ha sustituido por los términos «en contemplación de», que no es más que la relación causa-efecto entre enriquecimiento-empobrecimiento de ambos patrimonios.

Este nexo de causalidad se pone de manifiesto por la aplicación de las normas de computación en el patrimonio del atribuyente, y las normas de imputación en el patrimonio del atributivo, (arts. 47.3 y 48.7 CDCIB)

También se ha modificado la iniciativa. En la Compilación la iniciativa parte del descendiente futuro legitimario, respecto de su ascendiente. Históricamente la iniciativa partía del ascendiente que imputando el efecto lucrativo del objeto de la dote hacía una propuesta de definición, que el descendiente concretaba en el negocio de *diffinitio*.

El grupo parlamentario PSM-EEM presentó una enmienda (nº 61) al art. 50 vigente⁴⁵ proponiendo la supresión de los términos «en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad». Era acorde con la propuesta que también interpuso de supresión de legítimas. Ahora bien, ajeno al negocio de *diffinitio*, en su carácter histórico.

El vigente art. 50 prevé que la atribución patrimonial («donación, atribución o compensación») sea coetánea al negocio de *diffinitio*, o bien sea deferida en el tiempo; pero siempre anterior al negocio de *diffinitio*. Es el significado de los términos legales «que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad» (art. 50 CDCIB).

Precisamente son estos términos los que dificultan el entendimiento de la Ley tributaria de las Illes Balears 22/2006.

2. El negocio de *diffinitio*

Existente la atribución patrimonial del padre o ascendiente, que es el presupuesto del negocio de *diffinitio* en sentido estricto, y hasta que se produzca la manifestación de voluntad unilateral del descendiente, que debe ser un futuro legitimario, no es más que un anticipo de legítima. La cláusula de imputación sólo es una propuesta de definición, que aceptará o no.

Para que se produzca la exclusión en la futura sucesión del ascendiente, es necesario un segundo negocio, la *diffinitio*, que es la manifestación de entenderse satisfecho, pagado, por lo que se compromete a nada más reclamar en la sucesión de su padre (*pactum de non petendo*). No es una renuncia, sino que define por estar satisfecho.

⁴⁵ En su tramitación parlamentaria a la reforma de la Compilación de 1990.

Los sujetos que intervienen en el negocio son los «descendientes, legitimarios y emancipados»; es decir, no son legitimarios, porque no lo serán hasta que cause la sucesión, lo que está diciendo el art. 50 es que por la relación actual de parentesco está colocado en el lugar de futuro legitimario, respecto de la sucesión a la que se renuncia y respecto del que ha recibido una atribución patrimonial, que es el presupuesto negocial.

Tiene que reunir dos condiciones, línea, siempre recta y grado, que debe ser en primer grado.

La capacidad de los sujetos, históricamente, se exigía según el aforismo «*habilis ab nuptias, habilis ac pacta nuptialis*», que era la capacidad para matrimoniar; pero tratándose de hija, requería el consentimiento del marido como complemento de capacidad, porque tenía que aceptar la cuantía de la dote.

El art. 50 de la Compilación del 1961 requería la emancipación. El vigente art. 50 exige, también, la emancipación por lo que vuelve a coincidir con la capacidad para matrimoniar, (por la modificación en 1981 del art. 46.1 CC).

La vecindad civil de los sujetos, al tiempo del otorgamiento de la definición debe ser la local (15.4 Cc) mallorquina (art. 50 CDCIB), o ibicenca o formenterense (art. 77 CDCIB). No cabe la vecindad civil menorquina (art. 65 CDCIB).

Por el contrario, el negocio productor del efecto lucrativo, que es el presupuesto de definición, no requiere la vecindad civil mallorquina, ibicenca o formenterense, ya que no se exige que sea coetáneo.

Es un negocio formal por lo que debe formalizarse en escritura pública (art. 50.4).

2.1. La naturaleza jurídica de la renuncia o *diffinitio*. Su interpretación histórica

La *diffinitio* es un negocio jurídico unilateral por la que el descendiente, que se entiende satisfecho por los futuros derechos sucesorios de origen legal, renuncia a tales derechos.

Varios son los problemas que se plantearon los Doctores del Derecho Intermedio, porque a la recepción del Derecho Romano chocaron con las prácticas que estaban prohibidas por las leyes romanas de renunciar a una sucesión no deferida y por el principio de igualdad de todos los hijos en los derechos sucesorios de origen legal.

La Tradadística⁴⁶ se planteó dos cuestiones sobre esta práctica; una de validez y una cuestión de eficacia del negocio.

- 1) La cuestión de validez se fundaba en el objeto del negocio; porque el objeto de la *diffinitio* se entendía que era un derecho irrenunciable, por la naturaleza sucesoria ya que las leyes romanas no permitían renunciar a una sucesión no deferida por ser «contra *bonos mores naturales*» e inducía al «*votum captandae mortis*». Además, tratándose de un derecho futuro, el objeto del negocio era indisponible, lo que choca con la renuncia que es esencialmente dispositiva.
- 2) La otra cuestión que se planteó era un problema de eficacia, que surge por la falta de firmeza del negocio; porque la renuncia, al ser unilateral, se entendía que era revocable.

Para salvar estas cuestiones,⁴⁷ las soluciones a estos obstáculos que dan los postglosadores, los comentaristas y posteriormente toda la tradadística son:

- a) El problema de eficacia lo salvan mediante la renuncia «*per modum pacti*», porque el pacto lo hará irrevocable.
- b) La cuestión de la validez, por el mismo pacto, cuyo objeto puede ser futuro, al tratarse de un negocio obligacional y no dispositivo como es la renuncia; además, siendo «*pacto de non petendo*» crea una excepción de modo que no extingue la obligación y no requiere una disponibilidad actual, sino que queda obligado a no reclamar en el futuro.

En el fundamento de estas cuestiones, la teoría del pacto, está el motivo que ha llevado a la doctrina balear⁴⁸ contemporánea a calificar el negocio, a mi entender erróneamente, de contrato, interpretando una falsa naturaleza del negocio, como se verá. Esta cuestión quedó zanjada, definitivamente,

⁴⁶ Ver todo el tratamiento de esta cuestión, en mi anterior citada obra «*La diffinitio...*», págs. 103 a 149.

⁴⁷ El tratamiento que hace la Tradadística del Derecho Intermedio sobre estas interesantes cuestiones puede verse, también, más extensamente explicado, Ferrer Vanrell, M.P. *La diffinitio...*, cit. págs. 106 a 145.

⁴⁸ Entre otros, lo califican de contrato oneroso, Pascual González, L. *La definición, institución de derecho sucesorio contractual*, Impr. Guasp. Palma 1962, Ferrer Pons. J. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. XXXI, vol.1º, com. Art. 50. Mir De La Fuente, T. *La definición del Derecho Civil especial de Baleares y los conflictos de leyes*. Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm.2. Palma 1982.

por la voz autorizada de GALLERATUS⁴⁹ al decir «tamen renuntiatio sive sit simplex, sive fiat per pactum semper habet eadem naturam, et semper dicitur renuntiatio. Pactum etenim solum addit renuntiationes obligationis robur. Unde renuntiatio alioquin revocabilis, cum fit per pactum, non potest revocari».

Los términos del art. 50 CDCIB son confusos, ya que en sus términos iniciales dice «por el pacto sucesorio conocido por definición...»; y, como se advirtió respecto de los términos del presupuesto negocial, aquí tampoco se utilizan los términos en estricto sentido jurídico. El término pacto sucesorio corresponde a la calificación de la institución dentro del ámbito de la sucesión contractual, fundamento sucesorio permitido en Mallorca (art. 6 CDCIB); pero en modo alguno nos permite determinar que estemos ante un contrato, porque, ni lo permite la interpretación de la letra del propio artículo; ni lo permite su preceptiva interpretación histórica (art. 1.2 CDCIB).

¿Cómo puede entenderse que la mal llamada «contraprestación» por la doctrina que lo califica como contrato, que es la atribución patrimonial, coetánea o anterior, pueda mantenerse si decae el negocio de *diffinitio* en sentido estricto? Podemos poner un ejemplo; si un descendiente futuro legitimario recibe una atribución patrimonial y define sus futuros derechos sucesorios, y, posteriormente, fallece antes que su padre donante, la donación es firme e irrevocable, y ésta atribución queda en el patrimonio relicto del hijo, (cuestión distinta es si se verá afectada por la reversión del 812 Cc., como ocurrió en el caso que se cita a continuación). Por la premoriencia nunca llegó a ser legitimario. Es el supuesto de la Sentencia del TSJIB de 28 de mayo de 1992, que D. Guillermo falleció en 1983, premuriendo a su madre Dña. Ana, propietaria del bien donado como presupuesto de la *diffinitio*. La donación atribuida, con anterioridad, es irrevocable, aunque decaiga una posterior *diffinitio* por no llegar a ser

⁴⁹ *De Renuntiationibus Tractatus*. Tribus Tomis Distinctis. Genevae, Johannis Hernán Widerhold 1678. Lib IV, Cap. III, núm.13. En este sentido, Galleratus, siguiendo a Bolognetus, aclaró las cuestiones que, respecto al negocio de renuncia, se fueron suscitando desde la Glossa. Distingue, según la Glossa entre renuncia y pacto, en cuanto a sus efectos, «renuntiatio simplex est consensus permisivus, pactum vero est consensus obligativus», en consecuencia la firmeza del negocio difiere «quod simplex renuntiatio potest quodcumque revocari antequam alter jus apprehendat, et idem cum fit animo, ut alteri queratur, ut non adquiratur» (*De Renuntiationibus...*, cit, Lib. IV, Cap. III, núm.9 y Cap. II, núm.8). Sin embargo Galleratus mantiene que no hay razón para exigir el pacto «quoniam tanta potestas renuntiationis liceo pendeat ab unius voluntate tantum, ut ipsius pacti in quo intervenit duorum consensus» (*De Renuntiationibus...*, cit. Cent. I Ren. XVII, núm.32).

legitimario. Estas cuestiones son insalvables dentro de la teoría de los contratos, para quienes lo califican como tal.⁵⁰

La *diffinitio* o renuncia a la legítima o a los futuros derechos sucesorios, en consecuencia es un negocio unilateral otorgado por el que el descendiente legitimario que renuncia a los futuros derechos sucesorios. El descendiente declara estar satisfecho por sus futuros derechos sucesorios, por entender que lo imputado por el ascendiente es suficiente. Esta es la interpretación que latía en el originario art. 50, en los términos «renunciar y dar finiquito». No es una renuncia simple, sino por haberse satisfecho el derecho futuro que se renuncia.

Presupuesto y supuesto de hecho conforman el tipo negocial. Sin embargo, la inexistencia del negocio de *diffinitio* supone el mantenimiento del presupuesto negocial.

El negocio de *diffinitio* en sentido estricto se manifestará en el momento en que el descendiente, dada la existencia del presupuesto negocial, declare su voluntad de renunciar a sus derechos sucesorios y desde entonces será irrevocable.

2.2. El objeto de la *diffinitio*. Los derechos definidos

El objeto de la *diffinitio* alcanza al ámbito de los futuros derechos sucesorios que se renuncian. Históricamente, el objeto abarcaba el complemento de dote y los futuros derechos sucesorios de origen legal, esto es, el suplemento de legítima, en su caso (porque había recibido su anticipo), y la sucesión intestada, salvo que se reservara ésta y no existieran varones, «*renuntiatio facta a filia dote contenta ovni juris sibi competenti in haereditatis patris, reservata successione ab intestato, operat caso quo patri descendenti aba intestato supervivat filius masculus qui non renuntiaverit, nam tunch non obstante reservatione, solus filius ad haereditaem patris abintestato admittat*».⁵¹

La Tradadística mallorquina,⁵² siguiendo a los autores del *ius commune*, mantiene la regla de interpretación restrictiva de los derechos definidos. ARTIGUES⁵³ dice al comentar la Decisión de 19 de diciembre de 1674 que

⁵⁰ Ver nota 48.

⁵¹ Así se pronuncia Artigues, *Liber Exemplaris*, Palma 1716 (sig. Manuscrito 102-III-17. Biblioteca Bartolomé March), folio 244, núm. 78, y la Tradadística, ver mi estudio en «*La diffinitio...*», cit., págs. 63 a 68 y 162 a 176.

⁵² En opinión de Serra Maura, *Decisiones Senatus Majoricensis*, (cit)olio 271v.; Artigues i Suau, *Liber Exemplaris*, cit., folio 239 Y 239V., núm. 32; Fiol I Flor, *Exemplaris Antiquae Regiae Audientiae BCC* (sig. Manuscrito, n1 567), folio 381.

⁵³ *Liber Exemplaris* cit., folio 238, núm.28.

fue declarado «*renuntiatio facta ex una causa non extendit ad jus competens ex alia causa, quia es stricti juris, et non comprehendit nisi quod est expresum*»; mantenía que las cláusulas amplias y generales no valen, salvo que expresen, inequívocamente, la voluntad de definir, tan ampliamente, sus derechos; pero incluso en este caso, no se entendían incluidos los derechos sucesorios voluntarios como cualquier otro derecho desconocido al tiempo de la *diffinitio*, porque atentaría contra el principio romano de libertad de testar. Incluso no afecta a la *diffinitio* si el testamento en que instituye a la hija es anterior a la definición ya que provenía «*ex nova causa*», porque toda la Tratadística entendió que si el padre murió sin cambiar el testamento era por que no había cambiado su voluntad de instituirlo; así se declaró en la Decisión de 19 de septiembre de 1628 «*filia renuntiaverit omnia jura paterna haereditatis, seu in bonis paternis spectantibus, in favorem patris aduch viventis; si ab isto antecedente fuit cum aliis haeres Instituta, et pater postea decedat, non mutata voluntate, habebit ipsa partem haereditatis in quam repperet Instituta, renuntiatione no obstante*».⁵⁴

En la renuncia se entendía que, ya sea expresa o tácitamente, estaba incluida la cláusula «*rebus sic stantibus*»; era *communis opinio*, y así lo afirma GALLERATUS⁵⁵ al decir «*amplia modo preadicta procedit etiamsi renuntiatio esset iurata, quia juramentum non facti ut renuntiatio comprehendat jus futurum ex nova causa (...) Habet sane juramentum tacitam clausulam rebus sic stantibus*» Por tal razón no podía interponerse la «*exceptio pactum de non petendo*» ante la eventual acción de reclamación de tales derechos.⁵⁶

En el originario art. 50, el objeto de la *diffinitio* abarcaba «la legítima y demás derechos sucesorios». La interpretación de los derechos renunciados en el derogado art. 50, a la luz de la tradición jurídica balear, debía entenderse que no podía extenderse a los derechos sucesorios voluntarios, además sería contrario al principio de libertad de testar.

El vigente art. 50 contempla dos modalidades de *diffinitio* que implica dos ámbitos en su objeto: 1) definición de legítima, o bien 2) definición a «todos los derechos sucesorios». Si no se fija el alcance se entiende el menor

⁵⁴ Esta Sentencia la comenta Serra i Maura, *Decisiones majoricensis Super diversos variosque, tum Canonica tum Civiles Jurisprudentiae*, Palma Balearium, anno salutis 1719, BCC(sig.Manuscrito núm. 558) F ante I, núm. 71.

⁵⁵ *De Renuntiationibus...*, cit., Cent I, Ren. XVII, núm.35

⁵⁶ De esta opinión comenta Molinus, F. «*tum etiam iuramentum tacitam in se habet conditionem, rebus scilicet in eodem statu permanentibus (...) unde cum mutatus fuerit status morte fratrum, consequenter filia successione poterit*». *Tractatus Celebris, et insignis de Ritu Nuptiarum, et Pactis in matrimonio conventis*. Ex. Typografía Laurentii Deu, iuxta domum Regiam. Barcinone 1618, Lib.III, Sect.V., Quaestio LXXXII, núm.24.

gravamen «sólo a la legítima» (art. 50 CDCIB). Es acorde con la tradición jurídica que decía que debía interpretarse restrictivamente.

Sin embargo, el nuevo art. 51 CDCIB, es de una redacción y casuismo muy farragoso, al distinguir: 1) La definición de los derechos legitimarios. El art. 51.1 CDCIB dice que «deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del descendiente»; no es más que, como mantuvieron los Doctores, la plasmación de la prohibición de detraer dos legítimas de una misma sucesión. En realidad lo que está diciendo el párrafo primero es que si la definición alcanza sólo a la legítima, no cabe la *actio ad supplendam* y permite la acción de petición de los derechos sucesorios voluntarios sea cual fuere la fecha de otorgamiento del testamento. 2) Si la definición es amplia, alcanza a todos los derechos sucesorios; del pár. 2º del art. 51 se deduce que tampoco cabe la *actio ad supplendam*; además determina que no tiene acción para reclamar los derechos sucesorios otorgados en testamento anterior a la definición, por lo que da a la definición el carácter de mecanismo de revocación de cláusula testamentaria, en contradicción a la tradición jurídica ya que los derechos sucesorios voluntarios nunca se entendieron renunciados. La única excepción que permite es la sustitución vulgar del renunciante que fuere hijo único. El renunciante, tiene acción para reclamar las disposiciones testamentarias dispuestas por el ascendiente, si el testamento es posterior a la definición. 3) La sucesión intestada. Si el causante no ha otorgado testamento,⁵⁷ el párrafo 3º dispone que el definido es llamado a la sucesión intestada cuando el ámbito de la definición alcanza sólo a la legítima. Si la definición es amplia, el definido no es llamado, sin embargo lo serán sus descendientes salvo en dos supuestos: a) que del pacto resulte lo contrario, b) que existan otros descendientes no renunciados o estirpes de ellos.

3. La eficacia negocial. Quiebras a la *exceptio pactum de non petendo*

El efecto negocial es el que determina el Privilegi de Jaume I⁵⁸ «*ex tunc non possit agere contra patrem sui vel boni ipsius vel contra haeredes eiusdem*», y los posteriores del Rey Sanç I se pronuncian en el mismo sentido. Es la «*exceptio pactum de non petendo*», por la que cualquier reclamación o pretensión que se interponga sobre los derechos definidos, los beneficiarios del negocio, que son los herederos, pueden paralizarla interponiendo la

⁵⁷ La existencia de definición presume un futuro causante interesado en regular su futura sucesión, por lo que, presumiblemente, existirá testamento

⁵⁸ Se puede consultar el texto íntegro en el *Llibre den Pere de Sant Pere* en el Archivo del reino de Mallorca (sig. Códice nº 2, folio 6, primera columna). Su transcripción se puede consultar en Ferrer Vanrell, M.P. *La diffinitio*, cit., pág.31.

excepción. No es tanto un efecto negocial abdicativo, sino la facultad de paralizar la acción de reclamación.

La eficacia de la *diffinitio* tiene su plasmación en el ámbito procesal, el beneficiario (los herederos) podrá paralizar la acción de reclamación sobre los derechos definidos.

Entre los distintos supuestos de quiebra de la eficacia del negocio,⁵⁹ la Tradadística centró su estudio en dos: 1) la inexistencia del presupuesto del negocio, que era la atribución patrimonial que se entregaba por dote; 2) la ineficacia de la imputación legitimaria, por faltar la cualidad de legitimario debida a la premoriencia del descendiente al ascendiente, por lo que decaía la cláusula de imputación y posterior definición.

Vamos a detenernos en el supuesto primero en el que falta el negocio atributivo, presupuesto de la *diffinitio*. La Tradadística mantuvo que si falta el presupuesto negocial, no prosperaba la paralización de la acción mediante el *pactum de non petendo*, por lo que «...*pater tamen et hoc argui quod nulla dote filiae assignata pactum per quod filia se excludit a successione paterna non valeat*».⁶⁰ Si falta el presupuesto negocial no hay negocio, aunque el negocio de *diffinitio* en sentido estricto haya sido celebrado válidamente; no se trata de un problema de validez del negocio, sino de eficacia, la renuncia no produce efectos.

4. El momento adquisitivo en la *diffinitio* en relación a la Ley 22/2006

A efectos del momento en que surge el devengo en la *diffinitio*, que la Ley 22/2006 califica de título sucesorio, con esta calificación el devengo debería efectuarse al fallecimiento del causante. En consecuencia, ¿cómo se organiza la tributación respecto a la atribución patrimonial recibida como presupuesto de la *diffinitio*?. Difícil cuestión a resolver. Si la atribución patrimonial es coetánea al negocio de *diffinitio* en sentido estricto, el problema sólo se refiere a calificar de «título sucesorio» una donación o una condonación, o cualquier «atribución o compensación» (art. 50 CDCIB), que son títulos *inter vivos*, por una parte, y que en modo alguno el devengo está ligado con el fallecimiento del donante o condonante o atribuyente,

⁵⁹ Ver su enumeración y estudio en Ferrer Vanrell, la «*La diffinitio...*», cit., pags. 185 y ss.

⁶⁰ Dice Ancharanus, Petrus, *Comentaría super Sextum Librum Codicis Iuris Pontificii atque Caesarei*, MDXLIII, Vicente de Portonaris, C,6,20,3 n° 23; como dice Benedictus, «quia cesta qualitatis requisita a statuto, scilicet dotatio, igitur cessare debet statutum», *Repetitio in Capitulo Raynuntius, extra de Testamentis*. Apud Bartholomaeum Vicentium, Ludugni MDCLXXXII.

respecto de cuya sucesión se declara satisfecho el descendiente, futuro legitimario.

Pero este no es el mayor problema; la cuestión de difícil solución es el tratamiento tributario que se dará a la atribución patrimonial, que estando permitida por la Compilación, se haya efectuado con anterioridad (art. 50 CDCIB). Es decir, en el momento de otorgarse la «donación» estamos ante un negocio *inter vivos* que no tiene el concepto de presupuesto negocial de la *diffinitio*; este carácter lo adquirirá a posteriori, esto es, cuando «en contemplación de» esta atribución recibida con anterioridad declare definir sus futuros derechos sucesorios.

¿Acaso esta atribución patrimonial estará exenta de tributación a la espera de que, con posterioridad, llegue o no a ser el presupuesto de *diffinitio*?, en cuyo caso tributará a posteriori por la tasa bonificada del 1%, por ser calificado por la ley tributaria como «título sucesorio», con la duda de que no llegue a serlo. ¿O más bien tributará como una donación, a la tasa bonificada del 7%?, que es la naturaleza jurídica que tiene en el momento de la atribución patrimonial y donde existe la duda de si posteriormente se convertirá en presupuesto negocial de la *diffinitio*. De ser así, ¿se le podrá pedir la devolución del diferencial a la Agencia Tributaria?, cuestión más difícil aún, además a esta dificultad se une la posibilidad de que hayan pasado los plazos de prescripción.⁶¹

⁶¹ Estas cuestiones han quedado expuestas en el epígrafe 3 y ss., de la primera parte (I).

**LAS DISPOSICIONES GENERALES,
SOBRE PACTOS SUCESORIOS EN EL LIBRO IV
DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.
APERTURA, INNOVACIÓN Y ALGUNA PERPLEJIDAD***

MARIA PAZ GARCÍA RUBIO
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL

MARGARITA HERRERO OVIEDO
CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

El Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, afirma de modo tajante «*El régimen de los pactos sucesorios es, sin duda, la innovación más importante que presenta el libro cuarto respecto al anterior Código de sucesiones*». La regulación es, en efecto, mucho más amplia que la precedente, en la medida en que la figura de la sucesión paccionada, como se señala en el Preámbulo, ya no se limita a la institución de heredero o heredamiento y se desliga de su contexto matrimonial, si bien durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se produjo una clara restricción de la libertad de pacto que de modo palmario impregnaba el texto inicial.

Con todo, la mayor flexibilidad y amplitud de la figura de la sucesión paccionada con respecto a su antecedente inmediato, el Código de Sucesiones, coloca al ordenamiento catalán en la misma línea de otros vecinos que, como el caso francés o italiano, han introducido también en

* El presente trabajo se enmarca dentro de la ejecución de los Proyectos de Investigación «Derecho de sucesiones en Europa y libertad de testar: situación sustantiva, unificación conflictual y posición de los Derechos civiles autonómicos (Ref. SEJ2007-65950/JUR), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER, y «A nova Lei 2/2006 de dereito civil de Galicia no actual proceso europeo de unificación do dereito de sucesións: implicacións para a emigración galega» (Cod. PGIDIT6CS-C20201PR), subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia.

fechas relativamente recientes modificaciones legislativas tendentes a dar un mayor juego al pacto sucesorio.¹

¹ En Francia, la reforma del Derecho de Sucesiones se ha llevado a cabo a través de dos leyes, de 3 de diciembre de 2001 y de 23 de junio de 2006, de las cuales la última ha sido la que ha modificado la materia de los pactos sucesorios de forma sustantiva, fundamentalmente a través del incremento del número de excepciones a la regla prohibitiva de la sucesión contractual contenida con carácter general en el art. 1130 párr. 2º *Code*. Podemos destacar que la tradicional figura de la *donation-partage* (arts. 1091 y ss. *Code*) de modo similar a lo que ocurre con los heredamientos catalanes, amplía su ámbito subjetivo puesto que ya no se limita al tándem ascendientes-descendientes, sino que podrá resultar beneficiado por ella cualquier presunto heredero e incluso terceros si el objeto de la donación-partición lo constituye una empresa. Además, la Ley introduce una nueva modalidad de la figura, la *donation-partage transgénérationnelle* (arts. 1078-4 y ss. *Code*) que permite al ascendiente beneficiar simultáneamente a generaciones diferentes de descendientes. Otra importante novedad de la reforma del año 2006 se encuentra en la regulación de la renuncia anticipada a la acción de reducción (arts. 929 y ss. *Code*) que para muchos supone una admisión indirecta de la renuncia a la legítima. La impresión general que se obtiene evidencia un abandono de la rígida prohibición que, al menos formalmente, ha estado vigente en Francia, y la aceptación de nuevas modalidades de pactos sucesorios, en aras de fomentar los denominados «pactos de familia» que faciliten transmisiones sucesorias y eviten desmembramientos nefastos de empresas de carácter familiar (*vid.* M. Grimaldi, «Premières vues sur la réforme des successions et des libéralités», *Dalloz* núm. 30, 2006 y R. Le Guidec, «La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités», *La Semaine Juridique*, Éd. G. n.º 30 de 2006). En Italia la reforma ha tenido lugar por Ley de 14 de febrero de 2006, n.º 55, que modifica el Código Civil en materia de pacto de familia, la cual introdujo en el Libro II a continuación de los preceptos destinados a las sucesiones e inmediatamente antes del capítulo dedicado a las donaciones, un nuevo Capítulo (Capítulo V *bis*) encargado de regular el novedoso pacto de familia, definido en el art. 768 *bis* básicamente como un contrato, celebrado entre el empresario y uno o más de sus descendientes a través del cual el empresario transfiriere, en todo o en parte, la empresa, con respeto de la normativa sobre empresa familiar y de la tipología societaria. Junto a los sujetos principales (empresario y descendiente «elegido», que no tiene por qué ser legitimario), también deben participar en el pacto el cónyuge y los presuntos legitimarios del empresario disponente (art. 768 *quater*), circunstancia que provoca que la doctrina no sea unánime a la hora de calificar su naturaleza y se hable de contrato plurilateral, bilateral, contrato a favor de tercero o incluso de un nuevo tipo negocial (sobre este aspecto, *vid.* G. Perlingieri, «Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi», en *Rassegna di Diritto Civile*, n.º 1, 2008, págs. 146 y ss). La figura se presentó como respuesta a exigencias que otros instrumentos, ya presentes en el ordenamiento italiano, no podían satisfacer; con ella se busca permitir el traspaso generacional de una actividad empresarial que se realice mediante la utilización de bienes de los que sea titular el disponente. Como consecuencia de esta modificación el legislador italiano tuvo también que retocar el principio prohibitivo de los pactos sucesorios recogido en el art. 458 del *Codice*, de forma que dicho precepto mantiene la prohibición pero haciendo expresa referencia a la excepción de los pactos de familia. Sin embargo, no toda la doctrina italiana se muestra de acuerdo en que esta figura pueda calificarse de pacto sucesorio, puesto que resulta difícil cohesionar su calificación como tal con el hecho de que el traspaso de la empresa pueda tener lugar de forma simultánea a la firma del pacto de familia. Algún autor ha propuesto una nueva especie de pacto, en el que entraría el pacto de familia, el «pacto sucesorio anticipatorio» a través del cual se consuma de forma definitiva el fenómeno sucesorio en relación a la empresa (L. Carota, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo Studio del patto di famiglia*. Cedam, 2008).

La nueva regulación catalana contenida en el Título III del Libro IV del Código civil de Cataluña, rubricado «*La sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte*» y, más en concreto, en las disposiciones generales sobre los pactos sucesorios (Capítulo I, Sección primera) presenta muchos puntos de interés que reclaman un estudio pausado destinado a producir, sin duda, ricos resultados doctrinales.² En espera de ellos, esta contribución se va a limitar a resaltar algunas notas que han despertado nuestra curiosidad y nos han movido a hacer algunas reflexiones que exponemos siguiendo el orden del propio texto legal.

Así, en primer lugar, de la definición de pacto sucesorio contenida en el art. 431-1 CCCat parece derivarse que sólo son considerados como tales pactos sucesorios los llamados *de succedendo* o institutivos, obviando que teóricamente también existen pactos renunciativos o de *non succedendo* e incluso, los llamados pactos de *hereditate tertii*.³ Sin embargo, la insuficiencia del concepto queda patente cuando se comprueba, por ejemplo, que el nuevo Libro IV continúa admitiendo el pacto de renuncia a la legítima futura en los términos que ahora se acogen en el art. 451-26 CCCat, en los que no sólo se sigue la más pura tradición catalana, sino que se amplía ésta de forma significativa. En efecto, se trata de un precepto que a pesar de establecer la regla general de la prohibición de renuncia *ex ante*

Sobre el pacto de familia, *vid.* también VVAA, «Il patto di famiglia», en *Le nuove leggi civili commentate*, n° 1-2, enero-abril de 2007, págs. 21 ss., A. Cataudella, «Parti e terzi nel patto di famiglia», en *Rivista di Diritto Civile*, n° 2, marzo-abril de 2008, págs.179 ss; A. Palazzo, Testamento de Istituti alternativi, Tratado teórico-pratico di diritto privdo (G. Alpa e S. Patti dir.), Cedam, Padova, 2008, págs. 431 ss.

² *Vid.* ya con relación a la nueva regulación, J. Egea Fernández, quien destaca que el legislador catalán «ha optat per un model més obert que, sense abandonar del tot l'àmbit familiar dels pactes, prescindeix de l'exigència de la causa matrimonial, de manera que els capítols han deixat de ser un requisit de validesa d'aquells (forma *ad solemnitatem*) i la successió contractual ja no es limita a la dels pares per part dels fills o entre cònjuges» («El nou règim jurídic de la successió contractual», N° 1. *RJC*, 2009, págs, 9-58 , espec., pág. 17).

³ Tanto el concepto de pacto sucesorio, como su clasificación son ajenos al Derecho romano, adquiriendo entidad en la Edad Media, época en la que los romanistas formularon el concepto de pacto sucesorio e hicieron sobre él una tentativa de construcción jurídica (R.M^a Roca Sastre, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», *Estudios de Derecho privado*, vol. II, Madrid, 1948, págs. 341-370, espec., pág. 344). Cumple decir, no obstante, que al limitar el concepto de pacto sucesorio al mero pacto institutivo, el CCCat parece seguir a senda del BGB, que entiende por contrato sucesorio (*Erbvertrag*) sólo el contrato de institución de heredero y el de legado, regulando aparte y de manera especial la renuncia a la herencia, como bien señala, J. Binder, *Derecho de Sucesiones*, traducción y notas de J.L Lacruz Berdejo, Ed. Labor, 1953, pág. 127.

a la legítima,⁴ como hacía el Código de Sucesiones, permite una serie de excepciones que ahora van más allá de los supuestos históricos del derecho catalán que estaban contenidos en el art. 377 CS y entre los que destacaba, por su importancia, sobre todo el recogido en el párrafo segundo;⁵ su origen se remonta a una Decretal de Bonifacio VIII de 1229⁶ que, con las variaciones que en ella ha ido introduciendo el tiempo, fue reconocida como aplicable en Cataluña tanto por la doctrina clásica, como por la jurisprudencia y que a partir de la Compilación se regula como un caso de renuncia al suplemento.⁷ De hecho, que esta posibilidad de renuncia a través de pacto estaba también en la mente del legislador al redactar las Disposiciones generales sobre pactos sucesorios parece claro en el párrafo segundo del art. 431-5 CCCat cuando señala «*La renuncia a derechos sucesorios sólo se admite en los casos expresamente previstos en el presente Código*».⁸ Con todo, permítasenos ahora decir que en nuestra opinión, abierta la brecha a favor de los pactos sucesorios, es mucho más lógica la

⁴ A diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de Ley original, donde se partía de la admisión general de los pactos de renuncia, no sólo de los derechos legítimos, sino de cualquier derecho sucesorio, el texto definitivo opta por establecer la regla general prohibitiva, formulada incluso en términos más tajantes que en el CS, según señala M. Garrido Melero en las notas de concordancia y críticas al *Código Civil de Cataluña, Libro IV, relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio)*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 417.

⁵ «*Es nula toda renuncia de legítima no deferida y todo pacto o contrato de transacción o de otra índole sobre ella. No obstante, son lícitos:...*

2. El pacto entre ascendientes y descendientes en escritura pública de capitulaciones matrimoniales, de constitución dotal o de donación, por el cual el descendiente que recibe de su ascendiente bienes o dinero en pago de legítima futura renuncia al posible suplemento. No obstante, esta renuncia es rescindible por lesión en más de la mitad de su justo valor, a partir de su otorgamiento, considerando el importe a que ascendería la legítima del renunciante en la fecha expresada».

⁶ El canon de referencia es el 1.16.18 (*Quamvis pactum*) del Libro VI de las Decretales de Bonifacio III, que se refiere a la renuncia jurada de una filia dotada a la herencia a favor del padre; se hacen eco de ella entre otros, H. Coing, *Derecho privado europeo, t. I, Derecho común más antiguo*, Traducción y apostillas A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pág. 745; J. Vallet de Goytisolo, *Panorama del derecho sucesorio, vol. 1, Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 657.

⁷ M.P. García Rubio, *La renuncia anticipada a la legítima*, trabajo inédito (2000).

⁸ En el párrafo primero de este mismo art. 431-5 se comienza diciendo que en pacto sucesorio puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en testamento. Ha de añadirse además que el art. 451-18 admite la posibilidad de que la desheredación pueda hacerse en pacto sucesorio, lo que nos plantea la cuestión de la legalidad de un pacto sucesorio cuyo contenido sea únicamente la desheredación justa de un legítimo o, incluso, en conexión con lo establecido para el negocio testamentario en el art. 423-10 CC, cuyo contenido sea la exclusión de alguno de los herederos legales. De admitirse, en ambos casos se trataría de pactos de *non succedendo*. Sobre el alcance de la exclusión por el causante del heredero o herederos intestados en el Derecho catalán, todavía bajo la vigencia de la Compilación, vid., M.P. García Rubio, *La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, Civitas, 1988, págs. 305-306.

admisión general del pacto renunciativo que la regla contraria. Desde un planteamiento general, parece que la prohibición de renuncia anticipada a los derechos sucesorios (*v. gr.*, a los derivados de la eventual legítima) sigue reposando en la idea de que la misma nace de un consentimiento dado a la ligera o sometido a invencibles presiones familiares, que más bien recuerdan otras épocas en las que la autoridad paterna tenía gran importancia; no se acierta a ver por qué se precisa de una protección especial del derecho a suceder, incluso contra la voluntad de su titular, tanto más cuanto que este derecho no goza de ningún atributo singular que le haga merecedor de un trato privilegiado.⁹ Desde la perspectiva singular del Derecho catalán, estamos de acuerdo con J. Egea cuando estima que la renuncia a los derechos legitimarios es un instrumento que puede facilitar la continuidad de la empresa familiar, ya que evita la fragmentación mediante la atribución del patrimonio hereditario a un único heredero, si bien es claro que en los ordenamientos de legítima corta, como es el catalán, ello no tiene consecuencias demasiado importantes en el orden práctico, tanto más cuanto que, se faculta al heredero para pagarla en dinero (art. 451-11.1 CCCat).¹⁰

Un segundo tema que nos ha suscitado dudas es el derivado del tenor del art. 431-3 cuando señala que los terceros (no otorgantes) favorecidos por el pacto no adquieren ningún derecho a la sucesión hasta la muerte del causante. Si hacemos tabla rasa de los precedentes y partimos del concepto de heredamiento contenido en el art. 431-18 que lo concreta en aquel pacto sucesorio de institución de heredero «*que confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante con carácter irrevocable*», pudiéramos decir, parafraseando a Puig Ferriol, que no adquieren derecho a la sucesión porque todavía no hay sucesión en las relaciones jurídicas transmisibles del heredante, por cuanto éste sigue siendo titular de su patrimonio, de suerte que para que se produzca la sucesión se requerirá el acaecimiento de una nueva fase del proceso sucesorio, cual es la apertura de la sucesión con la muerte del heredante.¹¹ De esta suerte, el 431-3 vendría a decir que para los favorecidos no otorgantes del pacto no hay sucesión hasta la muerte del causante, lo cual sería una tautología que, además, sin ser inexacta contendría una formulación incompleta, puesto que conceptualmente no puede haber sucesión hasta la muerte del

⁹ Como dice, respecto del Derecho francés, M. Grimaldi, «Successión et contrat», *La contractualisation de la famille* (D. Fenouillet/P. de Vareilles-Sommières, dir.), Ed. Economica, 2001, págs. 197-210, espec., pág. 203)

¹⁰ J. Egea Fernández, *loc. cit.*, pág. 31.

¹¹ L. Puig Ferriol, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXVII, vol. 2ª, Madrid, Edersa, 1990, pág. 236, si bien él lo hacía en relación con el heredamiento simple contenido en la Compilación de Cataluña.

causante ni para los terceros, ni tampoco para los otorgantes del pacto.¹² Por ello, hemos de buscar el sentido del mentado art. 431-3.1 poniéndolo en relación con otros preceptos del nuevo CCCat, si bien creemos que su certera comprensión exigirá apelar además a sus precedentes normativos más inmediatos, es decir, el Código de Sucesiones y la Compilación.

El estudio de esos precedentes nos lleva a pensar que el significado del art. 431-3.1 ha de cohererarse con la transmisibilidad de la designación y que, en concreto, viene a significar que el tercero no otorgante favorecido con un pacto sucesorio que no sobreviva al otorgante-causante no transmite ningún derecho a sus sucesores. Así entendido, surgen unas cuantas dudas interpretativas y hasta ciertas incoherencias del nuevo sistema, derivadas de la circunstancia de que se haya abierto la posibilidad de que los otorgantes de un pacto sucesorio favorezcan a terceros y se hayan mantenido, sin embargo, muchas disposiciones que están pensadas en la clave normativa anterior, en la que entre otras cosas, los heredamientos simples y cumulativos (también los mixtos) eran siempre heredamientos a favor de otorgantes del pacto (contrayentes, en capitulaciones matrimoniales). Volvamos a la regla del art. 431-3.1 CCCat que, como hemos anticipado, para nosotras significa sencillamente que los terceros favorecidos con un pacto sucesorio que premueren al otorgante que los ha beneficiado no transmiten derecho alguno a sus sucesores. Ello obliga sin duda, para evitar la antinomia, a interpretar el art. 431-24.1 y 2, donde se recogen las disposiciones que contienen las reglas de la transmisibilidad de la calidad de heredero en los pactos de heredamiento, de manera restrictiva esto es, entendiendo que todas las salvedades que contiene a la regla según la cual «*si el heredero instituido en heredamiento premuere al causante, el heredamiento deviene ineficaz*» sólo se refieren a aquellos casos en los que el heredero instituido ha sido también otorgante del pacto de heredamiento, pues si no lo ha sido la misma ineficacia *post mortem* se produce en todo caso y sin excepciones por mor del precitado art. 431-3.1.

En este asunto J. Egea es mucho más radical y llega a afirmar que sólo podrá ser favorecido con el heredamiento simple con donación de presente de bienes concretos (lo mismo cabría decir, aun con mayor razón del cumulativo) si a la vez se es otorgante del pacto sucesorio puesto que «la atribución en vida está vinculada a la cualidad de heredero y esta cualidad

¹² Si bien no podemos desconocer que existe una diferencia de grado según el favorecido haya sido o no otorgante del pacto, pues mientras en el primer caso se ha producido ya la aceptación de la condición de heredero en el mismo momento del otorgamiento, en el segundo el favorecido no será heredero hasta que se produzca efectivamente la aceptación, una vez fallecido el causante; la diferencia está claramente pergeñada en la STSJ de Cataluña, de 28 de mayo de 1990, RJ\1992\2575, cuyo ponente fue LL. Puig Ferriol.

sólo la puede ostentar el favorecido que es otorgante del pacto en virtud del art. 431-3.1».¹³ Para nosotras la afirmación del autor citado, del todo exacta en el CS, en este punto prácticamente idéntico a la Compilación, donde como ya hemos dicho tanto el heredamiento simple como el cumulativo eran por definición pactos en los que el favorecido era a la vez otorgante, deja de serlo en el actual CCCat, en el que el tantas veces citado art. 431-3.1 no evita, en contra de lo que opina J. Egea, que el tercero pueda ser favorecido con un heredamiento simple, con o sin atribución de bienes de presente, o con un heredamiento cumulativo, aún cuando la calidad de heredero en sentido estricto no la ostente hasta que no se produzca la apertura de la sucesión y la subsiguiente aceptación.¹⁴ Es cierto que si el tercero favorecido lo es a través de un heredamiento simple sin ninguna atribución de presente su designación tiene un escaso contenido puesto que, además del carácter claudicante que la acompaña, en tanto en cuanto puede ser eliminada al margen de su voluntad, ni adquiere nada en vida, ni tiene ningún derecho a la sucesión hasta el momento de la muerte del causante. Otra cosa es el supuesto de heredamiento simple con atribución de bienes o el heredamiento que además de conferir la calidad de heredero del heredante atribuye a la persona instituida bienes del heredante en vida (simple con atribución donación de bienes concretos o cumulativo ex. art. 431-19.1 y 2). En este caso pensamos que en el sistema vigente, a diferencia de sus precedentes en el CS y en la Compilación, toda vez que consideramos posible hacer heredamientos simples y cumulativos a favor de personas distintas de los otorgantes,¹⁵ ningún obstáculo existe para que esa transmisión de bienes en vida del heredante y del tercero favorecido se produzca. Genuinamente éste último sujeto no está adquiriendo derecho alguno en la sucesión puesto que, como hemos dicho más arriba, la sucesión no se produce hasta que no muere el causante, aunque sí está adquiriendo bienes en vida a través de una especie de donación. Si nuestra interpretación fuese la correcta, deberíamos entender que, a diferencia de los párrafos primero y segundo, que como antes señalamos, nos parecen aplicables únicamente a los heredamientos a favor de otorgantes, el párrafo tercero del art. 431-24, cuando señala que «*lo bienes recibidos de presente por el heredero premuerto son transmitidos a su sucesores, salvo que se haya estipulado un pacto reversional*»,¹⁶ es aplicable tanto a los heredamientos a favor de otorgantes, como a los realizados a favor de terceros, todos los

¹³ J. Egea Fernández, *loc.cit.*, pág. 28.

¹⁴ En una situación análoga a la que tiene el instituido heredero en testamento.

¹⁵ No así, por pura incompatibilidad conceptual, heredamientos mutuales (cf. art. 431-20.1)

¹⁶ La disposición se refiere expresamente al heredamiento cumulativo, pero lo mismo cabría decir para el simple con atribuciones singulares de presente.

cuales podrán transmitir los bienes que habían adquirido en vida con causa en el heredamiento.¹⁷ No obstante, parece que en este tipo de situaciones de premoriencia podría tener cabida la revocación unilateral del pacto por parte del otorgante «*por el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento*», en los términos del art. 431-14, evitándose así también la transmisibilidad a los sucesores. Complicaciones todas ellas que, como antes apuntamos, obedecen al arrastre de muchas reglas históricas en un sistema que, a diferencia del anterior, deja abierta la posibilidad de otorgar pactos sucesorios a favor de terceros.

Una tercera cuestión que, dentro de las Disposiciones generales sobre pactos sucesorios del nuevo CCCat resulta asimismo reseñable, y en cierto modo incomprensible, es la suscitada por el contenido del art. 431-6 de la nueva ley, cuya rúbrica es «*cargas y finalidad del pacto sucesorio*». Del contenido del precepto no se deriva con claridad si se está refiriendo exclusivamente a supuestos de genuinos modos sucesorios, o si quiere ir más allá o más acá de esta figura.¹⁸ En cualquier caso, es destacable la falta de utilización del término «modo» en el citado precepto, una vez que el legislador catalán ha optado por dar una amplia y autónoma regulación a esta institución,¹⁹ de la que también se hace eco en el Preámbulo, adoptando básicamente el modelo germánico y muy especialmente el BGB, sobre todo en lo que atañe a la incompatibilidad entre beneficiario directo de la carga modal y legitimado para pedir su cumplimiento.²⁰ Siguiendo con este mismo artículo, se debe hacer notar la utilización por el legislador de un término con notable dosis de ambigüedad como es el de «*carácter determinante*» de la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto y que debe hacerse constar

¹⁷ Señala J. Egea Fernández, *loc.cit.*, pág. 37, que se adquirirán como si los hubiesen hecho a título de donación y al margen del heredamiento, lo cual no acaba de encajar con la afirmación del art. 431-26.2 de que los bienes adquiridos de presente lo son en virtud del mismo heredamiento.

¹⁸ Conforme al citado art. 431-6: «1. En pacto sucesorio, pueden imponerse cargas a los favorecidos, que deben figurar en el mismo expresamente. Si procede, también debe hacerse constar, si tiene carácter determinante, la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto. 2. *La cargas pueden consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de los terceros, y la finalidad, también entre otras, en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional*»

¹⁹ Capítulo VIII, del Título II, bajo la rúbrica «Las disposiciones modales», y al que se dedican seis largos artículos.

²⁰ M.P. García Rubio, *La distribución de toda la herencia en legados*, pág. 133 ss., en especial pág. 138; A. Lamarca Marqués, *El modo sucesorio. Código de Sucesiones Catalán y Código Civil*, 2006 (Cf. arts. 428-1-1 y 428-2 CCCat)

en el referido pacto. No se termina de comprender el alcance práctico de la naturaleza determinante de la finalidad: ¿se quiere decir con ello que si no se logra la finalidad el pacto será ineficaz, inexistente o nulo? ¿qué sucederá si la mentada finalidad se alcanza sólo en parte? ¿se aplicará el régimen del modo o únicamente nacerá la facultad de revocación por voluntad unilateral prevista en el art. 431-14, párrafo primero, letras b) y c)?²¹ Preguntas todas ellas que el texto legal deja sin resolver.

También nos causa cierta perplejidad la lectura del párrafo primero del art. 431-7, relativo a la forma del pacto sucesorio, más en concreto en el punto en el que se dice «*La escritura de pacto sucesorio puede contener también estipulaciones propias de un protocolo familiar y otras estipulaciones no sucesorias, pero no disposiciones de última voluntad*». La referencia a estipulaciones no sucesorias puede querer apelar a cláusulas que no supongan sucesión en el sentido de transferencia²² o, tal vez pretenda referirse a estipulaciones de carácter no patrimonial (cabe preguntarse, por ejemplo, si se podrá reconocer un hijo en pacto sucesorio).²³ La apelación expresa a que no se pueden contener disposiciones de última voluntad resulta a nuestro juicio innecesaria, pues por definición son tales las que pueden ser libremente revocables hasta el momento de la muerte y hasta entonces carecen de cualquier efecto jurídico frente a terceros, por lo que proceden necesariamente de actos estrictamente unilaterales, esto es, del testamento;²⁴ por consiguiente, más bien parece que con la aludida apelación sólo se quiere reforzar el carácter revocable de este tipo de pactos.²⁵

²¹ Como parecía suceder en los arts. 431-8.1 a) y 431-8.1 b) del Proyecto, como señala M. Garrido Melero, *cit.*, pág. 292, quien señala que tampoco en este texto quedaba clara la distinción entre carga y finalidad, que para él no son categorías opuestas, porque siempre la imposición de una carga responde a una finalidad y pretender una finalidad no siempre se hace por medio de una carga.

²² M.P. García Rubio, *La distribución...cit.*, págs. 85 ss.

²³ Que el pacto puede contener disposiciones no sucesorias, como la designación de tutor para el hijo menor o incapacitado sometido a potestad prorrogada (art. 173 CF), lo pone de relieve, J. Egea Fernández, *loc.cit.*, pág. 26.

²⁴ M.P. García Rubio, *La distribución...cit.*, págs. 91 ss., pero esto quien lo explica bien es G. Giampiccolo, *Il contenuto atípico del testamento. (Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà)*, Milano Giuffrè, 1953. En realidad, como este autor reconoce (p. 40) existe una notable falta de homogeneidad entre los términos de la bipartición actos *inter vivos*, actos *mortis causa*, pues mientras la primera categoría atiende al elemento subjetivo del acto, la segunda se refiere al objetivo-funcional; por ello este autor propone la superación de la dualidad y su sustitución por términos homogéneos que serían actos *inter vivos*-negocios de última voluntad; desde esta perspectiva el art. 431-7, párrafo 1, *in fine*, sería totalmente incoherente.

²⁵ Para M. Garrido Melero, *op.cit.*, pág. 289, el mentado art. 431-7.1 CCCat, que según él mismo señala «a primera vista puede sorprendernos», sólo puede ser leído en un sentido y es que en la escritura de pacto sucesorio no pueden ordenarse instituciones idénticas a

Conviene también señalar, dentro de este mismo art. 431-7, que la aclaración de que la escritura pública no tiene por qué ser de capitulaciones matrimoniales, aunque tenga una explicación en los precedentes del nuevo sistema²⁶ es, en buena técnica jurídica, estrictamente innecesaria. Es cierto que éstas eran el continente tradicional de los heredamientos, pero al hacer ahora la aclaración expresa, se parece dar a entender que la mayor parte de las escrituras públicas son capitulares, lo cual no es en absoluto cierto. El precepto se comprendería perfectamente señalando simplemente que los pactos deben de otorgarse en escritura pública, sin más aditamentos. Ello no condicionaría en medida alguna el contenido de los mencionados pactos que pueden estar o no ligados a otros negocios jurídico-familiares;²⁷ en caso de que esto ocurriese estaríamos, en palabras de Garrido Melero, ante una escritura compleja, compuesta de varios negocios jurídicos íntimamente unidos, es decir, lo que antes eran los capítulos matrimoniales.²⁸

En otro orden de cosas, es interesante hacer alguna reflexión sobre la publicidad de los pactos del art. 431-8. El legislador catalán ha optado por mantenerse fiel a la tradición registral española y otorgar a la inscripción del pacto sucesorio carácter voluntario (art. 77RH). Pero pudiera plantearse la conveniencia de que el legislador catalán, mostrándose más audaz, se hubiera decidido por imponer la inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad en los supuestos en los que, de conformidad con el contenido del pacto resultasen afectados bienes inmuebles. Es sabido que el sistema hipotecario español, caracterizado básicamente por una inscripción voluntaria, sin embargo, admite algunos supuestos de inscripción obligatoria.²⁹ Es cierto que en estos casos están en juego determinados

la sucesión testada, pues en los pactos sucesorios las diversas instituciones que pueden ordenarse en la sucesión testada aparecen transformadas por el carácter vinculante que implica el pacto sucesorio.

²⁶ Es una manifestación más de lo que C.E. Florensa Tomás, llama «desvinculación de la sucesión contractual del contexto matrimonial», que considera uno de los rasgos más característicos de la nueva regulación («El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña», *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones: (derecho común, foral y especial)*, Juan Luis Gimeno y Gómez-Lafuente, Enrique Rajoy Brey (Coords.), Madrid, Thomson-Civitas, 2008, págs. 1025-1170, espec., pág. 1102).

²⁷ Plantea las interrelaciones entre pacto sucesorio y protocolo familiar, J. Egea Fernández, *loc.cit.*, pág. 23 y 24.

²⁸ M. Garrido Melero, *op.cit.*, pág. 289; añade este autor en la misma obra (pág. 294), algo que puede parecer una obviedad pero que resulta de interés aclarar con la nueva configuración de los pactos en el derecho catalán: que en una escritura pública pueden contenerse pactos sucesorios, pactos familiares y pactos y convenios diversos, unos y otros pueden estar únicos y obedecer a la misma finalidad, o pueden ser completamente independientes.

²⁹ Contratos que versen sobre bienes inmuebles situados en zonas de interés para la defensa nacional (art. 21 de la Ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa

intereses de orden público que justifican la opción legislativa por la inscripción obligatoria, por tanto, habría que determinar si en relación a los pactos sucesorios existe un interés análogo que aconseje establecer la obligación de su inscripción. En nuestra opinión este interés se concretaría en la seguridad jurídica que se lograría con la inscripción obligatoria: los terceros podrían tener conocimiento de la sujeción provisional y a la vez futura de los bienes, dando con ello eficacia *erga omnes* a las previsiones del pacto referidas a este tipo de bienes. Puede argumentarse, a favor de la opción contraria que, puesto que el otorgante mantiene intactas sus facultades dispositivas a título oneroso, de poco serviría ese reflejo registral del pacto sucesorio. Sin embargo, la posibilidad de impugnación de los actos dispositivos otorgados en daño o fraude del heredamiento, reconocida al instituido heredero en el art. 431-25, párrafo cuarto, no hace del todo inútil aquella toma de razón registral a la que nos venimos refiriendo; sin olvidar que también podría ser útil para evitar que el otorgante disponga a título gratuito de sus bienes sin el consentimiento del beneficiado con el pacto, en los supuestos que van más allá de lo previsto en el art. 431-25, párrafo tercero. Todo ello nos hace pensar que la inscripción de los pactos puede ser una excelente medida preventiva. Sin embargo, cabe plantear que la sugerencia que hacemos podría encontrar un obstáculo en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999, por entender que la obligación de publicar el pacto violaría este contenido legal. Es el RD de 9 de febrero de 2007, que regula la publicidad de los protocolos familiares, el que nos pone sobre aviso, pues durante los trabajos preparatorios esta norma fue objeto de un informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (de 13 de julio de 2006), en el que se advertía que la publicación del protocolo familiar en el Registro Mercantil constituía una «comunicación de datos» que afectaba a la «intimidad de los interesados y que, por tanto, exigía su consentimiento».³⁰ En consecuencia, el mencionado Real Decreto únicamente permite la publicación del protocolo si concurre el consentimiento unánime de los afectados (art. 3). Es cierto que, para decidir si la publicación del pacto sucesorio debe ser obligatoria, hay que tener en cuenta la ampliación que en los últimos tiempos ha sufrido el concepto de datos de interés personal,³¹

Nacional de 12 de marzo de 1975), contratos cuyo objeto sean fincas fruto de procesos de concentración parcelaria (art. 235 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973) y los actos de carácter urbanístico enumerados en el art. 51 del Texto Refundido que aprueba la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008.

³⁰ F. Vicent Chuliá, «La publicidad del protocolo familiar», en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº1-2008, págs. 51-89, espec., pág. 53.

³¹ Punto de arranque de esta ampliación fue la STC de 30 de noviembre de 2000 (RJA 292/2000) que señala que tienen este carácter: «todos aquellos que sirven para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole».

pero ciertamente, no alcanzamos a comprender dónde está la diferencia que hace que, por ejemplo, la publicación en Registro de la Propiedad de que un inmueble está embargado no se considere comunicación de datos personales y, en cambio, siguiendo la línea del informe jurídico citado, sí lo sea la publicación de un pacto sucesorio. A nuestro juicio, la pulcritud en la consideración del interés legítimo a efectos de legitimación para solicitar el acceso a los datos contenidos en los registros públicos supone la garantía precisa de la protección al derecho de autodeterminación informativa.

Pasando a otro punto dentro de las Disposiciones generales sobre pactos sucesorios del CCCat que han llamado nuestra atención, creemos que la utilización del término «nulidad», tanto respecto del pacto sucesorio en su conjunto, como de las disposiciones del mismo, utilizada en el art. 431-9, párrafos 1 y 2,³² adolece de falta de precisión técnica.³³ Resulta sorprendente que la sanción sea la misma en caso de falta de tipicidad del pacto, que en caso de falta de legitimación, capacidad, forma o vicios de la voluntad. No parece que la interpretación correcta sea estimar que estamos en todos los casos en supuestos de nulidad de pleno derecho, lo que además plantearía problemas en relación con el régimen general de los contratos, pues no se debe olvidar que los pactos sucesorios son contratos *mortis causa*, pero contratos al fin y al cabo. El contenido del art. 431-10 parece confirmar que no se trata de una nulidad de pleno derecho, sino de nulidad relativa o anulabilidad; no obstante, a nuestro entender, tal tipo de sanción es oportuna en supuestos como la falta de capacidad o los vicios del consentimiento, pero carece de sentido en otros como la ausencia de tipicidad o el defecto de forma. En el primer caso, el transcurso del plazo de caducidad supondría la admisión de la plena validez y eficacia de un pacto no previsto en el ordenamiento catalán, lo que difícilmente puede haber estado en la mente del legislador, como demuestra la apelación a la nulidad por falta de tipicidad contenida en el art. 411-7 («*Son nulos los contratos o pactos sobre sucesión no abierta, salvo los admitidos por el presente código*»); en el segundo se vendría a decir que, en realidad, la forma no es solemne, lo cual contradice el art. 431-7. A la vista de lo expuesto pensamos que

³² El régimen de la «nulidad» está dibujado legalmente a imagen y semejanza de la nulidad testamentaria regulada en los arts. 422-1 y 422-2 CCCat, como pone de relieve C. Florensa Tomás, *loc.cit.*, pág. 1105. En efecto, en la regulación de los testamentos la distinción entre validez del acto y validez del contenido de las disposiciones testamentarias es muy explícita tanto en el CC español como en el CCCat, como pone de relieve, respecto del primero, J. Delgado Echeverría, «El concepto de validez de los actos jurídicos en Derecho privado». (Notas de teoría y dogmática), *ADC*, 2005-1, págs. 9-74, espec., pág. 33.

³³ En este mismo art. 431-9, en su párrafo tercero, cabe reseñar un caso, no del todo excepcional, en el que la traducción al castellano del texto catalán no ha sido especialmente afortunada; nos referimos a la utilización del término «supervención» de hijos en el lugar del clásico «supervenencia» (art. 646 del CC).

la interpretación más sensata del art. 431-10 es la que lleva a considerar que, a pesar del carácter general de su rúbrica «acción de nulidad», los supuestos contemplados se refieren únicamente a los casos de falta de capacidad o vicio de consentimiento en el otorgamiento del pacto, hipótesis expresamente reguladas en los párrafos primero y segundo y a las que habrá de extenderse también el párrafo tercero. El resto de los supuestos, siendo de nulidad de pleno derecho, seguirán el régimen propio de ésta.³⁴

Manteniendo nuestra atención sobre situaciones de ineficacia de los pactos, de nuevo se detectan defectos importantes de técnica jurídica en el art. 431-12. Así sucede cuando se utilizan términos como «*resolución mediante acuerdo*», con el significado de mutuo disenso.³⁵ La resolución, aún cuando sea acordada, se ha de reservar, si queremos ser precisos, para los supuestos de incumplimiento de una de las partes, aunque se debe tener presente que un pacto sucesorio no es un contrato sinalagmático en el sentido del Derecho de Obligaciones.³⁶ Por cierto, no parece demasiado útil la mención contenida en el último punto del párrafo primero de este art. 431-12, según la cual «*La facultad de modificar y resolver los pactos sucesorios de mutuo acuerdo se extingue después de la muerte de cualquiera de los otorgantes*»; obvio es decir que cualquier facultad se extingue con la muerte y no después de ésta, sin olvidar que tampoco necesita mayor constatación que ningún mutuo acuerdo es posible tras la muerte de una de las partes.

Centrándonos en otra cuestión llamativa, dentro de las muchas que suscitan las Disposiciones generales contenidas en la Sección primera del Capítulo I, del Título III del Libro IV del CCCat, pensamos que pueden llegar a plantearse problemas de cierta entidad respecto a la regulación de la revocación por indignidad de los pactos sucesorios, recogida en el art. 431.13 que en su párrafo primero contempla la posibilidad de revocación unilateral del otorgante del pacto que sea futuro causante de la sucesión por indignidad del favorecido.

Para comenzar con este tema, conviene hacer mención al posible nuevo sentido que adquiere la indignidad sucesoria en el Libro IV del CCCat. En efecto, en el art. 412.3, donde se recogen las causas de indignidad para suceder y, más en concreto, en todos los supuestos contenidos desde la letra a) a la letra e) de este último precepto, se precisa para apreciar la indignidad sucesoria tipificación penal de la conducta y sentencia penal

³⁴ Así lo entiende, también, J. Egea Fernández, *cit.*, págs. 40-42.

³⁵ Para C. Florensa Tomás, *loc.cit.*, pág. 1106, es el mutuo disenso o *contrarius consensus* de la extinción del contrato.

³⁶ Como ya decía, J. Binder, *op.cit.*, pág. 133 y reitera, en este mismo lugar, J.L. Lacruz Berdejo.

firme de condena.³⁷ Entre otras cosas, esto significa la nula capacidad de apreciación sobre la conducta del presunto indigno del juez civil encargado de declarar la indignidad *ex art.* 412-6.3 y por ende, en el caso que nos ocupa,³⁸ parece que la nula capacidad de apreciación *ex ante* del futuro causante otorgante del pacto que desea revocarlo por una conducta del favorecido de las descritas en las aludidas letras quien, a pesar del tenor literal del citado art. 431-13.1,³⁹ tiene que esperar a la sentencia penal firme para poder desistir unilateralmente del pacto sucesorio, lo cual no deja de ser sorprendente.⁴⁰

Por añadidura, en el caso de los pactos sucesorios la regla parece exigir, además de la sentencia penal firme, revocación expresa o al menos derivada de un comportamiento concluyente del otorgante. Ello significa que en la hipótesis de silencio del otorgante del pacto causante de la futura sucesión, una vez transcurrido el plazo de un año desde que conoce o pueda razonablemente conocer la causa de indignidad, tiempo de caducidad de la facultad de revocar conforme al art. 431-13 párrafo segundo, cesa la posibilidad de revocación por reprochable que haya sido la conducta del favorecido con la sucesión. Conviene señalar, sobremanera, que a continuación se sigue en esta materia el régimen ordinario de operatividad de la indignidad (remisión del art. 431-13 párrafo tercero a los arts. 412-6 y 412-7 del propio CCCat), la cual en el nuevo texto no actúa *ex lege*, sino a instancia de los posibles favorecidos por la sucesión, si bien, en el caso de los pactos sucesorios sólo «*si el causante muere sin haber podido ejercer la acción o antes de que caduque el plazo para ejercerla*», según matiza el ya citado art. 431-13.3. Sinceramente, no se entiende a qué acción se refiere pues, por hipótesis, el causante otorgante del pacto no ha ejercitado ninguna acción de indignidad, sino que simplemente ha dejado de revocar las disposiciones hechas a favor del indigno a pesar de tener causa para

³⁷ Al menos así lo interpreta la doctrina, con carácter general. *Vid.* no obstante, en relación con el art. 756.2 CC la opinión de M. Albaladejo, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, Madrid, Edersa, 1987, p. 225, siguiendo la tesis de J.L. Lacruz, y a quien a su vez sigue, entre otros, J. Pérez de Vargas Muñoz, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, McGrawHill, 1997, pág. 71. Para ambos autores, sólo será necesaria la condena en juicio penal cuando el indigno no admita que lo es y quepa el correspondiente proceso criminal.

³⁸ Como destaca J. Calvo González, «El principio ley de la ventaja y la regla de indignidad sucesoria», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 434, 13 septiembre de 2007.

³⁹ «*El otorgante de un pacto sucesorio que sea futuro causante de la sucesión puede, por su sola voluntad...*».

⁴⁰ Estimamos que no rige en este supuesto el art. 412-6.3 que exige la declaración judicial (civil) de ineficacia por indignidad, puesto que entonces carecería ya de sentido la necesidad de revocación por el otorgante. En realidad todo el art. 412-6 está pensado para indignidad declarada judicialmente.

hacerlo. En cualquier caso parece que, en buena lógica y de acuerdo con el art. 412-4.1 en su letra c),⁴¹ si el otorgante del pacto ha dejado caducar la facultad de revocar unilateralmente el pacto que favorece al indigno para suceder, las personas que pudieran resultar inmediatamente favorecidas con la sucesión de pronunciarse la indignidad, dejarán de estar legitimadas para ejercitar la acción, con lo que la figura de la indignidad tendría, en caso de que el favorecido lo sea por pacto sucesorio, escasa virtualidad práctica.

A propósito de la indignidad cumple recordar que, como se destaca en el Preámbulo de la Ley 10/2008, entre las causas tipificadas legalmente la letra b) del art. 412.3 considera indigno para suceder a «*El que haya sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido dolosamente delitos de lesiones graves (...) contra la integridad moral (...) si la persona agravada⁴² es el causante, su cónyuge, la persona con quien conviva en unión estable de pareja o algún descendiente o ascendiente del causante*».⁴³ El nuevo texto supone una remisión, entre otros, a los arts. 153 y 173 del CP, respectivamente vinculados a la violencia de género (en la medida en que discrimina la pena en los párrafos primero y segundo en función del género de la víctima) y doméstica, de lo que también se hace eco el Preámbulo de la Ley 10/2008. Pues bien, tal vez no esté de sobra resaltar la posible contradicción que se produce entre el espíritu que al parecer inspiró la antedicha norma de remisión y su tenor final, en la medida en que en éste la tipificación de las causas de indignidad se hace a través de la tipificación general de los delitos y, por lo tanto, en ningún caso discrimina en función del género del víctima. En consecuencia, por ejemplo, si pensamos en el caso del art. 153 CP,⁴⁴ resulta que tanto pueden

⁴¹ Supuesto introducido durante la elaboración parlamentaria de la ley y que M.Garrido Melero, *op.cit.*, pág. 23 considera un caso más de reconciliación o perdón.

⁴² De nuevo una traducción al español ciertamente extraña.

⁴³ Precisamente en la referencia que el 412-3 b) hace a la integridad moral es donde deben incluirse, según el Preámbulo, los delitos de violencia familiar y de género. Aunque esta referencia expresa no está en el texto legal, sino en la parte preliminar de la norma, es palmario que implica una remisión a los tipos penales que el CP califica como de «delitos contra la integridad moral», lo cual viene a significar que en principio un cambio de ubicación de esta clase de delitos por parte del legislador penal, ya varias veces producida, podría significar que la remisión a los supuestos de violencia de género y violencia doméstica ya no se produciría.

⁴⁴ «1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un*

ser declarados indignos para suceder los autores de los hechos tipificados en el párrafo primero (por hipótesis hombres), como los del párrafo segundo (hombres o mujeres). Por consiguiente, no se produce en la norma catalana relativa a la indignidad sucesoria la aplicación del principio inspirador de la Ley Integral contra la Violencia de Género, que sí hace tal distinción en función del género del agresor y de la víctima, el cual como es sabido ha sido refrendado como constitucional a partir de la STC de 14 de mayo de 2008.⁴⁵

En este punto el nuevo CCCat no contiene regla especial alguna en torno a la repercusión de la reconciliación o perdón, de suerte que también en supuestos de violencia de género las causas de indignidad dejan de producir efectos en los términos del art. 412-4 b, de modo que basta para que se produzca la remisión de la indignidad, además del perdón en escritura pública, con que el (la) causante se reconcilie con el indigno por actos indubitados, siempre que lo haga conociendo la causa de indignidad, lo cual supone la posibilidad de una reconciliación o perdón derivada de meros comportamientos concluyentes de la víctima, especialmente vulnerable, como es de sobra conocido.

Sensible al fenómeno de la violencia de género, no deja de ser una lástima que el moderno legislador catalán no se haya percatado de que puede tener otras repercusiones en materia sucesoria además de las tímidamente apuntadas en el Preámbulo de la ley. En concreto, en el nuevo Libro IV, entre las causas de indignidad sucesoria se mantiene la regla clásica según la cual se considera indigno para suceder a quien ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber matado o haber intentado matar dolosamente al causante, su cónyuge, la persona con quien conviva en unión estable o algún descendiente o ascendiente del causante (art. 412-3

día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años».

⁴⁵ Por la que se desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, respecto del art. 153.1º CP en su redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Posteriormente se han dictado varias sentencias más que, aunque no siempre uniformes en sus argumentos, derivan como resultado en la declaración de constitucionalidad de la ley.

a).⁴⁶ La regla es neutral desde el punto de vista del género e históricamente no permite hacer diferencia alguna en función del motivo de la muerte o del grado de culpabilidad moral, si bien es cierto que, a diferencia de lo que se establece en el precepto homólogo del Código civil español (756.2), en el texto catalán se exige expresamente que la muerte o intento de la muerte se haya producido dolosamente, lo cual parece excluir su aplicación en aquellas muertes en las que existe un cierto grado de culpa, pero que no pueden conivirse dolosas, como las derivadas de los accidentes de circulación. No obstante, también para el Código civil español la mejor doctrina estima que para que la muerte tenga relevancia civil a los efectos de privar a su autor de la herencia del fallecido, debe caracterizarse por una intención concreta y específica («atentar»), lo cual excluye el hecho culposo.⁴⁷ A nuestro juicio, un mínimo sentido de la justicia repudia que en un supuesto de asesinato de una mujer víctima de violencia de género perpetrado por su agresor, éste se vea beneficiado con la herencia de la fallecida. Sin embargo, la aplicación neutral de la regla conduce también, por ejemplo, a la consecuencia de que una mujer víctima de violencia de género quien, tras sufrir repetidos episodios de agresiones por parte de su marido o de su pareja, que han podido ser tal vez prolongados a lo largo de muchos años, termina matando a éste de manera dolosa y resulta condenada por ello, aún cuando se aprecien circunstancias atenuantes, pierde igualmente los derechos sucesorios que pudieran corresponderle en su caso en la herencia del fallecido. Cabría meditar si esto debe ser necesariamente y siempre así.⁴⁸ La experiencia comparada nos pone de relieve que en algunos sistemas jurídicos se ha tomado en consideración la situación de violencia de género a estos efectos; es el caso, por ejemplo, de la jurisdicción australiana, en la que se pueden citar sentencias que no han aplicado a este tipo de situaciones la llamada

⁴⁶ Cabe plantear si, al igual que opinan la mayor parte de los autores en relación con la causa de indignidad paralela en el Código civil, alcanza no sólo al autor directo del delito, sino también al cómplice y al inductor; la respuesta parece afirmativa, al igual que se producirá la indignidad por esta causa aunque el delito no se haya consumado y se haya quedado en tentativa o frustración.

⁴⁷ En tal sentido, L. Díez-Picazo/A. Gullón, *Sistema de Derecho civil, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, pág. 316; J. Pérez de Vargas Muñoz, *op.cit.*, pág. 79, y doctrina allí citada.

⁴⁸ *Vid.* también art. 92 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, conforme al cual «La muerte del asegurado, causada dolosamente por el beneficiario, privará a éste del derecho a la prestación establecida en el contrato, quedando ésta integrada en el patrimonio del tomador». En este caso, la SAP de Vizcaya de 21 de febrero de 2003 (AC\2003\912) señala respecto de este precepto que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, no se precisa en el nuestro la condena penal del causante de la muerte. El propio Tribunal Constitucional, en STC de 24 de febrero de 1994 (RTC\1994\55), considera que este precepto «tiene un tinte punitivo o represivo» del que cabe preguntar si es merecedora la víctima de violencia doméstica.

«*forfeiture rule*». Se trata de una regla clásica del *common law*, de la que en principio derivaría la privación de la herencia a una mujer que mató a su marido después de que éste hubiera violado a su hija de seis años, la hubiera pegado y le hubiese disparado [*Public Trustee v. Evans* (1985)], o a una mujer que mató a su marido cuando, después de que le hubiera dicho que le iba a dejar, éste hubiera tratado de matarla, dirigiéndose hacia un cuchillo con el que le había amenazado previamente (*Re Keitley* 1992). Es de notar que éstos y otros casos similares provocaron la publicación de la *Fourfeiture Act* de 1991, destinada a evitar la pérdida de la herencia en supuestos similares a los descritos, si bien en ningún caso quedan incluidos los supuestos de asesinato.⁴⁹ Si, como hemos dicho, parece que el nuevo texto catalán no considera que quien mata en un accidente de coche no doloso a su cónyuge o pareja sea indigno para sucederle, creemos que con mayor razón debería conservar todos sus derechos hereditarios una mujer víctima de violencia que causa la muerte de su marido o pareja en supuestos similares a los descritos en el práctica australiana. Al menos merece la pena meditar sobre ello.

También suscita algunas dudas el régimen de la llamada revocación por voluntad unilateral⁵⁰ y, más en concreto, el ejercicio de la facultad de revocación previsto en el art. 431-15. El párrafo primero de este artículo impone la obligatoriedad de notificar la revocación unilateral a los demás otorgantes del pacto, pero no menciona la notificación a terceros beneficiados no otorgantes del pacto, con lo que difícilmente podrán oponerse éstos a la revocación en forma auténtica, tal y como dispone el párrafo segundo («*La persona afectada por la revocación...*») y tercero («*Si la persona afectada por la revocación se opone a la misma...*») del mismo precepto, oposición que parece precisa para evitar que el pacto o la disposición queden sin efecto. Por lo demás, en el párrafo tercero se menciona la acción de revocación que necesariamente habrá de ejercitarse en el plazo de un año a contar desde la oposición o del otorgamiento de la escritura de revocación, con lo que parece darse a entender que en caso de oposición, y en los otros que se señalan, el ejercicio de la facultad revocatoria ha de ser necesariamente judicial.

⁴⁹ La rúbrica de la norma es «*An Act to provide for the relief of persons guilty of unlawful killing from the forfeiture of inheritance and other Rights, and for related purposes*»; la versión modificada por la Legislation Act de 2001, republicada en 2002, puede consultarse en www.legislation.act.gov.au/a/1991-68/19911107-1569/pdf/1991-68.pdf. Este texto permite que la Corte Suprema pueda establecer un orden modificando la «*forfeiture rule*», tomando en consideración la conducta del ofensor, el fallecido y cualquier otra circunstancia relevante, cuando la justicia del caso requiera que la regla sea modificada.

⁵⁰ Expresión que, como bien señala J. Egea Fernández, *loc.cit.*, pág. 47 es redundante, ya que, por definición, la revocación siempre es una facultad que, presupone que concurriendo la causa, sólo depende de la voluntad de quien revoca.

Por último, es digna de ser mencionada la regulación que hace el art. 431-17 de la incidencia de las crisis matrimoniales o de convivencia en los pactos sucesorios en los que se hace prevalecer el carácter *inter vivos* del pacto frente a sus efectos *post mortem*, por lo que la nulidad del matrimonio, la separación matrimonial, el divorcio y la extinción de una unión estable de pareja, de cualquiera de los otorgantes, no altera la eficacia de los pactos sucesorios, salvo que se haya pactado otra cosa, norma a juicio de J. Egea innecesaria en la medida en que en el nuevo sistema pactos y matrimonio aparecen desvinculados.⁵¹ Como excepción, en los casos de heredamientos o de atribuciones particulares hechas a favor del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja, o de los parientes de éstos,⁵² se sigue el criterio propio de los actos de última voluntad previsto en el art. 422-13, de suerte que como regla general devienen ineficaces, salvo que se demuestre, interpretando el negocio atributivo, la independencia entre el matrimonio o unión estable y la atribución.

⁵¹ Estima J. Egea Fernández, *loc.cit.*, pág. 51, que se trata de una norma reactiva respecto de la que, para el derecho anterior, contenía el art. 20 CF, según el cual, en caso de divorcio, el heredamiento a favor de un de los contrayentes mantenía su eficacia si el favorecido continuaba trabajando para a la casa y había descendencia del matrimonio. Para el autor citado, aunque no haya sido objeto de derogación expresa, cabe entender que, en la parte que se refiere a los heredamientos, el art. 20 CF ha de considerarse derogado.

⁵² La referencia a estos parientes no se hace en sede testamentaria.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CAUSA EN LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL NUEVO LIBRO IV DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

NÚRIA GINÉS CASTELLET
PROFESORA DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-ESADE
UNIVERSITAT RAMON LLULL

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. EL PACTO SUCESORIO COMO NEGOCIO MORTIS CAUSA: LÍMITES A SU POSIBLE CAUSALIZACIÓN. III. EL PACTO SUCESORIO COMO NEGOCIO BILATERAL O MULTILATERAL: SU PRETENDIDA NATURALEZA CONTRACTUAL. 1. En cuanto acto paccionado. 2. En cuanto acto sucesorio. 3. En cuanto acto gratuito.

I. INTRODUCCIÓN

La modificación en la regulación de la sucesión contractual que incorpora el libro IV del CCCat es calificada en el mismo Preámbulo de la Ley 10/2008, que aprueba dicho libro IV, como la innovación más importante. Asimismo se señala como su objetivo básico el de combatir la pérdida de utilidad y el desuso en que habían caído los clásicos heredamientos. Con ese desideratum, se ha introducido y regulado un nuevo modelo de pacto sucesorio, que pretende ser —veremos si se logra— un instrumento apropiado para resolver la cuestión de la transmisión intergeneracional del patrimonio familiar y más concretamente, de la empresa familiar.

Así hemos pasado de l'«heretament» como institución contractual de heredero realizada en capítulos matrimoniales al actual pacto sucesorio, en el que se han eliminado dos de los principales lastres que obstaculizaban su adaptación a modernas necesidades. Por un lado, aún manteniéndose un carácter estrictamente familiar, se ha eliminado la dependencia respecto del matrimonio, de manera que pueden pactarse entre cónyuges o futuros cónyuges; pero es una posibilidad entre otras, no una imposición como hasta ahora. Por otro lado, junto a la facultad de instituir un heredero mediante pacto con la misma persona designada o con otra, dentro del círculo legalmente admitido, se arbitra también una posibilidad, hasta ahora inexistente: la de realizar una atribución particular mortis causa (por ejemplo, de una empresa, si su titular es un empresario individual, o del

paquete de acciones o participaciones que conlleve su control si se trata de una empresa titularidad de una persona jurídica) a través de un pacto y, por tanto, con carácter irrevocable.

Además, se ha dotado al nuevo modelo de una configuración que agiliza (o lo pretende) la conexión de los pactos sucesorios con el protocolo familiar.¹

En cualquier caso, tal como se pone de manifiesto en la Exposición de motivos, la nueva regulación de la sucesión contractual que contiene el libro IV del Codi Civil de Catalunya se caracteriza por representar la elección de un camino intermedio entre el puro mantenimiento de los tradicionales heredamientos (tradicionales en cuanto institución recogida en el ordenamiento, pero desde luego no en el uso del pueblo al que iba destinada la norma) y el radical avance que pudo suponer el Proyecto anterior al que ha resultado finalmente promulgado.

Aquel Proyecto y el actual Libro IV coinciden en desvincular la sucesión contractual de la institución matrimonial, pero se separan en cuanto a la extensión del campo de acción de los pactos sucesorios: mientras en aquella primera previsión no se contemplaba restricción alguna respecto a los sujetos otorgantes y, en consecuencia, se permitían los pactos sucesorios entre personas sin vinculación familiar alguna, el nuevo texto circunscribe la posibilidad de acordar una sucesión contractual al círculo familiar, en los términos que se desprenden del artículo 431-2.

Asimismo y en este espíritu de mayor contención, el Libro IV ha abordado la regulación, entre las distintas modalidades de contratación sucesoria, de los denominados pactos institutivos o adquisitivos, dejando de lado los renunciativos, que no experimentan ningún cambio especialmente trascendental respecto a lo previsto hasta ahora y que sí eran objeto de una contemplación específica en esta sede en el malogrado Proyecto.²

II. EL PACTO SUCESORIO COMO NEGOCIO MORTIS CAUSA: LÍMITES A SU POSIBLE CAUSALIZACIÓN

El legislador catalán inaugura el capítulo destinado a los pactos sucesorios con su definición legal. A diferencia de lo que ocurría con el

¹ «El nou règim de la successió contractual», *Revista jurídica de Catalunya*, 2009-1, p. 16.

² Desde el primer momento, ha quedado fuera el denostado y rechazado *pactum hereditate tertii*, al que incluso se ha denegado, desde la doctrina, su carácter de pacto sucesorio puesto que, en realidad, no existe disposición por causa de muerte, sino tan sólo alteración del reparto de la herencia que en un eventual futuro pudiera corresponder a una de las partes del contrato: en suma, es negocio inter vivos.

Proyecto (criticado en este punto por la doctrina),³ se hace énfasis en la estructuración del pacto sucesorio como un convenio entre dos o más personas, en definitiva un acuerdo de voluntades, dirigido a organizar «la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular».

Por tanto, esa ordenación de la sucesión por causa de muerte se erige en la causa motriz del pacto sucesorio, entendida como la función práctico-social asumida por las partes en la celebración del negocio: al fin y al cabo, se trata de un negocio mortis causa,⁴ y eso no hay que perderlo de vista.

Se ha defendido que, en la nueva regulación de los pactos sucesorios que contiene el Libro IV del Codi Civil de Catalunya, puede apreciarse una diversidad causal de los mismos, de manera que —se dice— los pactos sucesorios pueden responder tanto a una causa de muerte (y así sería en el caso del heredamiento preventivo contemplado en el art. 431-21, a través del cual se logra reproducir los efectos de un testamento mancomunado) como a una causa de liberalidad —que, su vez, puede presentarse pura o limitada por la aposición de cargas— e incluso una causa contractual onerosa, en la que habría contracción de obligaciones y, en su caso, finalidades elevadas a causa negocial (ver, en ambos casos, art. 431-6).⁵

En mi opinión, ello no es así: a partir del concepto legal que se desprende del art. 431-1, resulta que, en la mente del legislador, todo pacto sucesorio, para ser calificado como tal, ha de obedecer a una concreta función jurídica, la de servir para organizar la sucesión mortis causa de, al menos, uno de los otorgantes. En consecuencia, un negocio que no tenga en su base la anterior función práctico-social será otra cosa, pero, desde luego, no un pacto sucesorio.

³ Egea Fernández, «Protocolo Familiar y pactos sucesorios: la proyectada reforma de los heredamientos», *Indret* 3/2007, p. 23.

⁴ Dice Puig Ferriol, *Institucions de Dret Civil de Catalunya*, vol. III, 7ª edición, Valencia, 2009 que «el pacte successori s'ha de qualificar també d'acte mortis causa, perquè té com a finalitat regular la destinació post mortem del patrimoni del seu titular encara que, com a conseqüència de la seva irrevocabilitat, produeix determinats efectes en vida de l'atorgant del pacte que assumeix la condició de disponent». A este respecto —sigue afirmando— bueno es recordar que tanto en el Codi de Successions de 1991 como, ahora, en el Codi Civil de Catalunya se ha optado, con buen juicio, por regular los pactos sucesorios en el libro consagrado a las sucesiones por causa de muerte, lo que supuso —y sigue suponiendo— rectificar el criterio que en su día se adoptó en la Compilación de derecho civil de Catalunya de 1960, que se ocupaba de los heredamientos en el libro destinado a «la familia».

⁵ Ferrer i Riba, «Línies generals del nou Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya», Ponència a las XVenes Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar, 25 i 26 de setembre de 2008, p.8.

La tesis de la diversificación causal antes apuntada parece limitar la causa de muerte a los negocios revocables. Es decir, lo que parece defenderse es que, para estar ante un negocio que responda a una causa de muerte, el control sobre este negocio debe quedar exclusivamente en manos de la persona de cuya sucesión mortis causa se trate y, por ende, debe ser revocable a su arbitrio. Al menos, eso cabe deducir de la asimilación de los pactos sucesorios con causa de muerte con el heredamiento preventivo, figura híbrida en la que se permite la revocación unilateral por el causante a través un testamento posterior (que deberá ser necesariamente notarial y abierto) o de otro pacto sucesorio.

En este punto, me parece que no se están separando debidamente dos cuestiones distintas: una es la dimensión funcional y la otra, la estructural.⁶ Desde el primer punto de vista, no cabe albergar duda alguna sobre la función social a que está llamado el negocio y, además —permítaseme la expresión—, por imperativo legal (art. 431-1): la ordenación de la sucesión en las relaciones jurídicas en las que toma parte el causante y que están destinadas a persistir tras su fallecimiento.

Y la otra dimensión hace referencia al esquema estructural del negocio en cuestión. En este punto, es de resaltar la peculiaridad que presentan los pactos sucesorios frente a otros negocios por causa de muerte, como, por ejemplo, los testamentarios, y que no es otra que la de tratarse de negocios bilaterales —o multilaterales, según se infiere de la dicción literal del artículo 431-1 del Codi Civil de Catalunya— y, como consecuencia, de negocios que generan entre las partes (en plural) vinculación contractual⁷ y, por ello, irrevocables de forma libre y unilateral por parte del ordenante. Pese a ello, y como bien se advierte desde la doctrina, ni la ordenación en contrato priva al pacto sucesorio de su naturaleza de disposición mortis causa⁸ ni la bilateralidad del negocio ha de conllevar necesariamente reciprocidad,⁹ sino, simplemente (como si eso fuera poco), compromiso.

⁶ Quizá sea todavía algún vestigio de aquel criterio doctrinal y jurisprudencial que, en su día, contó con un notable arraigo en Catalunya, según el cual el heredamiento —arquetipo de los pactos sucesorios catalanes— era concebido como una figura de naturaleza híbrida, inter vivos, por su irrevocabilidad, y mortis causa, por implicar una institución hereditaria con atribución del derecho a suceder después de la muerte del causante (Puig Ferriol, op. cit., p. 446). Se trata, ésta, de una tesis hoy ya superada, incluso desde la perspectiva del legislador (ver nota 4).

⁷ Entendido aquí el contrato en su acepción vulgar, como «pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas», según aparece el Diccionario de la Lengua Española.

⁸ Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil V*, 3ª edición (en Dykinson), Madrid, 2007, p. 291.

⁹ Egea Fernández, «Protocolos familiares...» cit., p. 29.

Ante las dudas y críticas que levantó el texto del antiguo Proyecto,¹⁰ en la norma aprobada y publicada se ha optado —y de esa elección se deja constancia explícita en el Preámbulo— por un modelo básico de pacto con causa gratuita, al que, como todo negocio gratuito, puede aponerse, si se pacta expresamente, un modo (vgr., imposición de cargas al beneficiario tales como «el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros» o incluso la atribución de una finalidad determinante del pacto para cuya consecución las partes pueden asumir determinadas obligaciones, como, entre otras, «el mantenimiento y la continuidad de una empresa familiar o la transmisión indivisa de un establecimiento profesional»).

En el Preámbulo parece abrirse la puerta a otras posibilidades, al decirse textualmente que «esto no impide que las partes puedan causalizar el pacto de manera diferente, atendida la libertad de configuración del contenido que les da el libro cuarto», y se habla concretamente de «hibridismo causal». Puesto que con anterioridad se describe al tipo básico de pacto como «un pacto con causa gratuita, en el cual se pueden imponer cargas», la expresión «hibridismo causal» y aquella libertad de causalización que se proclama podrían dar a entender que cabe un pacto sucesorio puramente oneroso.¹¹

En mi opinión, la libertad de pacto que se preconiza en el Preámbulo no puede servir para dar cobijo a una «causalización» del pacto más allá de lo que permite un negocio mortis causa. Y es que, como bien se ha afirmado por la doctrina,¹² en un contrato sucesorio strictu sensu, la posición de las partes es distinta: una concurre como disponente y la contraparte se limita a recibir y aceptar la declaración como tal, vinculando al declarante y, en su caso, aceptar anticipadamente la herencia o el legado si resulta ser el favorecido. Parecería que la posible excepción a esta regla vendría dada por la admisión de las disposiciones por causa de muerte con carácter recíproco —a manera de un testamento mancomunado, como se reconoce en la misma Exposición de motivos— en los artículos 431-1, 431-20 y 431-29.1, pero, en realidad, no es tal excepción ya que, incluso en esta tesitura las posiciones, aunque compartidas por los otorgantes, siguen siendo las que anteriormente se ha descrito: uno dispone y el otro acepta la declaración, y —en este caso— a la recíproca.

Así pues, en esta configuración no tienen cabida los pactos sucesorios con causa onerosa en el sentido que la institución de heredero o el legado se hagan en contrapartida a la prestación que se recibe de la contraparte, sea

¹⁰ Egea Fernández, op. últ. cit., pp. 31-32.

¹¹ Como de hecho así lo ha entendido Ferrer i Riba, op. et loc. cit., p. 8.

¹² Lacruz y otros, op. cit., p. 291.

ésta o no favorecida (una suma de dinero, por ejemplo). Así es, el esquema prestación/contraprestación típico de los contratos sinalagmáticos no tiene ni puede tener anclaje en los negocios mortis causa, que se diferencian, entre otras cosas, de la categoría de los negocios inter vivos por su unicidad causal: todos los negocios por causa de muerte se enderezan a eso, a la regulación de la propia sucesión —en el supuesto que nos ocupa, frente al cocontratante—, y ello es ajeno a cualquier idea de intercambio. Y es que como ya pusieron de relieve KIPP/COING,¹³ la causa jurídica de la atribución por causa de muerte no es la prestación prometida por la otra parte, sino que la atribución tiene lugar, como siempre, mortis causa.

Ciertamente, como he indicado con anterioridad, algún autor (FERRER I RIBA¹⁴ y también SÁNCHEZ ARISTI,¹⁵ entre otros) afirma que los pactos sucesorios pueden tener naturaleza tanto gratuita como onerosa, y llega a defender que en ese último caso se pueda echar mano de los recursos propios del Derecho de obligaciones para defender o hacer efectivo su derecho de crédito. Pero, a mi juicio, eso supondría llegar a desnaturalizar la esencia del pacto sucesorio. Y ninguno de los ejemplos de Derecho comparado que aduce a favor de su tesis sirven para sostenerla, ya que, en realidad, todos ellos apuntan hacia la misma solución que se propugna aquí: el incumplimiento de la carga, obligación asumida por el designado o la prestación entre vivos prevista a favor del instituyente autorizan a dejar sin efecto la institución, pero no a exigir el cumplimiento de la obligación o carga.¹⁶ Y esta solución es propia de los negocios (gratuitos) sujetos a modo.

¹³ Kipp/Coing, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, traducción de Pérez González y Alguer, actualizad por Valentí, con notas de adaptación de Roca Sastre, 2ª ed. al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1976, p. 371.

¹⁴ Ferrer i Riba, op. et loc. cit., p. 8.

¹⁵ Sánchez Aristi, «Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006*, pp. 500 y 518, y antes en *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem*, Granada, 2003, pp. 30-31.

¹⁶ Así —como pone de manifiesto el propio Sánchez Aristi, «Propuesta para una reforma...» cit., p. 501— resulta que en Alemania el parágrafo 2295 BGB dispone que el causante pueda resolver una disposición sucesoria contractual si se adoptó en consideración a una obligación asumida por el designado, y dicha obligación resulta sobrevenidamente invalidada antes de la muerte del causante, añadiendo que si la obligación queda sin más incumplida, no se podría resolver el contrato por ese motivo, pero sí podría ser objeto de impugnación. En Suiza —continúa señalando el autor—, si el pacto concede a uno de los otorgantes el poder de exigir una prestación entre vivos, éste puede solicitar que se resuelva el pacto si la prestación resulta incumplida o no garantizada, según se había estipulado. En ambos casos, destacados como ejemplos de una concepción onerosa del pacto sucesorio, la solución propuesta por el ordenamiento es la misma (salvando las denominaciones, que aquí deben corregirse) que resulta de aplicar las normas de los negocios gratuitos (sean

Por todo ello, aunque a veces pueda resultar difícil la distinción, en mi opinión no hay que confundir modo con onerosidad —en el sentido del art. 1.274 CC—.¹⁷ El esquema de los negocios mortis causa no permite, a mi modo de ver, la inserción de un sinalagma en su estructuración, de manera que la disposición sucesoria se realice a cambio de una contraprestación, que, como tal, devendrá exigible por la vía forzosa (por ejemplo, institución de heredero a cambio de un millón de euros, que pueden ser objeto de ejecución forzosa por el cauce de los artículos 571 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil).

En consecuencia, «las causas pactadas expresamente» que, según el artículo 431-14, permiten la revocación unilateral por los otorgantes no pueden atravesar la frontera que separa el modo del sinalagma, esto es, no pueden transformar el pacto sucesorio en un contrato sinalagmático, del mismo modo que la posible aposición de cargas al favorecido o el establecimiento de una finalidad determinante del pacto sucesorio, con obligaciones a cargo de las partes, en su caso, no convierten ni pueden convertir al pacto sucesorio en un contrato obligatorio.¹⁸

III. EL PACTO SUCESORIO COMO NEGOCIO BILATERAL O MULTILATERAL: SU PRETENDIDA NATURALEZA CONTRACTUAL

Cierto es que el propio texto legal califica a los pactos sucesorios como un supuesto de sucesión contractual:¹⁹ no en vano el título III lleva por nombre precisamente ése, «La successió contractual i les donacions per causa de mort».

No obstante, ello no debe llevarnos a confusión. Cuando se le atribuye naturaleza «contractual» al pacto sucesorio, lo que se quiere indicar es que, a diferencia de otros negocios mortis causa, se trata de un negocio bilateral o plurilateral, fruto del encuentro de dos o más voluntades de tal modo que, como regla general, resulta inmodificable si no es con el concurso

éstos inter vivos o —como es el caso— mortis causa) a los que se les ha apuesto algún tipo de carga.

Para el Derecho civil catalán, Egea Fernández, «El nou règim...» cit., p.17, sostiene que la imposición de cargas al favorecido «permet revocar unilateralment el pacte si no es compleixen les càrregues (art. 431-14.1 a), però no preveu poder-ne exigir el compliment».

¹⁷ En este sentido, también Egea Fernández «El nou règim...» cit., p.19.

¹⁸ Egea Fernández, «El nou règim...» cit., p. 20.

¹⁹ Aunque, en este punto, conviene tener en cuenta lo que sostiene Puig Ferriol, op.cit., p. 441: «en el context del dret civil català no s'empren com a sinònimes les expressions pactes successoris i successió contractual, ja que aquesta darrera té un sentit més estricte».

unánime de las mismas voluntades que le dieron vida, y esto último aleja el pacto sucesorio de otros negocios mortis causa que, a pesar de ser bilaterales, siguen siendo, no obstante, revocables de forma unilateral por el disponente: así la donación mortis causa (art. 432-1 CCCat).

Lo que el legislador catalán ha pretendido es poner a disposición del empresario y del ciudadano en general una herramienta apta para la planificación de su sucesión vinculante para él y para su sucesor o sucesores, y en eso —nada más y nada menos— consiste su carácter contractual: su irrevocabilidad libre y unilateral (arts. 431-18.1 y 431-30.5), que se basa, justamente, en su carácter bi o plurilateral.²⁰ Y desde esa única perspectiva es que pueden resultar de aplicación las normas y principios del Derecho de contratos: en cuanto tienen como fundamento la preservación del vínculo establecido entre las partes por mor del negocio.

De un modo más acertado que el Proyecto, el texto legal ya vigente regula las causas de ineficacia estricta del pacto sucesorio en concordancia con sus caracteres de acto paccionado, sucesorio y gratuito.²¹

1. En cuanto acto paccionado

Así, el primero de estos rasgos conlleva que el mutuo disenso sea una de aquellas fuentes de ineficacia: quiénes han hecho pueden deshacer (art. 431-12). En efecto, partiendo de la validez de un contrato, es generalmente aceptado sin controversia que pueda extinguirse por decisión unánime de sus otorgantes al amparo del art. 1.255 CC.²² Si se trata de una modificación parcial del pacto, el art. 431-12.2 establece que sólo se requiere el acuerdo de las personas a quienes afecta esa modificación, aunque, como bien

²⁰ Puig Ferriol, op. cit., p. 445, que apunta como argumento para tal afirmación el art. 1.256 CC. Por su parte, afirma Egea Fernández, «El nou règim...» cit., p. 45 pone de manifiesto que «Si hi ha alguna característica que defineixi els pactes successoris, aquesta és la irrevocabilitat que comporta la limitació de la llibertat de estar i de disposar sobre els béns objecte del pacte. Es fonamenta en la vinculació que genera l'acord de voluntats sobre l'ordenació de la successió». En sede del Derecho alemán, afirman Kipp/Coing, op.cit., p. 383, que «la vinculación del causante consiste en que no puede ya eliminar unilateralmente esta causa de adquisición. [...] no consiste en que le incumban deberes obligatorios frente al cointercedante o al tercero designado, o en que éstos hayan adquirido determinados derechos actuales a su patrimonio.»

²¹ Desde su particular punto de vista, pone de relieve Ferrer i Riba, op.cit., p. 8 que «aquesta heterogeneïtat causal té la seva traducció en les causes de resolució o revocació dels pactes, que procedeixen del dret successori —revocació per indignitat—, del dret de donacions —revocació per incompliment de càrregues— i del dret de contractes —resolució per mutu acord, revocació per incompliment, ineficàcia per caiguda de la base del negoci» (arts. 431.12 a 431-14).

²² Puig Ferriol, op.cit., p. 463.

dice PUIG FERRIOL,²³ cabría defender que si del contexto del pacto, aparece que el pacto sucesorio no habría sido otorgado con la modificación o extinción de aquella concreta disposición, será necesario contar con el consentimiento de todos los que concurrieron a otorgar dicho pacto (art. 431-11). En cualquier caso, puesto que han de intervenir todas esas personas, si una de ellas ha fallecido, ya no será posible esa modificación o resolución de mutuo acuerdo (art. 431-12.1 in fine).

Asimismo, dentro de la amplia iniciativa que el art. 1.255 CC deja a la autonomía privada en el campo de los contratos, está claro que encuentra cabida la posibilidad de un acuerdo por el que se confiera a una de las partes del pacto la facultad de modificar e incluso llegar a extinguir, a su instancia, el vínculo contractual.²⁴ De ahí que el art. 431-14.1 indique que es posible revocar unilateralmente el pacto «por las causas pactadas expresamente». Ahora bien, en este caso, en consideración a su carácter contractual (en los términos antes indicados), resulta de aplicación no sólo el art. 1.255 CC sino también su vecino 1.256, según el cual no cabe dejar —ni por pacto explícito que en ese caso sería nulo— al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos, y, en la misma orientación, el 1.115 CC. Pues bien, a partir de ambos preceptos, cabe decir, en primer lugar, que se requiere pacto expreso²⁵ y, en segundo lugar, que, en cualquier caso, se exige la concurrencia de una causa.²⁶ Por tanto, en mi opinión, existe un límite que no cabe rebasar so pena de invalidez del pacto concreto,²⁷ y es que no cabe acordar la concesión de la facultad de revocación al futuro causante sin limitación alguna, a su arbitrio, sin exigencia de causa (arg. 1.115 y 1.256 CC).²⁸

²³ Op. cit., p. 464.

²⁴ Puig Ferriol, op. cit., p. 467.

²⁵ Puig Ferriol, op. últ. cit., p. 467.

²⁶ Como, por ejemplo, que el causante tenga hijos o descendientes o que haya una crisis matrimonial de uno de los otorgantes (Egea Fernández, «El nou règim...» cit., p. 48).

²⁷ En principio, la nulidad sólo afectaría a la disposición por la que se acuerda otorgar la facultad de revocación libre, pero no al pacto sucesorio en su globalidad, salvo que —lo que fácilmente podría ocurrir— del conjunto del mismo apareciera que sin aquella disposición el pacto no habría sido otorgado.

²⁸ Contrariamente a lo que opina Egea Fernández, «El nou règim...» cit., p. 48, para quien «res no impedeix, però, que la facultat de revocació o modificació unilateral es pacti amb caràcter il·limitat (ad libitum), és a dir, sense vincular-la a la concurrència de cap raó justificadora». Por su parte, Kipp/Coing, op.cit., p. 387, admiten asimismo esa posibilidad para el Derecho alemán: «la limitación de la libertad de testar no va más allá de lo querido por las partes» de manera que «a) las partes pueden conceder al causante el derecho de rescindir unilateralmente el contrato, y con ello substraerse a su vinculación». En ese caso —me pregunto— ¿estaríamos realmente ante un pacto sucesorio? A mí me parece que no: si algo caracteriza al pacto sucesorio frente a otros negocios mortis causa es justamente

Igualmente las dos últimas causas de revocación que prevé el art. 431-14.1, en sus letras c y d, obedecen a la estructuración del pacto sucesorio como un acto paccionado. Así, por ejemplo, se entiende y se permite explícitamente (art. 431-6) que, al igual que cabe hacerlo en un contrato del tipo obligatorio, las partes puedan expresar en el pacto la finalidad determinante del mismo, causalizando, de este modo, los motivos concretos por los cuales decidieron otorgar el pacto, más allá de (o mejor quizá, incorporándolos a) su causa jurídica propia como negocio sucesorio (organización de la sucesión post mortem). Siendo así, el lógico (y, en realidad, obligado) corolario es que la imposibilidad de cumplir aquella finalidad determinante desemboque en la oportunidad de dejar sin efecto aquel convenio cuya finalidad esencial (asumida explícitamente como tal por los otorgantes) ya ha dejado de ser posible, y en el caso que nos ocupa esa oportunidad adopta la forma de facultad de revocación unilateral concedida al causante.

La última de las causas que, según el art. 431-14, autorizan la revocación del pacto por voluntad unilateral es la que atiende a una modificación sustancial, sobrevinida e imprevisible de las circunstancias que constituyeron la base de la disposición. Ello implica la elevación al rango de positiva de la doctrina de la base objetiva del negocio en sede de pacto sucesorio. EGEA FERNÁNDEZ se muestra sorprendido por ello, puesto que —afirma— se trata ésta de una doctrina que encuentra su campo de aplicación propio en sede de contratos obligatorios y no tanto en negocios sucesorios. En efecto, como señala este autor, «és en seu de les relacions obligatòries on es planteja el problema de determinar quina de les parts contractants ha de suportar el risc que deriva del canvi de circumstàncies que es tradueixen en una dificultat considerable en el compliment de l'obligació del deutor o en l'alteració essencial de la relació entre prestació i contraprestació».²⁹

Desde luego, resulta difícil imaginar cómo encajar las construcciones recaídas en torno al problema que plantea la modificación sobrevinida de las circunstancias, puesto que, normalmente, se han perfilado tomando como punto de partida el caso de la relación obligatoria que, como se ha venido diciendo, es un esquema ajeno al del pacto sucesorio. Y es que el concepto de onerosidad (extraño al pacto sucesorio) es una constante en aquellas doctrinas.³⁰ Así, uno de los presupuestos de aplicación es la desaparición

su carácter irrevocable. Si éste desaparece por completo, sería otra cosa (habría que ver su calificación y, eventualmente, su validez y eficacia), pero, desde luego, no un pacto sucesorio ex arts. 431-1 y siguientes del Codi Civil de Catalunya.

²⁹ «El nou règim...» cit., p. 51.

³⁰ Puede verse una magnífica exposición del tema en Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II., 6ª edición, Cizur Menor, 2008, pp. 1.055-1.082.

sobvenida de la base del negocio, que se entiende producida en una de estas dos circunstancias: 1) que haya una destrucción o aniquilación de la relación de equivalencia, de manera que no quepa hablar ya de prestación y contraprestación o 2) que no pueda cumplirse ya la finalidad común del negocio, que es aquella expresada en el propio negocio o asumida como esencial por las partes.³¹ Pues bien, la primera circunstancia no puede darse nunca —por definición— en el pacto sucesorio, donde no existe ni puede existir una relación de prestación/contraprestación, y la segunda ya es contemplada como causa específica de posible revocación unilateral en la letra c) del mismo artículo 431-14.

2. En cuanto acto sucesorio

El segundo de los rasgos señalados, esto es, su naturaleza sucesoria, justifica o, más bien, exige que la concurrencia de una causa de indignidad sucesoria en un favorecido sea considerada un motivo que autoriza la revocación unilateral de la disposición por el ordenante. Ciertamente es que puede parecer que esta previsión choca en cierta medida con el principio de irrevocabilidad, pero, en este punto (y es lógico que así sea), debe prevalecer su carácter de acto sucesorio por causa de muerte —en cuanto que conlleva la aplicación de esta norma (revocabilidad por indignidad sucesoria)— sobre el principio de irrevocabilidad derivado de otro de sus rasgos, el de acto paccionado.

En cualquier caso, el legislador, con acertado criterio, no ha olvidado —tampoco en esta sede— que el pacto sucesorio, además de sucesorio en cuanto negocio enderezado a la destinación post mortem del patrimonio de su titular, es pacto entre dos o más personas, las cuales —porque así lo posibilita la ley— han podido asumir y cumplir en vida del causante alguna obligación o carga (art. 431-6), o incluso, en virtud de ese mismo pacto, es perfectamente posible (art. 431-1.2) que el indigno haya otorgado en ese mismo pacto sucesorio una disposición a favor del causante que hace uso de su facultad de revocación ex art. 431-13. En aplicación —en este concreto supuesto— de los principios en materia de negocios gratuitos,³² el art. 431-13.4 establece que la revocación por causa de indignidad llevada a cabo por el causante «deixa sense efecte les disposicions correspectives fetes per l'indigne o les càrregues o obligacions assumides per aquest, si tenia la condició d'atorgant del pacte successori», lo que implica, según la doctrina, que, a su vez, el indigno podría revocar aquella disposición

³¹ Diez-Picazo, op.cit., p. 1.070.

³² Así lo señala también Egea Fernández, «El nou règim...» cit., p. 47.

hecha a favor del revocante y reclamar la restitución de las prestaciones que hubiera efectuado.³³

3. En cuanto acto gratuito

Por último y por seguir el orden marcado, queda por señalar que, dentro de las que se enumeran en el art. 431-14 y que el mismo texto legal califica como de ineficacia del pacto sucesorio por voluntad o decisión unilateral, aparecen causas propias de la donación que responden, en consecuencia, al carácter de negocio gratuito que presenta el pacto sucesorio: así básicamente el incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido.³⁴

En todo caso, es preciso señalar aquí que, tal como está configurado legalmente, el papel y la fuerza jurídica de la aposición de cargas al favorecido se limitan al período pre-apertura de la sucesión, de manera que —como sostiene EGEA FERNÁNDEZ—³⁵ estas cargas dejan de tener relevancia jurídica tras el fallecimiento del causante. Si se les quiere dotar de tal relevancia, tendrá que preverse o bien una sustitución fideicomisaria condicional o bien la aposición de un modo al causahabiente ex arts. 428-1 y ss.³⁶

Aún circunscritos en ese ámbito (el de la revocación por decisión unilateral ex art. 431-14), todavía queda por apuntar una última matización. Y es que, a diferencia de lo que acaece en otros ordenamientos —como el alemán—, en que la facultad de dejar sin efecto el contrato sucesorio se reserva al causante, el artículo 431-14 refiere la facultad de revocación a los «otorgantes de un pacto sucesorio» en abstracto y el artículo 431-15 alude, también en abstracto, a la «persona afectada por la revocación», como si

³³ Puig Ferriol, op.cit., p. 466.

³⁴ A la que se añaden otras que también son de aplicación a la donación aunque no se hallen en el elenco del artículo 531-15 del Codi Civil de Catalunya, en la medida en que lo podrían ser a cualquier negocio bilateral, y que ya han sido comentadas con anterioridad: por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad esencia; por una variación sustancial, sobrevenida e imprevisible de las circunstancias que constituyeron el fundamento del pacto o—como cajón de sastre y cierre— por otras cualesquiera causas pactadas de forma expresa.

³⁵ «El nou règim..» cit., p. 47.

³⁶ En este extremo, Puig Ferriol parece asimilar ambas figuras: la imposición de cargas al favorecido en pacto sucesorio, que deberá cumplir en vida del causante (art. 431-6), y las disposiciones modales ex arts. 428-1 y ss., que sólo entran en liza una vez acaecida la muerte del causante. Me convence más la tesis de Egea Fernández, que las separa, ya que es la que mejor cuadra con la configuración legal de la revocación unilateral por incumplimiento de cargas, puesto que: ¿Qué otra lectura puede tener el hecho que —a diferencia de lo que ocurre con la revocación por indignidad— en los supuestos del art. 431-14 se reserva tal facultad revocatoria a los otorgantes?

pudiera ser indistintamente el causante y la contraparte. ¿Significa ello que también el cootorgante puede dejar sin efecto la institución contractual de heredero si así se ha pactado? Por emplear el mismo ejemplo del preámbulo, dos otorgantes (padre y madre) convienen en instituir heredero de uno de los dos o de ambos a uno de sus hijos, sin contar con su consentimiento. ¿Cabría acordar que la madre pudiera revocar unilateralmente la designación del hijo como heredero de su padre? En una primera lectura, parecería que eso es posible, pero, en mi opinión,³⁷ sólo el causante debiera contar con esa facultad de revocación, porque sólo él dispone por causa de su muerte, aunque sea con esa vinculación que procura el ordenar su sucesión mediante un pacto sucesorio.

³⁷ Y también en la de Egea Fernández, «El nou règim...» cit., p. 47.

PACTOS SUCESORIOS Y EMPRESA ¿FAMILIAR?

BELÉN TRIGO GARCÍA

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

SUMARIO. I. CONTEXTO DE LOS PACTOS SUCESORIOS. II. TRANSMISIÓN DE LA RIQUEZA FAMILIAR: DE LA TRANSMISIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA A LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA. III. TRANSMISIÓN FAMILIAR DE LA RIQUEZA: ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS PACTOS SUCESORIOS. IV. OTORGANTES UNIDOS POR VÍNCULOS DE PARENTESCO Y PACTOS SUCESORIOS SOBRE LA EMPRESA ¿FAMILIAR? V. BIBLIOGRAFÍA

I. CONTEXTO DE LOS PACTOS SUCESORIOS

Tras la prohibición general de los pactos sucesorios del texto codificado (art. 1271 Cc.), la sucesión *mortis causa* contractual quedó reducida a unas pocas excepciones previstas en el propio Código civil, y a una serie de figuras arraigadas en los territorios con derecho civil propio. Este planteamiento llevaba a vincular los pactos sucesorios con un contexto eminentemente familiar y una economía fundamentalmente agraria, propia del periodo decimonónico.¹

Esta consideración se encuentra reflejada en las compilaciones de Galicia y Aragón. De una parte, la Exposición de Motivos de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia, justificaba la selección de las instituciones recogidas en ella, poniendo de relieve su carácter común de responder a las «necesidades del agro gallego». En concreto, en materia sucesoria, se regulaba el derecho de labrar y poseer,² con arreglo al cual, el ascendiente puede elegir al descendiente que

¹ Roca Sastre, R. M^a calificaba los pactos sucesorios como instrumento que permitía el arraigo en el campo de las familias campesinas; respecto del caso concreto de Cataluña afirmaba «Es indudable que muchas tierras del Pirineo, sin el heredamiento, hubieran quedado despobladas» («La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 347-349).

² Obsérvese, no obstante, como tanto la Exposición de Motivos como los arts. 84-87 de la Compilación de derecho civil de Galicia evitan la caracterización de la figura como pacto sucesorio [vid. Sánchez García, A., «Comentario del derecho de labrar y poseer», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXXII *Compilación de Galicia*, Albaladejo, M. (dir.), Madrid, Revista General de Derecho, 1979, pp. 198-202], naturaleza

haya de sustituirlo en la explotación del patrimonio familiar: «Es, pues, una mejora expresa o tácita que tiende a establecer la unidad de explotación agrícola», refiriéndose, por lo general, a conservar el lugar acasariado, «casa y soporte económico de la familia rural».³

Por otra parte, la Ley 15/1967, de 8 abril, de Compilación de Derecho Civil de Aragón, subrayaba respecto de los pactos sucesorios su carácter exclusivamente familiar y consuetudinario, en previsión —tal como dice su Exposición de Motivos— de que al amparo de los preceptos de la Compilación sobre esta materia no se celebren contratos ajenos al espíritu de una institución *concebida en beneficio de la ordenación y mantenimiento de la casa*. De esta forma, sólo se reconocía la validez de los pactos sucesorios otorgados por consanguíneos o afines, o que se otorgasen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias (art. 99).⁴

La misma línea siguieron intervenciones legislativas posteriores en el ámbito estatal. Claro ejemplo de ello eran los arts. 16-20 de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, de estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, derogada por Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (disposición derogatoria única).

En efecto, la admisión de los pactos sucesorios por esta Ley 49/1981 obedecía a la finalidad de garantizar la continuidad de la explotación en la sucesión *mortis causa* [vid. Capítulo III *Protección de la integridad de la explotación*, B) *Del pacto sucesorio*], presuponiéndose que la explotación era el principal activo del patrimonio hereditario. A su vez, esta legislación establecía una clara preferencia a favor de los pactos familiares, en concreto, a favor de los pactos celebrados entre titular de la explotación y legitimario.⁵

que sí reconoce expresamente la legislación gallega a partir de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (LDCG 1995) (Sección 3ª *Del derecho de labrar y poseer*, Capítulo II *De los pactos sucesorios*, Título VIII *Sucesiones*, arts. 130 y ss.; vid. Sección tercera *De la mejora de labrar y poseer*, Capítulo III *De los pactos sucesorios*, Título X *De la sucesión por causa de muerte*, arts. 219 y ss. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia).

³ En este sentido, Sánchez García, A. (loc. cit., pp. 194-196) subrayaba las notas de relación familiar jerárquica y contexto agrario que caracterizaban la figura. Sobre el concepto de lugar acasariado y su relación con la casa en el derecho civil de Galicia vid. Trigo García, B., «La noción de lugar acasariado en la Ley de derecho civil de Galicia. Especial referencia al arrendamiento de lugar acasariado», *Actualidad Civil*, núm. 28, 1999, pp. 797-806.

⁴ Vid. Pelayo Hore, S., «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1967, pp. 858.

⁵ De acuerdo con el art. 16 Ley 49/1981, el titular de la explotación podría convenir la sucesión en dicha titularidad con uno de sus legitimarios que reúna la cualidad de colaborador. Si ninguno de los legitimarios reuniera dicha cualidad el pacto, mediando

Una aproximación a los pactos sucesorios desde esta perspectiva puede abonar una impresión de decadencia de estas figuras o, al menos, de que se trata de figuras de ámbito y fines limitados. Ahora bien, esta impresión sólo se justifica respecto del modelo tradicional antes descrito.

En la actualidad, en cambio, se asiste al resurgir del interés por la sucesión contractual, destacándose, precisamente, su virtualidad para adaptarse a las nuevas circunstancias socio-económicas y dar respuesta a las nuevas necesidades del tráfico jurídico.⁶ Y, sin embargo, se advierte todavía una cierta inercia que lastra, en mi opinión, la regulación de los pactos sucesorios. Buen ejemplo de la tensión entre estas dos fuerzas contrapuestas —renovación *versus* tradición— es la regulación de los pactos sucesorios en la legislación catalana.

De una parte, se ha superado ampliamente el objeto tradicional de los pactos sucesorios, con inclusión expresa de las unidades empresariales con independencia del sector de actividad económica en que se ubiquen o de la concreta forma jurídica que revistan.⁷ De otra, se mantienen ciertas restricciones subjetivas respecto de quienes pueden otorgar los pactos sucesorios. Este trabajo critica la limitación subjetiva poniendo en relación ambos aspectos: objeto de la transmisión e interesados en la transmisión *mortis causa*.

el consentimiento de aquéllos, podría otorgarse a favor de quien ostentara la cualidad de colaborador. Y sólo en caso de no existir legitimarios, podría convenirse libremente dicho pacto con quien fuese colaborador de la explotación. Vid. Sánchez Arísti, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003, pp. 186-193.

⁶ Lo que incluye las propuestas de reforma, en este punto, de la regulación del Código civil en materia de sucesiones *mortis causa*. Vid. Sánchez Arísti, R., «Propuesta para un reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, 477-479; Herrero Oviedo, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Álvarez González, S. (ed.), Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 2009, pp. 199 y 212-217.

⁷ Como señala el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, punto IV, los pactos sucesorios fueron el vehículo de transmisión intergeneracional de patrimonios familiares de base típicamente agraria, pero ahora requieren una regulación más abierta y flexible.

II. TRANSMISIÓN DE LA RIQUEZA FAMILIAR: DE LA TRANSMISIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA A LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA⁸

Resulta indudable que los pactos sucesorios son un vehículo apto para la transmisión *mortis causa* no sólo del patrimonio inmobiliario y de las explotaciones agrarias; también de explotaciones comerciales e industriales.⁹ En esta línea de admitir los pactos sucesorios respecto de todo tipo de actividades económicas, se sitúa claramente la legislación catalana que alude a la transmisión de empresas y de establecimientos profesionales (vid. arts. 431-6 apartado 2º, 431-8 apartado 2º, y 431-25 apartado 2º del Libro IV del Código civil de Cataluña).

Igualmente significativo resulta el art. 219.1º de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, respecto de la mejora de labrar y poseer. La regulación actualmente vigente amplía el objeto sobre el puede recaer este pacto previsto en la hipótesis tradicional con la finalidad de conservar indiviso un lugar acasado o una explotación agrícola (cfr. art. 84 de la Compilación de derecho civil de Galicia); así, se permite expresamente para la transmisión *mortis causa* de explotaciones industriales, comerciales o fabriles.

Esta ampliación era subrayada por la redacción de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia. De esta forma, el art. 130.1º contemplaba tan sólo las hipótesis tradicionales —transmisión de lugar o explotación agrícola—, mientras que el apartado 2º aclaraba: «El mismo pacto podrá hacerse respecto a una explotación o establecimiento fabril, industrial o comercial».

La redacción actual supone, en mi opinión, normalizar la necesaria modernización del derecho civil gallego, integrando hipótesis tradicionales y nuevas situaciones. Además, se ha profundizado en la actualización de la figura, antes limitada a la ampliación de su objeto. En esta línea, la regulación vigente elimina las referencias exclusivas a la transmisión de explotaciones agrícolas,¹⁰ que deja de ser el modelo principal, aunque no

⁸ La contraposición del juego de expresiones «transmisión de la riqueza familiar» y «transmisión familiar de la riqueza» está inspirada en la obra *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, Padova, 1995.

⁹ Como señala Sánchez Aristi, R., si por algo se defienden hoy en día los pactos sucesorios es, precisamente, porque pueden ayudar a preservar la integridad de las explotaciones familiares, agrarias o industriales («Propuesta para un reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios», cit., p. 483, y bibliografía allí citada).

¹⁰ De acuerdo con el art. 131 LDCG 1995, se reputan indivisibles la casa patrucial y sus anexos (era, corrales y huerto); el art. 220 LDCG 2006 extiende el carácter indivisible a la explotación agrícola, comercial o fabril. A su vez, el art. 222 LDCG 2006 elimina

el referente (cfr. art. 222 LDCG 2006 y la mención a la explotación de los bienes).

No obstante, entiendo que sería de agradecer un paso más en este sentido por parte del legislador gallego.¹¹ De una parte, sería preferible el empleo de una expresión genérica como explotación económica o empresarial, en lugar de la mención de actividad agrícola, industrial, comercial o fabril. En efecto, esta clasificación, de sabor decimonónico (cfr. art. 1579 Cc. relativo a las aparcerías de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales; o el art. 1 Ccom, que alude al ejercicio del comercio, así como a las compañías mercantiles o industriales), no se corresponde fielmente con la actual realidad económica, dinámica y compleja. De otra parte, sería conveniente incluir la finalidad de mantener el control de una sociedad o grupo de sociedades.¹²

El ejemplo de la regulación gallega resalta la importancia del cambio terminológico. La renovación no sólo obedece al propósito de modernizar las expresiones utilizadas; debe, además, reflejar los cambios experimentados en la configuración patrimonial; esto es, cambios que afectan a la

la referencia contenida en el art. 132.1º c) LDCG 1995 a los años agrícolas. También desaparece en la LDCG 2006 la aclaración de que el adjudicatario, una vez causada la sucesión, podrá inscribir como una sola finca el lugar o explotación adjudicado, aunque las suertes de tierra sean discontinuas (art. 130.5º LDCG 1995).

¹¹ Aunque excede del propósito de este trabajo, no pueden dejar de apuntarse otras objeciones a la actual regulación gallega. Fundamentalmente, que esta actualización de la mejora de labrar y poseer —ampliando el supuesto de hecho tradicional— no tenga continuidad respecto de otras figuras como la compañía familiar gallega, que sigue caracterizada legalmente como la constituida por labradores para explotar en común tierras, lugar acasurado o explotaciones pecuarias (art. 157 LDCG 2006). Con estas limitaciones no se responde a lo que según la Exposición de Motivos LDCG 1995 (final), reproducida por la LDCG 2006, debería ser el objetivo de la regulación gallega: «Estamos ante un derecho vivo de Galicia. Nacido en los ampos gallegos, como emanación singular de un rico derecho agrario, desbordado hoy, incluso en la vida cotidiana de sus urbes. Lejos de la preocupación de cualquier tentación arqueológica-jurídica, la ley pretende regular instituciones válidas para los intereses y necesidades del pueblo gallego».

¹² Al respecto, algunos autores mantienen que en la redacción dada por la Ley gallega de 2006 queda abierta la posibilidad de que el establecimiento fabril o industrial poseyese una forma social concreta, lo que determinaría que el objeto real de la transmisión por vía de pacto fuesen las acciones o participaciones sociales de la misma; ahora bien, en su opinión, esta posibilidad «abriría una problemática mercantil, que, tanto por razones de política legislativa, como por las de imposibilidad práctica, no parece que el legislador haya tenido en mente a la hora de redacción del presente precepto» [Calvo Alonso, M. A. / Carreira Simón, C. / Gamallo Aller, J. Mª, «Comentario a los arts. 219 a 223», *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia (Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, p. 524].

estructura y composición del patrimonio familiar.¹³ Al respecto, han de tenerse en cuenta fenómenos como la profesionalización de las actividades, el creciente peso del sector servicios, o el mayor dinamismo del mercado de bienes. Igualmente, ha de destacarse que buena parte de los entes empresariales —también pequeñas y medianas empresas— adoptan la forma de sociedad; en cualquier sector de actividad económica, incluido el ejercicio profesional (vid. art. 1 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).¹⁴

Esta circunstancia ha sido expresamente reconocida por el legislador estatal en la reforma del art. 1056 párrafo 2º Cc. cuando permite el pago en metálico de la legítima para «preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas».¹⁵ Por su parte, en materia de pactos sucesorios,¹⁶ del articulado del Libro IV del Código civil catalán puede deducirse que contempla, sin lugar a dudas, empresas y establecimientos que revistan forma societaria, incluidas las modalidades societarias de carácter mercantil. Así, el art. 431-8.4º sobre publicidad de los pactos sucesorios, según el cual, si la finalidad de un pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la Ley establece para la publicidad de los

¹³ López López, A., «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, n. 3, 1994, pp. 31-38; Magariños Blanco, V. «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, pp. 20-27; Delgado Echeverría, J., «Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 86-90. Expresamente, el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 julio, por la que se aprueba el Libro cuarto del Código civil de Cataluña (punto I; vid. también punto IV) se refiere a las transformaciones de la economía, de la sociedad y de las familias en los últimos decenios.

¹⁴ Sobre el concepto de actividad profesional a efectos de esta ley y sobre la superación de las dudas tradicionales respecto de la admisibilidad del ejercicio en sociedad de las llamadas profesiones liberales vid. Vérguez Sánchez, M., «Definición de las sociedades profesionales», *Comentarios a la Ley de sociedades profesionales. Régimen fiscal y corporativo*, García Pérez, R. / Albiez Dormán, K. J. (dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 28-36.

¹⁵ La disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa dio nueva redacción a los arts. 1271 y 1056 Cc. en relación con la ordenación de las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones, incluidas, por supuesto, las formas societarias (Exposición de Motivos, punto I).

¹⁶ Cfr. el art. 768-bis *codice civile*, que define *patto di famiglia* como *il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti*.

protocolos familiares, sin perjuicio de que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo (vid. también el art. 431-25).

Merece la pena destacar que, a propósito de los pactos sucesorios, la legislación catalana se refiere expresamente —sin definirla— a empresa familiar, mientras que otros preceptos en materia de sucesión *mortis causa* aluden, en general, a empresa (vid. arts. 426-3.3º y 427-29 del Libro IV del Código civil catalán, sobre fideicomiso y legado de universalidad, respectivamente). En relación con el ámbito subjetivo de los pactos sucesorios, se maneja aquí un concepto amplio de empresa familiar, entendida como aquélla en la que el grupo de parentesco —por consanguinidad y/o afinidad— detenta, al menos, el 50% del capital o tiene en sus manos el poder de decisión, así cuando la empresa revista la forma jurídica de sociedad o grupo de sociedades.¹⁷ No se considera, en cambio, el trabajo que los familiares puedan eventualmente desempeñar en la empresa.¹⁸

III. TRANSMISIÓN FAMILIAR DE LA RIQUEZA: ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS PACTOS SUCESORIOS

Hay otro aspecto que merece destacarse en la nueva redacción del art. 1056 párrafo 2º Cc., dada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa. En el texto anterior, se consideraba como fundamento de la indivisión el interés de la familia del causante y se daba a entender que la atribución de la explotación agrícola, industrial o fabril era a favor de uno de los descendientes; así se permitía «al padre» que dispusiese la satisfacción en metálico de su legítima «a los demás hijos».

¹⁷ Unánimemente se destaca la dificultad de definir empresa familiar. Ni siquiera se encuentra una definición en el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Para delimitar el concepto, a los efectos que aquí interesan, se ha tenido en cuenta el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar (543/000005; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, Serie I: Boletín General, 23 de noviembre de 2001 núm. 312, en especial, pp. 25-26); así como la normativa tributaria. En particular, la disposición adicional octava (*Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*) Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo; y el art. 4 (*Reducciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en la transmisión de la empresa familiar y de la vivienda habitual*) Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Cfr. en el ámbito autonómico, el art. 5 Ley 9/2008, de 28 julio, de medidas tributarias del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de Galicia.

¹⁸ Cfr. el art. 230 bis (*Impresa familiare*) del *codice civile*, que define la empresa familiar como aquélla en la que colaboran el cónyuge, los parientes hasta el tercer grado y los afines hasta el segundo.

En la actualidad, el art. 1056 párrafo 2º Cc. contempla, expresamente, dos finalidades: la conservación de la empresa y el interés de la familia del causante; por otra parte, alude genéricamente al testador y a «los demás interesados». Por tanto, se atenúa la referencia al contexto familiar, ensanchando su posible ámbito de aplicación.¹⁹

Lógicamente, este precepto del Código civil sólo tiene en cuenta la voluntad del causante que lleva a cabo la partición.²⁰ Ahora bien, resulta interesante preguntarse si en materia de sucesión contractual se mantiene o se tiende a superar el enfoque exclusivamente familiar. En este sentido, llama la atención que el legislador estatal, a propósito de la reforma del texto codificado, manifieste atender a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado (vid. Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, punto I).

Algunos derechos civiles autonómicos no plantean restricciones del ámbito subjetivo de los pactos sucesorios en atención a la existencia de vínculos familiares entre los interesados. En esta línea, la Ley 1/1973, de 1 marzo, del Fuero Nuevo de Navarra, tan sólo establece requisitos de capacidad respecto de los otorgantes de los pactos sucesorios (Ley 173); y en general, permite los pactos sucesorios por los que se establezcan, modifiquen, extingan o renuncien derechos de sucesión «*mortis causa*» de una herencia o parte de ella, en vida del causante de la misma con el único requisito de que, cuando estos actos impliquen cesión de tales derechos a un tercero, será necesario el consentimiento del causante (Ley 172). De forma semejante, la Ley 1/1999, de 24 febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón, abandona las restricciones que implicaba el modelo

¹⁹ En todo caso, como se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 (punto I), la referencia principal sigue siendo la ordenación de las relaciones entre los miembros de una familia respecto de la sucesión de la unidad productiva.

²⁰ Aparentemente, el objetivo de la modificación es limitado: se dirige, fundamentalmente, a adaptar la regulación a la realidad económica y jurídica actual. Ha de tenerse en cuenta que la misma Ley 7/2003 modifica el párrafo segundo del artículo 1271 en los siguientes términos: «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056». No obstante, se ha querido ver en la reforma una brecha para admitir la validez del establecimiento de pactos sucesorios (vid. Sánchez Aristi, R, op. cit., pp. 62-70). En este sentido, se ha dicho que se amplía la posibilidad de celebrar pactos sobre la herencia futura, entendida en su universalidad, en aquellos supuestos que tengan como objeto, además de practicar *inter vivos* la división de un caudal, establecer otras disposiciones patrimoniales en relación con el art. 1056 Cc. Al respecto, se critica la ubicación del precepto, al entender que debería estar situado en la parte correspondiente a las legítimas (Reyes López, M^a J., «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa, y la empresa familiar», *Actualidad Civil*, núm. 28, 2003, pp. 771 y ss.).

consuetudinario y habla genéricamente de otorgantes, contratantes y terceros (vid. en particular art. 63 *Capacidad* y 65 *Modalidades*).

Por su parte, la actual legislación catalana ha flexibilizado la regulación compilada al permitir que beneficiario del pacto sucesorio pueda ser cualquier persona (art. 431-1 del Libro IV del Código civil catalán).²¹ En cambio, sigue vinculando los pactos sucesorios al contexto familiar al limitar el ámbito de posibles otorgantes; de forma que, de acuerdo con el art. 431-2, sólo pueden otorgarse pactos sucesorios con el cónyuge o futuro cónyuge; la persona con quien convive en unión estable de pareja; los parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad; y los parientes por consanguinidad en línea directa o en línea colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente (cfr. art. 431-9 sobre nulidad). Como se intentará demostrar a continuación, esta restricción no responde a la realidad del tráfico jurídico actual.

IV. OTORGANTES UNIDOS POR VÍNCULOS DE PARENTESCO Y PACTOS SUCESORIOS SOBRE LA EMPRESA ¿FAMILIAR?

A propósito de la renovación del derecho sucesorio catalán llevada a cabo con la aprobación de la Ley 10/2008, se ha destacado el nuevo sistema de pactos sucesorios, desligado del matrimonio y con un contenido no limitado a la institución de heredero. Ahora bien, a pesar de merecer, en general, opiniones favorables, empiezan a apuntarse algunas objeciones.

En concreto, se pone en duda que la nueva regulación, un tanto experimental, cumpla la función que principalmente le augura el legislador, esto es, la de instrumentar la transmisión intergeneracional de las empresas familiares. En este sentido, se critica la adopción de decisiones muy relevantes de política jurídica familiar y sucesoria sin el contraste de estudios empíricos rigurosos acerca de las prácticas y creencias sucesorias de los catalanes, de encuestas sobre sus preferencias, de estudios demográficos o del análisis de las tendencias predominantes en los ordenamientos de países próximos.²²

²¹ Los heredamientos tenían un carácter esencialmente familiar; no obstante, este carácter presentaba distinta intensidad en atención a la modalidad de heredamiento. Al respecto se defendía la posibilidad de admitir la institución contractual de heredero a favor de extraños en los heredamientos a favor de los contrayentes. Vid. Puig Ferriol, L., «Comentario de los heredamientos», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXVII, vol. 2, *Compilación de Cataluña*, Albaladejo, M. (dir.), Madrid, Revista General de Derecho, 1978, p. 114.

²² Ferrer Riba, J., «El nuevo derecho catalán de sucesiones», *InDret* 4/2008, pp. 1-2.

Como señala el Preámbulo de la Ley 10/2008 (punto I), la limitación de la libertad de pactar constituye una opción no tanto de naturaleza técnica, como de política legislativa. La decisión se presenta, así, como un paso más en el desarrollo del derecho sucesorio catalán, sin implicar, por tanto, una solución definitiva. Se alude, en este sentido, a consideraciones de prudencia que abogan por excluir la admisibilidad en el derecho civil catalán de los pactos sucesorios con parientes a partir de un determinado grado²³ y con terceros.²⁴

Sin perjuicio de la necesidad de valorar cuestiones de oportunidad y de prudencia, la situación del moderno tráfico jurídico no justifica tal restricción. Al contrario, la hipótesis de pactos con terceros a propósito de la sucesión *mortis causa* resulta cada vez más frecuente. Asimismo, la restricción de la normativa catalana puede generar problemas de orden práctico al ponerla en relación con el resto de la legislación aplicable.

Estas objeciones se hacen especialmente evidentes en el ámbito societario, al que se hará referencia a continuación.²⁵ La atención dedicada a las sociedades se justifica, además de por su destacado protagonismo en el tráfico jurídico, por el hecho de que el interés respecto de la empresa familiar se centra en aquéllas que revisten forma societaria.²⁶ Veamos las objeciones desde estos dos puntos de vista, las sociedades en general, y las sociedades familiares en particular.

Desde la perspectiva de las sociedades familiares, la restricción de posibles otorgantes de pactos sucesorios es criticable en la medida en que estas

²³ A propósito de los protocolos familiares, vid. arts. 1 y 2.1º RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

²⁴ De acuerdo con el Preámbulo punto IV de la Ley 10/2008, entre el mantenimiento del esquema tradicional y la apertura de los pactos a cualesquiera contratantes, el libro cuarto del Código civil de Cataluña ha optado por una solución intermedia prudente: los pactos sólo pueden otorgarse con el cónyuge o conviviente, con la familia de este o con la familia propia, dentro de un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. Esta regla tendría en cuenta el mayor riesgo de los contratos sucesorios entre no familiares, pero a la vez sería suficientemente abierta para amparar los pactos que a veces se estipulan con ocasión de la transmisión de empresas familiares, en los que pueden llegar a intervenir varias generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa.

²⁵ Al hablar de sociedades podría pensarse que nos adentramos en materia de derecho mercantil, por tanto, materia de competencia exclusiva del Estado. Ahora bien, las Comunidades Autónomas cuentan con alguna regulación de sobre derecho societario, así, respecto de las sociedades cooperativas. Sobre sociedad civil y legislación autonómica vid. García Rubio, Mº P., «El problema competencial en la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales», en *Estudios sobre sociedades profesionales. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales*, Trigo García, B. /Framiñán Santas, J. (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 54-55.

²⁶ Vid. el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar (loc. cit., p. 26).

sociedades están integradas en el mercado. Hoy en día, las empresas familiares no se corresponden con una economía cerrada, de autarquía o supervivencia; por tanto, es razonable el interés legítimo de terceros en la sucesión de la empresa familiar, y no sólo como beneficiarios directos. En el caso concreto de las sociedades controladas por un grupo familiar, también los socios ajenos a dicho grupo pueden tener interés en ser otorgantes.

Ha de tenerse en cuenta que en la transmisión de las participaciones societarias concurre un aspecto patrimonial, esto es, el valor económico de la participación, junto con un aspecto personal, es decir, la transmisión de la posición que el causante tenía en la sociedad. Y la transmisibilidad de la condición de socio no está condicionada únicamente por el eventual carácter familiar de la sociedad. Ello nos remite a la perspectiva general del derecho societario.

En primer lugar, no sólo en las sociedades familiares la existencia de una mayoría de control garantiza la continuidad societaria. En segundo lugar, no sólo las sociedades familiares pueden tener interés en configurarse como sociedades cerradas y establecer mecanismos de control sobre el ingreso de nuevos socios. Si consideramos el objeto social, cabe mencionar las sociedades profesionales. Si consideramos los fines perseguidos por la sociedad, han de tenerse en cuenta las «tareas de tendencia» (*Tendebetrieb*), en las que el ejercicio profesional está unido a una particular posición ideológica.

Obsérvese que, en estos supuestos, cobra importancia la persona concreta del socio con independencia de la modalidad societaria elegida; en otras palabras, con independencia de que nos encontremos ante una sociedad personalista o capitalista. Por otra parte, se trata de conciliar interés familiar —del causante— e interés societario, no siempre coincidentes. En estos casos, resulta justificada la pretensión de los socios de determinar las condiciones en que se lleve a cabo la transmisión de las participaciones societarias de sus consocios; transmisiones *inter vivos*, pero también transmisiones *mortis causa*.

La legislación societaria contempla este tipo de acuerdos societarios sobre la transmisión *mortis causa* de participaciones societarias; en general, en el sentido de permitirlos para excluir o modular la aplicación del criterio legal. Ahora bien, estos acuerdos sociales —en su caso, parasociales— ¿son pactos sucesorios? ¿en qué medida son vinculantes para el causante? ¿y para sus sucesores?

La casuística resulta muy abundante. Recuérdese que estos pactos pueden afectar no sólo a la transmisión del valor económico de la participación; también a la transmisión de la condición de socio y/o a la transmisión de

una posición de control de la sociedad no ligada, exclusivamente, a la mera titularidad de una participación societaria (v. gr. socio colectivo frente a socio comanditario). Especialmente interesante me parece la confrontación del art. 15 LSP y del actual régimen catalán de pactos sucesorios.

De acuerdo con el art. 15 LSP, en el contrato social, y fuera de él siempre que medie el consentimiento expreso de todos los socios profesionales, podrá pactarse que la mayoría de éstos, en caso de muerte de un socio profesional, puedan acordar que las participaciones del mismo no se transmitan a sus sucesores. Por tanto, la exclusión de la transmisión de las participaciones en pacto parasocial requeriría el acuerdo de todos los socios profesionales. De entender que estamos ante un pacto sucesorio,²⁷ la aplicación de la legislación catalana implicaría que sólo podrían celebrar este pacto los socios profesionales que además estuvieran unidos por vínculos de parentesco. ¿Y si hay socios profesionales que no formen parte del grupo familiar? Conforme al Libro IV del Código civil catalán, no sólo se excluiría a esos socios de la toma de una decisión respecto de la que tienen un interés legítimo, sino que se impediría el acuerdo, que ha de ser adoptado por unanimidad.

En definitiva, preguntarnos por la admisibilidad de los pactos sucesorios con terceros lleva a contemplar desde una nueva perspectiva el propio concepto de la sucesión contractual y de la función que está llamada a jugar en el moderno tráfico jurídico. Estas consideraciones deberían ser tenidas en cuenta, *lege ferenda*, en el futuro desarrollo del derecho sucesorio catalán, de manera que se amplíe el ámbito de los posibles otorgantes de pactos sucesorios para no entorpecer la aplicación de la sucesión contractual respecto de la transmisión de las participaciones societarias. También en la interpretación de otras leyes autonómicas que, admitiendo los pactos sucesorios, guardan silencio sobre la validez de los pactos sucesorios con terceros.²⁸

²⁷ Expresamente lo califica de pacto de *non succedendo* en relación con terceros García Rubio, M. P., manteniendo que supone una excepción más a lo que es el principio, cada vez menos general, de prohibición de los pactos sucesorios en el derecho estatal (loc. cit., p. 57). Se trata de una cuestión discutida; vid. vid. Sánchez Arísti, R, op. cit., pp. 205-213; y Trigo García, B., «La transmisión de la condición de socio: ¿convivencia del derecho contractual y del derecho sucesorio, o diferencias irreconciliables?», *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Álvarez González, S. (ed.), Servicio de Publicacións Universidade Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, pp. 336-337.

²⁸ Es el caso de la legislación gallega, a propósito de las dudas sobre la admisibilidad de los pactos sucesorios atípicos (cfr. arts. 117.1º y 128 LDCG 1995, y arts. 181 y 209 LDCG 2006). Se manifiestan a favor del reconocimiento de los pactos sucesorios en la LDCG 2006 como *numerus clausus* Rebolledo Varela, A. L., «Comentario al art. 209», *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio)*, Rebolledo Varela, A. L., (coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 905-908, Busto Lago, J. M., «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho

Al respecto, quizá sea necesario un régimen específico de la empresa familiar, pero antes debe determinarse qué se entiende por tal en el ámbito civil. En este sentido, debe insistirse en las dudas que plantea el carácter familiar. Así, si para calificar una empresa de familiar es necesario contar con que la familia propietaria plantee la perdurabilidad de la misma, no existe empresa familiar hasta que se produce la primera transmisión a la siguiente generación.²⁹ Desde esta perspectiva, siempre que se considere, por ejemplo, la sucesión *mortis causa* del socio mayoritario de una sociedad, ¿estaríamos hablando de sucesión de la empresa familiar?³⁰ Sea cual sea la respuesta, ha de recordarse que en esta sucesión está interesada no sólo la familia del causante; también sus consocios, familiares o no, tienen un interés legítimo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- A.A.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, Padova, 1995
- BUSTO LAGO, J. M., «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», RCDI, núm. 706, 2008, pp. 517-578
- CALVO ALONSO, M. A. / CARREIRA SIMÓN, C. / GAMALLO ALLER, J. M.^a, «Comentario a los arts. 219 a 223», *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia (Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pp. 523-532
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-171
- FERRER RIBA, J., «El nuevo derecho catalán de sucesiones», *InDret* 4/2008, pp. 1-2
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El problema competencial en la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales», en *Estudios sobre sociedades profesionales. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales*, Trigo García, B./Framiñán Santas (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 47-60.

Civil de Galicia», RCDI, núm. 706, 2008, pp. 519-521. En cambio, Ordóñez Armán, F. M. / Peón Rama, V. J. / Vidal Pereiro, V. M., «Comentario a los arts. 209 a 213», *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, cit., pp. 342-343, interpretan que estamos ante un sistema de *numerus apertus*.

²⁹ Vid. el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar (loc. cit., p. 26).

³⁰ Resulta oportuno, a estos efectos, recordar la crítica hecha a la Compilación de Aragón por Pelayo Hore, S., loc. cit., pp. 858-859. A propósito de la limitación de los pactos sucesorios a la esfera familiar, recordaba este autor que el carácter familiar de una relación jurídica no depende de la circunstancia subjetiva de que las personas afectadas sean parientes, sino de que la relación tenga que ver con la organización, régimen y estructura de la unidad familiar.

- HERRERO OVIEDO, M., «El renacer de los pactos sucesorios», *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 2009, pp. 199-217
- LÓPEZ LÓPEZ, A., «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, n. 3, 1994, pp. 29-62
- MAGARIÑOS BLANCO, V. «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2005, pp. 3-30
- ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M. / PEÓN RAMA, V. J. / VIDAL PEREIRO, V. M., «Comentario a los arts. 209 a 213», *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia (Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pp. 337-393
- PELAYO HORE, S., «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1967, pp. 819-865
- PUIG FERRIOL, L., «Comentario de los heredamientos», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXVII, vol. 2, *Compilación de Cataluña*, ALBALADEJO, M. (dir.), Madrid, Revista General de Derecho, 1978, pp. 104-346
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario al art. 209», *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio)*, REBOLLEDO VARELA, A. L., (coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 905-914
- REYES LÓPEZ, M^a J., «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa, y la empresa familiar», *Actualidad Civil*, núm. 28, 2003, pp. 771-784
- ROCA SASTRE, R. M^a, «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales», en *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 341-370
- SÁNCHEZ ARISTI, R. *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, Granada, 2003
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Propuesta para un reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 477-541
- SÁNCHEZ GARCÍA, A., «Comentario del derecho de labrar y poseer», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXXII *Compilación de Galicia*, ALBALADEJO, M. (dir.), Madrid, Revista General de Derecho, 1979, pp. 192-209
- TRIGO GARCÍA, B., «La noción de lugar acasariado en la Ley de derecho civil de Galicia. Especial referencia al arrendamiento de lugar acasariado», *Actualidad Civil*, núm. 28, 1999, pp. 797-817
- TRIGO GARCÍA, B., «La transmisión de la condición de socio: ¿convivencia del derecho contractual y del derecho sucesorio, o diferencias irreconciliables?», *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), Servicio de Publicaciones Universidade Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, pp. 324-337
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «Definición de las sociedades profesionales», *Comentarios a la Ley de sociedades profesionales. Régimen fiscal y corporativo*, GARCÍA PÉREZ, R. / ALBIEZ DORMÁN, K. J. (dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 28-54

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

LA SUCESIÓN FORZOSA EN EL LIBRO CUARTO: INCERTIDUMBRES EN TORNO A SU FUNDAMENTO

REBECA CARPI MARTÍN
PROFESORA DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO ESADE
UNIVERSITAT RAMÓN LLULL

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO SUCESORIO ESTATAL. III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO CATALÁN ANTES DEL LIBRO IV. IV. CONFIRMACIÓN DE LA TENDENCIA EVOLUTIVA EN EL LIBRO CUARTO. V. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

No todas las instituciones jurídicas generan, en torno a su fundamento, discusiones tan prolijas y sensibles como la que han generado las legítimas. Por eso, y aunque para la elaboración del ahora recién estrenado Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña partía el legislador catalán de la ventaja de una considerable y consolidada amplitud competencial, tal amplitud, ventajosa para muchas de las instituciones que era necesario diseñar o rediseñar, podía hacer las veces de trampa en este asunto de la sucesión forzosa en general y de las legítimas en particular. Caracterizadas por una periódica tensión, alimentada doctrinalmente, que se remonta a los primeros tiempos de la codificación decimonónica, el legislador se enfrentaba a la disyuntiva, siempre peligrosa, de aferrarse demasiado a la tradición, lastrando la utilidad funcional que debe caracterizar al Derecho civil, o de lanzarse en pos de un progresismo simplista que, adelantándose a las necesidades sociales, le llevase a promulgar un Derecho que, por inadaptado, fuese artificioso y/o de escasa utilidad. Parece que ha salido dignamente airoso de dicho trance, si bien cabe predecir que el futuro volverá a encontrarse ante el mismo dilema que, según parece a todas luces, no tiene visos de finalizar mientras la legítima, como tal, siga existiendo.

Ha de reconocerse, sin embargo, que el debate sobre las legítimas en Cataluña no presenta la virulencia con que en ocasiones se ha planteado

en el Derecho estatal.¹ En el seno de éste último resulta abrumador² el peso de la que es ya una clásica discusión, teñida de componentes ideológicos, morales y de tradición,³ sobre la conveniencia o de mantener la legítima inalterada, modificarla mucho o poco, o suprimirla sin mayor contemplación. En el contexto de ese debate son varios los autores que cuestionan la actual configuración de las legítimas al apreciar una distonía entre lo que consideran puede ser actualmente su fundamento existencial y el régimen jurídico que aún conservan en el Código Civil estatal. La polémica que así se genera, en torno a la pertinencia o impertinencia de las legítimas, no es, como decía, un asunto novedoso. Parte de los argumentos esgrimidos en contra de su subsistencia se remontan a las discusiones previas y coetáneas al proceso codificador decimonónico, apareciendo posteriormente en diversos momentos del siglo veinte⁴ y resurgiendo otra vez en los últimos años —con considerable vehemencia en algunos casos—,⁵ siempre coincidiendo con reformulaciones, más socioeconómicas

¹ Que ha llevado a títulos ciertamente agresivos como el empleado por Carrasco Perera, A. en un breve pero sintomático trabajo sobre el estado de la cuestión titulado «Acoso y derribo de la legítima hereditaria», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, Pamplona, 2003 (tomado de Westlaw).

² Esa es la expresión que emplea Delgado Echeverría, J. «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006, p. 122.

³ Algunos autores rechazan determinadas reformas al sistema legitimario por su falta de arraigo o tradición, lo que confirma que, en esta materia de las legítimas, el Derecho es más que nunca un instrumento que actúa al compás del ritmo de la sociedad, y no a la inversa.

⁴ Como muestra, el planteamiento de Vallet De Goytisolo sobre el estado de la cuestión en el año 1966 («Significado jurídico-social de las legítimas», ADC, T. XIX, enero-marzo 1966, pp. 5-44), y las contribuciones doctrinales, ya en el ámbito del Derecho catalán, en las III Jornades de Dret Català a Tossa, de Clavero, B. «Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de Sucesiones: la primogenitura de la libertad», y de López Burniol, J. J., «Las limitaciones a la facultad de disposición», *Materials de les III Jornades de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar, 1984, pp. 61-89. En la actualidad, tal como destaca Torres García, T. F. «nos encontramos ante una reedición de la rica y compleja problemática sostenida durante todo el período codificador que aunque no desaparecida del todo, a pesar de los años transcurridos ha vuelto a plantearse» («Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006, p. 181).

⁵ Cabe destacar, entre quienes se han pronunciado de manera más contundente contra el actual sistema legitimario estatal, a Calatayud Sierra, A., «Consideraciones en torno a la libertad de testar», *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, enero, 1995, (tomado de Vlex), el breve artículo de Carrasco Perera, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, (tomado de Westlaw), Valladares Rascón, E., «Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. González Porras, F.P. Méndez González), T. II, Murcia, 2004, pp. 4893, Magariños Blanco, V., «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, núm. 9-10, septiembre-octubre 2005,

que jurídicas,⁶ del concepto de la familia y de la función que las legítimas cumplen en el ámbito familiar. No puede ser de otro modo, pues la tensión subyacente en este debate, entre la libertad de testar y legítima, aún teniendo un incuestionable barniz jurídico, se nutre de consideraciones sociológicas y económicas sobre la familia, su composición y la función que desempeñan tanto sus integrantes como la propia institución familiar en la sociedad contemporánea. De ahí la frecuencia, en los estudios más recientes, con que se acude a los datos sociológicos y al análisis estadístico sobre esperanza de vida, edad media para la maternidad, edad de emancipación de los hijos, composición de los hogares españoles, niveles de renta según edades de los individuos y niveles de renta de las familias, a fin de acreditar que la realidad sociológica actual hace temblar el fundamento de la legítima si éste se encuentra anclado en una familia, la del siglo XIX, que hoy no existe.

Y todo ello, finalmente, profundamente marcado por la convicción creciente de que el principio, vital en derecho sucesorio, de la libertad de testar, reclama un fortalecimiento, siendo el sistema de legítimas un lastre a dicha libertad que sólo debidamente justificado encuentra su sentido y utilidad. Lo cierto es que no ha hecho más que plantearse, a tal respecto, el complejo debate acerca de la relación entre el derecho constitucional a la propiedad privada y a la herencia y la relación que con el mismo guarda la legítima, hallándose en el trasfondo de tal cuestión la nada desdeñable pregunta de si el sacro derecho a la propiedad privada y a la herencia, tal como el mismo se proclama a partir del art. 33 de la Constitución española, queda o no desfigurado ante la restricción a las facultades dispositivas que comporta el sistema legitimario estatal.⁷

(tomado de Vlex), o Delgado Echeverría, J., en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2006, p. 122.

⁶ En contra, la opinión de Torres García (*Ibidem*, p. 214), quien coincidiendo con la manifestada en su día por Sánchez Román, afirma que «el problema entre la libertad de testar y la legítima es exclusivamente jurídico y sólo con motivos de esta naturaleza debe ser resuelto».

⁷ No es ése el objeto de esta comunicación, por lo que queda únicamente planteada la duda que asalta al respecto. Contrariamente a la reflexión que aquí se plasma sobre esta cuestión, que toma como premisa la exclusión de los derechos sucesorios forzosos del ámbito de protección constitucional a la propiedad privada y a la herencia del art. 33 CE, algún autor parece apostar por la tesis opuesta, incluyendo en el derecho a la propiedad privada y a la herencia los derechos sucesorios forzosos. Así parece considerarlo López López, A., «El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites», en Moreno Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno vida, M. N. (Dir.), *Comentario a la constitución socioeconómica de España*, Granada, 2002, pp. 279 a 282, si bien, tal como apunta Vaquer Aloy, A. («Reflexiones sobre una futura reforma de la legítima», *InDret*, Barcelona, julio 2007, p. 12), tras lanzar esa afirmación no aporta mayor concreción ni detalle, y al referirse al colectivo de parientes que ostentarían tal derecho reconoce que

II. PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO SUCESORIO ESTATAL

Volvamos al tema que nos ocupa, esto es, la discusión en torno a la razón de ser de las legítimas. En las aportaciones doctrinales recientes sobre el estado de la cuestión emerge, de entrada, la divergencia entre aquellos que optan por considerar desfasada la figura y los que defienden su vigencia. Pero como veremos a continuación, la claridad inicial se torna borrosa en el momento en que detractores y defensores de la institución pretenden acompararla con la realidad social contemporánea, haciendo así patente que, desde una u otra visión, es innegable la necesidad de una revisión en profundidad que la adapte a la sociedad contemporánea.

Entre los primeros, se ha dicho, con cierta recurrencia, que la justificación esencial para la existencia de las legítimas se encuentra en un principio de solidaridad familiar del que emerge un deber asistencial, que se prolonga más allá de la vida, para con determinadas categorías de parientes.⁸ Se trataría, según opina la mayoría de autores que se acercan a esa convicción, de un deber cercano al que sustenta la obligación de alimentos, motivo por el que el régimen de uniformidad actual en las legítimas carece de sentido y resulta incoherente con la realidad familiar a la que sirve.

se adentra en un discurso «extraordinariamente resbaladizo, porque utilizar cánones sociológicos comporta un cierto peligro de arbitrariedad, y, aunque a nosotros no resulte extraño como método la percepción social de lo que las cosas sean, a la hora de deslindar conceptos y correlativa aplicación de las normas constitucionales, todo es muy inseguro en estos terrenos, en un mundo como el nuestro, en acelerado cambio de costumbres y estructura económica» (p. 282). Aún sin pronunciarse de modo explícito, Torres García parece compartir la convicción de López López sobre la extensión de la garantía constitucional del art. 33 a las legítimas (*Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2006, pp. 219-220).

⁸ En este sentido ya en 1951 Royo Martínez, M. *Derecho Sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, p. 182 quien, antes de precisar las diferencias entre la institución jurídica de los alimentos entre parientes y las legítimas, afirma que «las raíces de una y otra institución calan hasta estratos comunes de solidaridad familiar». Recientemente se acercan a esa idea Calatayud Sierra, *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, enero, 1995, (tomado de Vlex), pp. 7-14, De la Esperanza Rodríguez, P., «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Madrid, 2002, p. 1116, Valladares Rascón, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. González Porras, F.P. Méndez González), T. II, pp. 4893-4902, Magariños Blanco, *Revista de Derecho Privado*, núm. 9-10, septiembre-octubre 2005, (tomado de Vlex), pp. 16-26, Delgado Echeverría, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, p. 122-130, Cobas Cobiella, M. E., «Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, -2, número 17, pp. 49- 65, Pérez Escolar, M., «Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código Civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LX, 2007, fasc. IV, pp. 1655-1663 y Vaquer Aloy, A., «Reflexiones sobre una futura reforma de la legítima», *InDret*, Barcelona, julio 2007, pp. 14-19.

Para una parte de los defensores de este planteamiento (CALATAYUD SIERRA, MAGARIÑOS BLANCO, VALLADARES RASCÓN o DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ),⁹ esa afirmación inicial comporta, como lógica consecuencia, la propuesta de supresión del sistema de legítimas y su sustitución por un derecho de alimentos propiamente dicho.

En otros casos, sin embargo, la audacia de las reflexiones iniciales sobre la incoherencia fundamental de la legítima estatal queda a continuación relegada por un sentido de prudencia que lleva a ofrecer propuestas de modificación, en lugar de supresión, del sistema legitimario actual, haciendo patente esa ambigüedad a la que antes aludía. Tal es el sentido de las reflexiones efectuadas por el profesor DELGADO ECHEVERRÍA quien dejando clara su inicial preferencia por una reforma legal que eliminase la legítima, evidencia inmediatamente el riesgo de rechazo social que eso podría comportar, y canaliza su propuesta a la de modificación que corrija las disfunciones que actualmente se generan.¹⁰ Se acerca así a los autores que podemos considerar defensores del sistema legitimario,¹¹ puesto que no reclaman su supresión, pero que son conscientes de las deficiencias funcionales que presenta en su configuración actual, y de la conveniencia de una reforma integral tendente a su flexibilización y recorte¹² o, al menos, de la pertinencia de ciertos ajustes imprescindibles.¹³

Se concretan esas propuestas en las ideas comunes de mantener la legítima como porción hereditaria fija, de hacerla cuantitativamente menor (en el

⁹ *Vid. supra*, nota 8.

¹⁰ «[L]a propuesta más de mi gusto sería suprimir las legítimas tal como las conocemos y sustituirlas por unas limitaciones a favor del cónyuge, determinados parientes e incluso otros allegados en razón de sus relaciones anteriores con el difunto, sus necesidades vitales y la forma en que quedan afectadas por el fallecimiento [...] Pero la inercia es muy grande y podría suceder que una opción como la indicada (suprimir las legítimas), generara rechazo...» (Delgado Echeverría, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, p. 122-130).

¹¹ Como Pérez Escolar, quien considera que la problemática sobre las legítimas «no radica tanto en el cuestionamiento de su propia existencia, en la medida en que el sentido de la legítima como institución, según vamos a ver, no ha desaparecido totalmente, sino en la necesidad de revisar la extensión que alcanzan las cuotas que corresponden a algunos de sus beneficiarios y, quizás, la naturaleza jurídica de tales cuotas» (en *Anuario de Derecho Civil*, t. LX 2007, p. 1656).

¹² Entre los que cabe citar a Vaquer Aloy (*InDret*, Barcelona, julio 2007, pp. 14-18), y Pérez Escolar (en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 1655-1663).

¹³ Sería éste el caso de la profesora Torres García, que aún siendo defensora por principio de las subsistencia de las legítimas, admite la conveniencia de llevar a cabo ciertas reformas en la materia, como la supresión de la legítima de los ascendientes o reducción únicamente a los padres, cierto refuerzo a la posición del cónyuge viudo y variación de la legítima de descendientes (en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2006, pp. 226-227).

caso de los legitimarios descendientes) que la actualmente vigente en el Derecho estatal, de restringir el círculo de parientes beneficiarios de la misma en lo que a ascendientes se refiere y de fortalecer la posición del cónyuge viudo como sucesor forzoso.

A partir de aquí las propuestas divergen en cuanto a la amplitud de las modificaciones sugeridas, y mientras los más prudentes dejan ahí sus planteamientos, otros incluyen, además, la conveniencia de transformar la legítima en un derecho de crédito como el que regula el derecho catalán, suprimir por completo la legítima de todos los ascendientes¹⁴ o prever, en el caso de la legítima del cónyuge viudo, la atribución *ex lege* la que haya sido hasta entonces vivienda familiar,¹⁵ o el incremento cuantitativo de la porción legitimaria que corresponde al viudo.¹⁶

Y todo ello sustentado, implícita o explícitamente, en la convicción de que el familiar beneficiario de esa legítima debe ser un sujeto que potencialmente se encuentre, *ab initio* y en abstracto, en una situación de probable necesidad, que no será necesario acreditar en el caso concreto, a la que el causante hubiera debido hacer frente en vida, o bien, en el caso del cónyuge, y amén de la posible necesidad económica que éste pueda presentar, se trate de una persona que por formar una comunidad vital con el causante deba ser compensada por el desequilibrio que la muerte de éste comporta. VAQUER ALOY¹⁷ lleva a sus últimas consecuencias ese presupuesto objetivo de necesidad, lo que comporta que en su propuesta de rediseño de la legítima los descendientes incluidos sean únicamente aquellos hijos que pertenecen a un grupo especialmente necesitado de protección, esto es, los que todavía no han adquirido independencia económica y los que presentan una situación de incapacidad o de discapacidad. Respecto de estos últimos, no obstante, creo que la discusión discurre por cauces sensiblemente distintos a los que canalizan la problemática global de la razón de ser de la legítima, y merece un trato diferenciado, tal como el propio legislador estatal ha hecho patente con la incorporación mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de especiales medidas de protección a este colectivo en materia de legítimas.¹⁸

¹⁴ En tal sentido Delgado Echeverría (en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, p. 129) y Vaquer Aloy (en *InDret*, Barcelona, julio 2007, p. 18).

¹⁵ Vaquer Aloy, *vid. supra*, nota anterior, p. 16.

¹⁶ Pérez Escolar, *Anuario de Derecho Civil*, 2007, p. 1661.

¹⁷ Vaquer Aloy, *vid. supra*, nota anterior, p. 17-18.

¹⁸ Comentando las medidas de protección mortis causa que establece dicha ley en beneficio de las personas con discapacidad, Cobas Cobiella, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, -2, número 17, pp. 53-59.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO CATALÁN ANTES DEL LIBRO IV

Con menor ímpetu se trasladan esas discusiones al ámbito del Derecho sucesorio catalán y al de otros derechos autonómicos, probablemente por ser característica de tales ordenamientos en su régimen sucesorio, en mayor o menor medida, la de ser sistemas legitimarios menos constrictores de la libertad de testar.¹⁹ Podríamos decir que ese ha sido un rasgo especialmente destacado como seña de identidad del derecho sucesorio catalán por la doctrina que se ha ocupado del tema,²⁰ y fue motivo importante de las discusiones que, dentro del proceso codificador decimonónico, dividieron a la doctrina, precisamente por tratarse de un asunto, éste de la sucesión forzosa, de clara divergencia en los derechos, por aquél entonces, forales, y el proyecto de Código Civil español.²¹ Al respecto se ha llegado a decir, incluso, y en relación al diseño de la legítima en el proyecto de Código español de 1851, que «derribaba el conjunto de la arquitectura del Derecho sucesorio en Cataluña, dado que conducía necesariamente a un reparto entre los herederos forzosos de los bienes familiares; un reparto que, como ya hemos dicho con anterioridad, se interpretaba desde la sensibilidad catalana como un proceso de liquidación familiar».²²

Sirva la anterior afirmación, simplemente, para hacer evidente la considerable distancia entre el sistema de legítima extensa del Derecho estatal y el de legítima corta del Derecho catalán que, amén de la trascendencia que se le ha atribuido en el desarrollo económico de la sociedad catalana de los últimos siglos, sigue presentando una flexibilidad que ha permitido su pacífica permanencia.

¹⁹ Tal como relataba Clavero, B. «[a] la misma Cataluña le cabía representar, con un régimen de legítima corta, el virtuoso término medio, pero ya tendía a situarse más cerca del extremo de la extensa libertad de Navarra, Aragón, Vizcaya y Alava que del contrario de la extrema restricción representada por Castilla: el principio de libertad lo encarnarían frente a ésta el conjunto de regiones de fuero» («Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad», en *Materials de les III Jornades de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar, 1984, p. 12).

²⁰ Véase, entre otros, Roca Trías, E., «La evolución del Dret català de família fins a la present Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família» en *El Dret Comú i Catalunya*: actes del IX Simposi Internacional, Barcelona, 2000, pp. 149-153, y 159-165.

²¹ A este respecto destaca Pérez Collados, J.M. (El derecho catalán de sucesiones en vísperas de la codificación, Madrid, 2005, (tomado de Vlex) con relación al Proyecto de Código Civil de 1851, que «independientemente de las razones, políticas y el conflicto económico subsistente en relación con esta cuestión (que puede explicar en algún grado la acritud de la oposición a la codificación planteada desde Cataluña), lo cierto es que el Proyecto de Código de 1851, en sede de Derecho de sucesiones, implicaba un atentado contra el sentido tradicional de la familia catalana» (p. 336).

²² Pérez collados, *ibidem*, p. 365.

Pero aún así, siquiera de manera más pausada, el debate sobre la pertinencia actual de la legítima también se viene planteando hace un tiempo en el Derecho catalán, al hilo de la cuestión, más amplia, del cambio estructural de la familia catalana a la que servía naturalmente ese sistema legitimario, cambio motivado por la completa alteración del entorno socioeconómico en el que dicha familia se desenvolvía. Alterada esa realidad familiar en la que tenía sentido la legítima catalana, la doctrina se viene preguntando si la legítima sigue siendo una institución, no sólo útil, sino conveniente. Lo planteaba, ya en 1981, PUIG SALELLAS,²³ y lo reiteraba con contundencia LÓPEZ BURNIOL en 1983, quien claramente afirmaba que si en Cataluña se suprimiese la legítima la estructura social permanecería inalterada,²⁴ si bien dicho autor se posicionaba a continuación como defensor de la pervivencia de la legítima con algunas modificaciones. Finalmente, SALVADOR CODERCH, que ya en 1994 apostaba por lo que llama una legítima «moderna y redimensionada» que acabe finalmente convertida en un derecho alimentario.²⁵

La sensibilidad mostrada por esos autores catalanes respecto a la reformulación de la legítima catalana encontró cierto reflejo en la reforma de la legítima realizada a través de la Llei 8/1990 del Parlament de Catalunya, de 9 de abril, de Modificació de la Regulació de la Llegítima. Ya entonces parece haberse planteado el legislador, como opción plausible, la de la supresión de la legítima, según cabe interpretar, *a sensu contrario*, de la frase contenida en la exposición de motivos de dicha ley en la que afirma que «*De las distintas opciones posibles, se ha elegido la que conserva la institución de la legítima, si bien se establecen algunas modificaciones en la regulación de la misma*». De la revisión de aquel texto legal resultaba evidente que las modificaciones introducidas tendían al debilitamiento de la legítima, tal como apreciaba FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO al comentar dicha reforma, destacando como principal fundamento de la misma el de «*fortalecer la libertad de disposición del testador y, consiguientemente, de desembarazar al heredero o herederos, a un máximo nivel, de las trabas que puedan aportar los derechos legitimarios*».²⁶ En efecto, en esa reforma se suprimen la afección real con que se garantizaba la legítima en la Compilación y también la legítima de ascendientes

²³ «Les relacions econòmiques entre esposos en la societat catalana d'avui», *RJC*, 1981, pp. 407-414).

²⁴ *Materials de les III Jornades de Dret Català a Tossa*, 1984, p.83.

²⁵ Salvador Coderch, P., Lloveras i Ferrer, M., Seuba i Torreblanca, C., «Amor et caritas. La parella de fet en el Dret successori de Catalunya» en *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, Barcelona, 1994, p. 221.

²⁶ «Nueva regulación de las legítimas», *Revista La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 1, p. 704.

distintos a los progenitores, mientras que por otro lado se reduce el plazo de prescripción de la acción para reclamar la legítima al de quince años, de acuerdo con los plazos aplicables a las acciones personales, todo ello en armonía con lo manifestado por la doctrina catalana inmediatamente anterior, tal como pone de relieve poco después JOU I MIRABENT, L. en relación al anterior Código de Sucesiones: *«el legislador catalán de los años ochenta ha hecho suyas, con timidez pero con claridad, las demandas doctrinales que —desde el Congr s Jurídic Català, pero muy en especial en las sucesivas ediciones de las Jornades de Dret Català a Tossa— pedían con mayor o menor vehemencia la supresión o el debilitamiento de la legítima»*.²⁷

En el Código de Sucesiones se recogieron las modificaciones recién introducidas por la Llei 8/1990 en materia de legítima y se dio un paso más, sutil pero significativo, en lo que ya aparece como progresiva metamorfosis de las figuras que conforman la sucesión forzosa en Cataluña. Así, en el preámbulo de la Llei 40/1991, del Codi de Successions, el legislador catalán, al referirse al cambio de ubicación sistem tica de las legítimas, la cuarta vidual y las reservas (suprimidas definitivamente en el Libro IV del CCCat), aclara que *«ha optado, pues, por calificar estas tres instituciones no desde la óptica de la limitación a la libertad de disponer, sino desde la del beneficiado, es decir, no desde la óptica del causante o del disponente, sino desde la óptica del legitimario, del viudo o del reservatario»*.²⁸

Tras esa afirmación subyace la idea de que en la sucesión forzosa en general, y las legítimas en particular, el peso descansa, sobre todo, en la atribución que comportan para un sujeto al que se califica de «beneficiado», y no de titular. Eso deja entrever, en mi opinión, que el legislador catalán concibe esas instituciones como remedios ante una situación en la que se presume la existencia de necesidad, o desequilibrio a consecuencia de la muerte del causante, en determinados sujetos parientes del mismo. Deja con ello bastante claro que en Cataluña, aunque sea paulatinamente, la sucesión forzosa va haciendo transición hacia un fundamento asistencial y/o compensatorio. Paralelamente se abandona, así, una posible justificación basada ya en un deber natural de dar cierta continuidad patrimonial a

²⁷ «Comentario al artículo 350» en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*. Ley 40/1991, de 30 de diciembre, T. II, Barcelona, 1994, p. 1189.

²⁸ Probablemente haya influido esa precisión del legislador en la tendencia de la doctrina catalana en los últimos años, tal como menciona el profesor Lamarca en su ponencia de estas XV Jornades, a insistir «en que la legítima es qualifica m s com un dret en favor de determinats parents que com un fre a la llibertat de testar» (Lamarca i Marqu s, A., Ponencia «Relacions familiars i atribucions success ries legals. Novetats en la regulació de la legítima i la quarta vidual», XV Jornades de Dret Català a Tossa, 2008).

la familia, ya en un deber moral de reconocer y dar valor económico a la pertenencia de los sujetos legitimarios al grupo familiar del causante.

Como algunos de los autores antes aludidos, el legislador, en ese proceso de transformación de la legítima y de la sucesión forzosa, se muestra prudente y extrema las cautelas ante el riesgo de incurrir en innovaciones que desentonen con el clima social del momento, extremadamente sensible en materias como ésta. Así puede observarse, también, en el Libro IV, tal como se plasma a continuación.

IV. CONFIRMACIÓN DE LA TENDENCIA EVOLUTIVA EN EL LIBRO CUARTO

La nueva regulación en el Libro Cuarto ha mantenido la institución de la legítima, dentro de la categoría de los derechos sucesorios *ope legis*, introduciendo algunos cambios. Vuelve a insistir el Preámbulo de la Llei 10/2008 en la idea ya recurrente de que tales cambios plasman la tendencia secular a debilitar las legítimas y a restringir las posibilidades para su reclamación, precisamente por la constricción a la libertad de testar que comportan. Nuevamente, parece que el legislador se muestra temeroso de dar un salto cualitativo, y, como ya destacaba VAQUER ALOY respecto del anterior proyecto, las reformas, en general, no son de gran trascendencia, pues afectan sobre todo a las operaciones de computación e imputación de donaciones y al acortamiento, en línea con el diseño general de prescripción y caducidad en Cataluña, del plazo prescriptivo de la acción de reclamación de legítima.

No obstante, y a pesar de lo moderado de los cambios introducidos, se vislumbra en algunas de las novedades introducidas el avance en esa línea, ya apuntada, de sustentar los derechos sucesorios forzosos en un supuesto deber asistencial o compensatorio para con ciertos parientes. Así puede deducirse, por ejemplo, de la previsión, en sede de imputación de donaciones, del carácter de imputables de las hechas por el causante a favor de los hijos para que puedan adquirir su primera vivienda o emprender una actividad profesional, industrial o mercantil que les proporcione independencia personal o económica (art. 451-8.2 a) CCCat). Sin perjuicio de los defectos achacables a la norma por su ambigüedad, certeramente comentados por LAMARCA I MARQUÉS,²⁹ lo cierto es que la normativa se acerca, con tal previsión, a los argumentos en los que varios de los autores citados se apoyan para justificar una revisión de las legítimas que las acerquen a derechos de carácter alimenticio o asistencial

²⁹ *Ibidem*, nota anterior.

en los que se tenga en cuenta, además, lo que los hijos hayan recibido ya en vida de sus progenitores con fines de contribución a su independencia económica.³⁰ Por lo que respecta a la novedad que supone la reducción de las donaciones computables a las de los diez años anteriores a la muerte del causante, según prevé el art. 451-5 letra b (con la excepción relativa al carácter computable de todas las donaciones imputables), sin que quepa buscar en tal previsión una conexión evidente con un posible fundamento asistencial de la legítima, lo cierto es que sirve para confirmar el rechazo del legislador a la restricción de las facultades dispositivas que las legítimas comportan, de donde resulta, al menos, su coherencia con la transición hacia un nuevo fundamento que subyace en la sucesión forzosa.

Como modificación que el Preámbulo destaca se encuentra la inclusión, entre las causas de desheredación, de la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si ello se debe a causa exclusivamente imputable a este último (art. 451-17 letra e). No parece descabellada esa causa que, además, armoniza plenamente con un modelo familiar más sustentado en vínculos afectivos y menos en el estricto parentesco, por lo que se aviene mejor con un fundamento asistencial de la legítima a los parientes con quienes se forjan esos vínculos afectivos de manera estable, si bien hubiera sido preferible omitir el término «*exclusivamente*» dada la dificultad probatoria que puede comportar algo tan sutil como acreditar si la falta de relación es culpa sólo de uno, el legitimario, o pueden repartirse los porcentajes (alguno podría recurrir a aquello de que dos no discuten si uno no quiere para convertir esa prueba en casi imposible). A buen seguro se acabará diluyendo en la aplicación práctica del precepto que servirá, de modo general, a todos aquellos supuestos en que la relación familiar se quiebra por motivos atribuibles a ambos sujetos, aun cuando esos motivos pesen más del lado del desheredado que del lado del causante.

No se alteran sustancialmente, en la nueva ordenación, las categorías de legitimarios, así como tampoco la institución de la cuarta viudal, como fórmula de atribución *ope legis* al cónyuge en situación de necesidad, que bien puede ubicarse en ese supuesto principio de solidaridad familiar al que tiende la sucesión forzosa en Cataluña. Aún así, el del cónyuge sigue siendo

³⁰ Destaca Carrasco Perera lo infundado de la legítima tradicional en una sociedad en la que «es ya muy posible que los hijos hayan recibido en vida bienes bastantes de los padres –especialmente la inversión paterna en educación superior, que en el Código Civil no se consideraba pago de la legítima en vida, o el pago de alimentos no debidos, por haber llegado el hijo con exceso a su mayoría de edad– como para haber colmado toda expectativa sucesoria razonable» (*Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, tomado de Westlaw). En parecidos términos, Pérez Escolar (en *Anuario de Derecho Civil*, t. LX 2007, p. 1657).

un asunto pendiente de reflexión en nuestro ordenamiento, atendido el actual contexto sociológico y el dato innegable de ser, en la mayoría de los casos, el más perjudicado afectiva y patrimonialmente por el fallecimiento del causante.³¹ El cónyuge continúa sin ser legitimario, lo cual tiene trascendencia, si se quiere simbólica, al hacer evidente que no goza del mismo *status* en el ámbito familiar que parientes que, probablemente, no conviven con el causante (habida cuenta, entre otras cosas, de que debido a la alta esperanza de vida actual los hijos habrán salido del hogar familiar hace años). Recibe, en general, una atribución menor que los que ostentan la categoría de legitimarios y tienen asignada por tanto una porción fija, y ello aún siendo la posición del cónyuge plenamente coherente con la razón de ser actual de la sucesión forzosa, mientras se mantiene sin restricción ni selección a toda una categoría de legitimarios por razón de parentesco que, de acuerdo con las dinámicas familiares actuales, podrían no responder a ese fundamento. Bien cabe preguntarse si el «*fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia*» que subyace en la misma, según el Preámbulo de la Ley 10/2008, no admitirían con mayor motivo la atribución de legítima al cónyuge viudo que a unos descendientes que, en la mayor parte de los casos, se encuentran en su mejor momento profesional y económico cuando se produce el fallecimiento de sus progenitores ancianos. Y es que puestos a mantener la legítima como porción fija, que puede sustentarse en una objetivamente presumible situación de necesidad en sus beneficiados, no se comprende bien por qué para el cónyuge ese presupuesto de necesidad se transforma en presupuesto subjetivo, que debe acreditarse efectivamente en el caso concreto de acuerdo con los parámetros del art. 452.1.

No olvidemos, por otra parte, que el mismo Preámbulo menciona, en referencia a los hijos legitimarios, que en la sociedad contemporánea prevalece el interés a procurarles una formación sobre el interés a garantizarles un valor patrimonial cuando falten los progenitores. Tal reflexión pone en evidencia que el propio legislador parece estar pensando, al referirse a los hijos como legitimarios, en unos hijos aún no independizados económicamente de sus padres, siendo ese el menos frecuente de los casos en que se desencadena el derecho a legítima que, como decía, suele darse respecto de unos padres ancianos a favor de unos hijos que se encuentran en la cima de su desarrollo laboral.

Y con mayor razón, y precisamente por mantenerse sin distinciones la categoría de hijos y descendientes como legitimarios, parece acertado

³¹ Sobre el tema realiza un análisis completo, centrada en el Derecho estatal, Pérez Escolar (en *Anuario de Derecho Civil*, t. LX 2007, pp. 161641-1677), y son interesantes las reflexiones de Vaquer Aloy (*InDret*, Barcelona, julio 2007, pp. 16-18).

el mantenimiento del derecho a legítima de los progenitores, a pesar de las voces que se alzan en otro sentido³² o de las recientes reformas en ordenamientos cercanos, como la acontecida en Francia (que entró en vigor en enero de 2007), suprimiendo la legítima de los ascendientes.³³ En los supuestos en que los legitimarios son los ascendientes, será más probable que, o bien el hijo fallecido fuese muy joven, y el caudal relicto que ostente lo hubiese adquirido con la mediata o inmediata colaboración de sus progenitores, con lo que cabe considerar aplicable en tal caso un fundamento compensatorio en tales casos,³⁴ o bien, si el hijo ya disfrutaba de autonomía económica, los padres estén en edades avanzadas en las que el desarrollo de su vida cotidiana exija mayor esfuerzo económico y se encuentren, o vayan a encontrarse en breve, en situación de jubilación. Aun cuando los poderes públicos proporcionen cobertura sanitaria, social y económica al sector de población de edad más avanzada, no es extraño que se de un empeoramiento económico en este estadio vital que justifica la atribución de legítima más que en muchos de los supuestos en los que la condición de legitimarios corresponde a los descendientes. Es por ello que, mientras se mantenga la institución de la sucesión forzosa a favor de categorías fijas de parientes, parece ajustado mantener entre esas categorías la de los ascendientes.

Al legislador catalán, sin embargo, parece haberle seducido, siquiera levemente, la opción de debilitar más la legítima de los ascendientes que la de los descendientes, aspecto éste de la nueva regulación que considero poco acertado. Como muestra, la única modificación que respecto a la renuncia anticipada a la legítima (como pacto en vida) ha encontrado acomodo en el Libro Cuarto, en el art. 451-26.2 letra b. Si en el frustrado Proyecto de ley del libro cuarto que precedió a éste se ampliaban demasiado

³² Entre los que debaten acerca del fundamento actual de la legítima y su posible revisión, es frecuente la propuesta de supresión de la legítima de los ascendientes. Así lo hacen, entre otros, Delgado Echeverría (en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2006, p. 129), Valladares Rascón (en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. González Porras, F.P. Méndez González), T. II, p. 4901) o Vaquer Aloy (*InDret*, julio 2007, p. 15). Incluso entre los que defienden con firmeza la vigencia de la legítima estatal tal como se configura actualmente, aparecen propuestas de supresión de la legítima de los ascendientes. Así, Torres García (*Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2006, p. 226).

³³ Comentando dicha reforma Pérez Escolar, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LX, 2007, p. 1660.

³⁴ Además de que, tal como destaca Pérez Escolar (*Ibidem*), cabe considerar como razonables las expectativas sucesorias de esos ascendientes, razonables, «sobre todo si las concebimos en unos términos de reciprocidad en relación con lo que se da y se recibe entre padres e hijos que sí nos permitirían hablar de determinado tipo de obligación moral de estos últimos con respecto a los primeros».

las posibilidades de renuncia anticipada, ahora se restringen en demasía o, más bien, de modo poco coherente con la cooperación y ayuda familiar que parece sustentar la institución de la legítima, al menos cuando el titular de esa legítima es el ascendiente, al admitirse los pactos en que son los progenitores quienes renuncian a la futura legítima en la herencia de sus hijos pero no el pacto inverso.³⁵ Una cosa sería que en nuestro actual contexto social se aceptase que legalmente sólo fuesen garantizados los derechos sucesorios forzosos en atención a las circunstancias de necesidad del sujeto legitimario en el momento de la muerte del causante, pudiendo valorarse, además, si dicha muerte agrava o provoca la necesidad de protección. No obstante, no se ha recorrido este camino y, antes al contrario, en el caso de los progenitores se avanza en el sentido opuesto, al admitir pactos de renuncia por parte de los progenitores sin tener en cuenta la situación de necesidad en la que, al morir el descendiente, pueda encontrarse el progenitor, lo que contradice ese posible fundamento de la solidaridad entre generaciones, al menos, en sentido ascendente.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con toda probabilidad, un cambio radical en materia de sucesión forzosa hubiera sido, cuanto menos, arriesgado, y podía haber incurrido en esos riesgos de progresismo simplista y artificial que anunciaba anteriormente. Aún así, algunos pasos más osados podían haberse dado sin que eso hubiera supuesto una metamorfosis total que desentonase con el contexto social. Es por ello que, aún no siendo negativa la valoración de esta reforma, pues, siquiera lentamente, avanza, creo que sigue siendo esencial la reflexión y debate sobre la conveniencia de un rediseño integral del sistema de legítimas, como banco de pruebas de futuras reformas legales como las que exigirá, con toda certeza, una materia que, por estar fuertemente imbuida de las convicciones sociales, morales y éticas que sobre la familia y su funcionalidad imperan en cada momento, precisa de regulares actualizaciones normativas, que aseguren el equilibrio y acompasamiento entre el ordenamiento jurídico y la sociedad a la que como instrumento de ingeniería aquél ha de adaptarse.

³⁵ Se mantiene la posibilidad de pacto de renuncia a posibles suplementos cuando el descendiente recibe de su ascendiente bienes o dinero en pago de su futura legítima (art. 451-226.2c) que ya reconocía el art. 377 CS.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LEGÍTIMA EN LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA*

NEUS CORTADA
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSITAT DE LLEIDA

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE LEGÍTIMA EN LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA. LA RATIFICACIÓN DE LA CONCURRENCIA ENTRE LEGÍTIMA Y SUCESIÓN INTESTADA. II. LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: LA CUALIDAD DE LEGITIMARIO. 1. La legítima como derecho del legitimario. 2. La legítima como derecho legal. 3. La legítima como derecho legal del legitimario que puede atribuir el causante. 4. El carácter necesario de la legítima. 5. La legítima es un derecho patrimonial de contenido cuantitativo. 6. La cualidad de legitimario es ajena a la clase de sucesión. III. LA CUALIDAD DE LEGITIMARIO EN SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN SUCESORIA ABINTESTATO. 1. La doble cualidad de legitimario y sucesor legal en un único sujeto. 1.1 El heredero legal/legitimario frente a las atribuciones inoficiosas: la acción de inoficiosidad como acción de reclamación de legítima (art. 451-24 CCCat). 1.2 El heredero legal/legitimario frente al usufructo del cónyuge viudo o conviviente en unión estable de pareja superviviente. El artículo 442-4 CCCat: la extensión del usufructo a la legítima. 2. La cualidad del legitimario frente al sucesor legal. 2.1 El artículo 442-3.2 CCCat: la sucesión del cónyuge superviviente. 2.2 La sucesión intestada del causante impúber (art. 444-1 CCCat).

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE LEGÍTIMA EN LA SUCESIÓN INTESTADA EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA. LA RATIFICACIÓN DE LA CONCURRENCIA ENTRE LEGÍTIMA Y SUCESIÓN INTESTADA

Aunque en sus orígenes la legítima aparece estrechamente vinculada a la sucesión testada, en la actualidad, la presencia de la legítima cuando la sucesión es intestada resulta una realidad incuestionable.

* Este trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de Investigación consolidado «Dret Civil Català i Dret Civil Europeu» (AGAUR 2005-Nº2005SGR00199).

Así se desprende de la vigente legislación catalana en materia de sucesiones donde, al margen de la concreta regulación de la legítima, se enfatiza su naturaleza legal desvinculándola de la sucesión voluntaria. Su ubicación en el Título V del reciente Libro IV del Código Civil de Cataluña bajo la rúbrica «Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley» ratifica¹ claramente la voluntad del legislador de quebrar todo vínculo necesario de la legítima con la sucesión voluntaria, destacando, además, su origen legal.

Así pues, la legítima constituye un derecho legal del legitimario:

- es legal su misma aparición, que se origina por la mera concurrencia de determinados hechos i circunstancias señalados por la ley —muerte del causante, presencia de activo en la sucesión, existencia y capacidad de los sujetos legitimarios—;
- es legal su contenido, totalmente configurado por la ley —objeto, garantías, pago, extinción—.

Es pues la figura del legitimario y no la voluntad del causante, el referente en el ámbito de la legítima: todo sujeto legitimario gozará,² a la muerte del causante, del derecho a obtener un determinado contenido patrimonial en su sucesión. Derecho atribuido por la propia ley, inherente a la cualidad de legitimario y al margen de la concreta voluntad del causante.

La consideración de la legítima como un derecho legal y necesario a la obtención de un valor, como se desprende de la redacción del art. 451-1 CCCat impide que el hecho voluntario de no testar prive al sujeto de su derecho. La sucesión intestada no puede ni debe constituir un medio eficaz para el fraude de la legítima.

Pero no sólo eso, sino que la delación legal abintestato realizada a un sujeto legitimario implicará atribución de legítima y se imputará a ella³ constituyendo, así, uno de los posibles títulos atributivos.

Sin embargo, la no correspondencia entre el orden de los legitimarios y el orden legal sucesorio comportará que el título *abintestato* no resulte, en todos los casos, plenamente satisfactorio del derecho a la legítima del legitimario. Es más, el contenido reglado de la legítima, va contribuir a dicha insatisfacción.

¹ Se sigue así la sistemática introducida por el Código de Sucesiones.

² Cuando se cumplan los requisitos necesarios.

³ Argumento *ex. art.* 451-7.1 CCCat: «La institución de heredero y el legado a favor de quien resulte legitimario implican atribución de legítima, aunque no se exprese así (...)».

Toma sentido, en consecuencia, la previsión del art. 441-2.1 CCCat en sede de sucesión intestada:

«En la sucesión intestada, la ley llama como herederos del causante a los parientes por consanguinidad y por adopción y al cónyuge viudo o al conviviente en unión estable de pareja superviviente en los términos, con los límites y en los órdenes establecidos por el presente código, *sin perjuicio, si procede, de las legítimas*».

Así pues, los términos, los límites y los órdenes fijados para la sucesión intestada, nunca podrán perjudicar el derecho de legítima cuando proceda: el carácter necesario de la legítima impedirá que su contenido y su propia atribución resulten lesionados.

Sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo se analiza, a continuación, partiendo de la configuración de la cualidad del legitimario, los supuestos concretos en que el derecho de legítima incide en la sucesión intestada, su articulación y el detalle de los mecanismos legales que la ley concede al legitimario para su protección.

II. LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: LA CUALIDAD DE LEGITIMARIO

2. La legítima como derecho del legitimario

Cabe señalar, en primer lugar, la configuración de la legítima como un *derecho del legitimario*.

En el derecho catalán es el legitimario quien goza del derecho a recibir la legítima sin que el causante resulte compelido a su atribución. No constituye, la atribución de la legítima, un deber del causante.

Así, si el causante no realiza dicha atribución, el legitimario con derecho a la legítima podrá dirigirse contra determinados sujetos señalados por la ley para exigirles aquello que por legítima le corresponda.

La ley otorga, pues, al legitimario, un derecho, ligado evidentemente a la sucesión, pero que no va a depender de la voluntad del causante ni de su actuación.

Consecuencia directa de ello va a ser la desvinculación de la legítima de la sucesión testada: si la atribución de la misma no requiere actuación del causante, la legítima no debe circunscribirse única y necesariamente a

dicha sucesión. Así, y en general, la legislación en materia de legítima va a hacer referencia al causante y no, específicamente, al testador.

2. La legítima como derecho legal

Se mantiene como elemento esencial el origen legal de este derecho: es la ley la que crea y tutela el derecho del legitimario sobre la sucesión de su causante.

En este sentido, la legítima constituye un *derecho legal del legitimario*: es *legal* su propia existencia, porque se origina por la sola concurrencia de determinados hechos y circunstancias señalados por la ley; y también es *legal* su contenido, totalmente configurado por la ley.⁴

Así, y a tenor de la regulación del Código Civil de Cataluña, el derecho de legítima surgirá únicamente cuando concurren tres circunstancias:

- En primer lugar, la *muerte* del causante (*arg. ex art. 451-2.1 CCCat*): el derecho a la legítima va a surgir únicamente a la muerte del causante ya que constituye un derecho sucesorio. Así, en vida del causante el legitimario no gozará más que de una expectativa de derecho sobre la cual no podrá, en consecuencia, operar.⁵
- En segundo lugar, la existencia de *activo* en su sucesión (*arg. ex arts. 451.5 CCCat*). Es decir, el derecho del legitimario consistirá exclusivamente en la percepción de una cuantía patrimonial.

Ahora bien, cabe matizar el concepto de activo ya que, atendiendo fundamentalmente al señalado artículo 451.5 CCCat, debemos hablar de un activo amplio o cualificado; así, el cómputo del mismo, a los efectos del cálculo de la legítima va a realizarse añadiendo —idealmente— al *relictum*, el valor de la donaciones computables realizadas en vida por el causante, el *donatum*.

- Y, en tercer lugar, la existencia de un sujeto que ostente la *cualidad de legitimario* (arts. 451-3 y 4 CCat.), es decir, de un sujeto ligado por determinados vínculos de parentesco —en realidad, de

⁴ La ley dota de contenido a este derecho al establecer su régimen jurídico respecto de su objeto (arts. 451-1 y 451-2 CCCat), los sujetos (arts. 451-3 y 451-4 CCCat), el pago (arts. 451-5 y 451-6 CCCat), las garantías (art. 451-15 CCCat), y también, la extinción (art. 451-25 a 27 CCCat).

⁵ En concreto el art. 451-2.1 CCCat, resulta claro en su formulación de dicha expectativa cuando dispone: «El derecho a legítima nace en el momento de la muerte del causante. Antes de ese momento no puede embargarse por deudas de los presuntos legitimarios». Del mismo modo, el art. 451-26.1 CCCat, establece, en general y salvo excepciones, la nulidad tanto de la renuncia, como de todo pacto o contrato sobre la legítima no deferida.

filiación— con el causante, y que además, a la muerte del mismo ostente los requisitos necesarios de capacidad.

3. La legítima como derecho legal del legitimario que puede atribuir el causante

El propio artículo 451-1 CCCat, faculta al causante para satisfacer *a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación o de cualquier otro modo* el derecho de legítima.

Dicha facultad debe entenderse exclusivamente como uno de los diferentes instrumentos jurídicos de satisfacción del derecho; como uno de los medios de atribución de la legítima.

De utilizarse dicho mecanismo, la legítima va a adquirirse a través del título atributivo elegido por el causante, —*inter vivos* o *mortis causa*, universal o particular— y va a adoptar, por ello, su naturaleza. En ese caso, la adquisición del contenido patrimonial de la legítima va a derivar de la voluntad del causante manifestada mediante el título de atribución.

Aún así, y como señala el propio Código, dicha atribución nunca va a perder su condición de atribución de legítima por lo que gozará de una doble naturaleza: por un lado, la del medio atributivo, por el otro, la naturaleza de la misma legítima.

Por otro lado, es voluntad del legislador que, al margen del título utilizado, cualquier atribución del causante al sujeto legitimario tenga aptitud para constituir atribución de legítima; es más, si el causante no lo establece al realizar cualquier atribución a un sujeto legitimario, será la propia ley la que la que va a considerar que dicha atribución constituye atribución de legítima y va a imputarla a la satisfacción del derecho de legítima (art. 451-7.1 CCCat).

Caso que el causante no realice una atribución plenamente satisfactoria del derecho del legitimario, derivaran de la propia ley los medios necesarios para que dicho legitimario vea satisfecho su derecho. Lo veremos a continuación.

4. El carácter necesario de la legítima

Como aspecto fundamental de la legítima debe destacarse su consideración como *derecho necesario*: la legítima está regulada por normas coactivas que sustraen o eliminan cualquier injerencia en su contenido.

Entiéndase bien, no son normas dirigidas a su necesaria atribución, sino que, al contrario, son normas dirigidas a su preservación. No son pues, normas dirigidas al causante, sino normas destinadas a la protección del derecho del legitimario al que van a atribuirse los instrumentos legales pertinentes pasa su completa satisfacción.

Su carácter necesario va a comportar que no se permita alteración alguna de su contenido legal, contenido que, como veremos, debe considerarse exclusivamente cuantitativo. Si esto sucediera, la ley va a otorgar al legitimario acciones para reclamar la integridad de su derecho.

Precisamente por su carácter de derecho necesario del legitimario, debe ser reconocido también en la sucesión intestada, es decir, al margen de cual sea el tipo de sucesión en que se produzca.

5. La legítima es un derecho patrimonial de contenido cuantitativo

Tal como se señala en el artículo 451-1 CCCat, la legítima constituye un derecho del legitimario a la obtención de un valor patrimonial en la sucesión de su causante. La cualidad de legitimario reporta a su titular únicamente el derecho a un valor.

Así pues, la legítima catalana carece de las dos manifestaciones del denominado contenido cualitativo que, por un lado, atribuye al legitimario la condición de heredero forzoso y, por otro, impide todo gravamen sobre los bienes que le son atribuidos en la sucesión en concepto de legítima.⁶

De este modo, el legitimario puede ver satisfecha su legítima por cualquier título, sin que resulte necesario, en el derecho catalán, su institución como heredero: el legitimario no es, en ningún caso, un heredero necesario o legal.

Pero además, no solo eso, sino que, en el derecho catalán va a resultar posible el establecimiento de gravámenes o limitaciones sobre los bienes atribuidos en concepto de legítima siempre y cuando dicho gravamen no afecte —no lesione— su contenido cuantitativo, es decir, el propio derecho.

6. La cualidad de legitimario es ajena a la clase de sucesión

El Código Civil de Cataluña recoge el testigo del Código de Sucesiones en el que se desvanecía el último escollo para afirmar la existencia de legítima en la sucesión intestada: la regulación de la legítima se sustraía de las

⁶ Ampliaremos, al tratar del usufructo viudal, esta afirmación.

disposiciones relativas a la sucesión testada recogándose bajo el epígrafe «Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley» (Tit. V) junto a la cuarta vidual, dejando constancia, a su vez, de su origen legal.

Este hecho estrictamente formal, tuvo una decisiva influencia en el reconocimiento del derecho de legítima en la sucesión intestada, pues permitía ya admitir, sin ninguna reticencia, el derecho de legítima cuando la sucesión era intestada. Así, apartando a la legítima de la sucesión testamentaria quedaba a salvo el respeto al vigente principio de incompatibilidad entre ambos tipos de sucesiones.

La consideración de la legítima como un derecho legal —atribuido por la ley— y necesario —que no puede ser obviado— a la obtención de un valor, impide que, el hecho voluntario de no testar, prive al sujeto legitimario de dicho derecho.⁷ La sucesión intestada no debe constituirse en medio hábil para el fraude de legítimas.

Por otra parte, y, como ya hemos señalado, cualquier atribución patrimonial realizada a un sujeto que ostente la cualidad de legitimario, implicará atribución legal de legítima y se imputará a ella. Así, siendo la legítima un derecho a la percepción de un valor, resultará indiferente el medio utilizado para su atribución: la delación legal o abintestato constituirá únicamente uno de los posibles títulos atributivos.⁸

En la sucesión intestada, la designación legal del heredero hecha a un sujeto legitimario, funcionará como título atributivo de legítima; constituirá únicamente otro de los mecanismos o instrumentos de atribución del derecho de legítima.

III. LA CUALIDAD DE LEGITIMARIO EN SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN SUCESORIA *ABINTESTATO*

En general, la presencia de la legítima en la sucesión intestada, aceptada ya por el Código su compatibilidad institucional, no debería tener mayor trascendencia que la afirmación de su coexistencia: los sujetos legitimarios,

⁷ Como señala Espejo Lerdo de Tejada, M., *Sucesión Intestada y Legítima*, Madrid, 1991, p. 366, aunque en relación al Código Civil, la razón última de que podamos hablar de legítima en la sucesión intestada es que «al ser la legítima una institución que garantiza, incluso contra la voluntad del causante, una percepción mínima, no puede ser burlada por el hecho de no testar».

⁸ En este sentido se pronuncia, aunque en el ámbito del Código Civil, Badosa Coll, F., notas de adaptación al Derecho de Sucesiones, Kipp, T. V, vol. 1, p. 99, cuando afirma: «Entre cualidad de legitimario y delación legal o abintestato, no hay contradicción de principio, porque la primera es un derecho a la atribución de bienes, mientras que la segunda es uno de los posibles títulos atributivos».

que ostentan, en cuanto tales, el derecho *legal y necesario* de legítima, deberían recibir, mediante atribución sucesoria *legal* —abintestato—, el contenido de su legítima.

Ahora bien, analizando detenidamente la regulación del Código Civil de Cataluña, se aprecia que ello no ocurre siempre así. Es decir, que ni el orden de suceder establecido por la ley en la sucesión abintestato, ni el contenido del derecho atribuido en dicha sucesión, van a servir, en general, para satisfacer total o parcialmente el contenido cuantitativo del derecho a la legítima de los sujetos legitimarios: la atribución hereditaria realizada por la ley no contempla, en principio, el derecho a la legítima, por lo que los sujetos legitimarios no necesariamente van a recibir en dicha sucesión el valor que por legítima les corresponde.

De este modo toma sentido lo que el propio Código, consciente de dicha situación, y atendiendo a la condición de derecho necesario de la legítima, establece, de manera general en su artículo 441.2 CCCat:

«En la sucesión intestada, la ley llama como herederos del causante los parientes por consanguinidad y por adopción y el cónyuge viudo o el conviviente en unión estable de pareja superviviente en los términos y con los límites y los órdenes fijados por este Código, sin perjuicio, si procede, de las legítimas y la reserva».

Así pues, los términos, los límites y los órdenes fijados por la ley para la sucesión intestada, nunca podrán perjudicar el derecho de legítima que proceda. Como ya hemos señalado con anterioridad, el carácter necesario de la legítima va a impedir que su contenido y su propia atribución resulten lesionados.

Así, pudiendo afirmar que el derecho de legítima resulta ajeno a la voluntad del causante, resulta lógico pensar que el derecho de legítima va a resultar también ajeno a las previsiones supletorias —sucesión intestada— que la ley realiza en defecto de dicha voluntad.

1. La doble cualidad de legitimario y sucesor legal en un único sujeto

El primer supuesto de concurrencia se plantea en la atribución de título hereditario *abintestato* —institución de herederos legales— a determinados sujetos que ostentan también la cualidad legal de legitimarios: el artículo 442-1.1 CCCat sitúa en la primera posición del orden de suceder a los «hijos del causante (...) por derecho propio, y a sus descendientes por derecho de representación». Dichos sujetos reúnen dos cualidades de diferente

contenido, pero ligadas a un mismo fenómeno sucesorio: la cualidad de herederos legales y la cualidad de legitimarios del causante. Cualidades que, como señala el propio Código, no van a perder su respectiva identidad.⁹

Así, la atribución que, de acuerdo con la ley, reciba el heredero legal abintestato, deberá satisfacer su derecho de legítima.

En tanto que dicho derecho resulta ser eminentemente cuantitativo pues se concreta en un determinado valor en la sucesión del causante, la satisfacción del mismo se producirá cuando el heredero legal abintestato —y legitimario— reciba mediante dicha institución el valor que le corresponde por legítima.

Teniendo en cuenta que el heredero legal va a recibir la totalidad del patrimonio hereditario, y la legítima únicamente otorga el derecho a una cuarta parte del mismo, podría presumirse que la atribución abintestato va a satisfacer, en todo caso, el derecho a la legítima: que todo legitimario llamado a la sucesión legal va a recibir, sobradamente a título de heredero, aquello que por legítima le corresponde.¹⁰

Sin embargo, el análisis de los efectos derivados de la concurrencia de ambas instituciones, van a poner de manifiesto que, en determinadas situaciones, el legitimario deberá recurrir a los medios que la ley le otorga para proteger la integridad de su derecho:

- En primer lugar, porque el patrimonio de referencia para el cálculo de la herencia intestada va a resultar diferente del utilizado para cuantificar el contenido del derecho a la legítima: el cálculo de la legítima va a realizarse sobre el total patrimonio hereditario neto, *con adición de las donaciones realizadas por el causante*.
- En segundo lugar, porque el propio Código Civil de Cataluña va a establecer, cuando concurren determinadas circunstancias, un gravamen sobre la herencia deferida al sujeto legitimario —el usufructo viudal—.

No basta, pues, la mera atribución legal de título hereditario para garantizar la plena percepción del contenido del derecho del legitimario: el valor de la

⁹ No debe olvidarse lo que dispone el artículo 451-10.1 CCCat: «La institución de heredero (....) no priva a los favorecidos de su cualidad de legitimarios».

¹⁰ Como afirma Badosa Coll, F., en la notas de adaptación al Derecho de Sucesiones, de Kipp, Tomo V, vol. 1, p. 84., aunque en referencia a los preceptos del Código Civil: «(...) falta el presupuesto mismo del fenómeno legitimario. El título hereditario legal por cuantía superior a la legítima, lo hace inútil».

herencia percibida no necesariamente va a ser igual o superior al valor de la legítima.

Sin embargo, el legitimario, en virtud de su preferencia, va a disponer de los medios legales pertinentes para la total satisfacción de su derecho.

1.1. El heredero legal/legitimario frente a las atribuciones inoficiosas: la acción de inoficiosidad como acción de reclamación de legítima (art. 451-24 CCCat)

Las particularidades que presenta el proceso de fijación de la cuantía de la legítima frente a la fijación de la cuota hereditaria en el ámbito de la sucesión intestada, impide que quede plenamente garantizada la percepción legitimaria en dicha sucesión.

Dichas particularidades van a comportar la aparición de dos masas patrimoniales diferentes sobre las que, respectivamente, van a aplicarse las normas de valoración para la determinación de la herencia y la legítima. Así, de acuerdo, con el contenido del artículo 451-5 CCCat, la masa patrimonial sobre la que va a calcularse la legítima va a determinarse añadiendo al «relictum» neto, *el valor de los bienes donados o enajenados a título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte*.¹¹ Es decir, el valor de aquellos bienes que ya han salido de manera válida y eficaz del patrimonio del causante y que, en consecuencia, no van a entrar en su sucesión.

El incremento que el valor de dichas donaciones va a suponer respecto del valor neto de la herencia —«relictum» neto— comportará que, la institución de heredero legal no asegure, necesariamente, la plena satisfacción del derecho de legítima.

Puede incluso suceder que el causante haya agotado todo su patrimonio mediante donaciones o enajenaciones gratuitas: en este caso, el heredero legal no va a percibir ningún contenido patrimonial, pero dicho heredero legal que es, al mismo tiempo legitimario, deberá percibir, en su cualidad de tal, la cantidad que resulte de aplicar las reglas propias de la legítima sobre el valor de dichas donaciones. Así, el heredero legal que al mismo tiempo ostente la condición de legitimario no va a percibir nada como

¹¹ El artículo 451-5.1 a) CCCat establece que la composición del «relictum» se determinará con el «(...) valor que los bienes de la herencia tenían a la muerte del causante, con deducción de las deudas y gastos de su última enfermedad, entierro y funeral». Para el cálculo de la legítima, a dicho valor deberá añadirse el de «los bienes donados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso».

sucesor, pero tendrá derecho a percibir el contenido de su derecho a la legítima.

Cuando el importe de la legítima sea, pues, superior a lo que el heredero legal/legitimario reciba como sucesor, va a precisar de determinados mecanismos legales, que le permitan ver satisfecho su derecho. De otra manera, las donaciones o enajenaciones gratuitas de bienes realizadas por el causante constituirían el medio idóneo para el fraude de un derecho legal y necesario como es el derecho de legítima.¹²

Aflora así el criterio de preferencia de la legítima; preferencia que va a manifestarse frente a las propias disposiciones del causante que impidan la total satisfacción del derecho del legitimario.¹³

Dicho mecanismo legal va a concretarse en la inoficiosidad de donaciones.

Van a considerarse inoficiosas, y, en consecuencia podrán ser objeto de inoficiosidad, aquellas disposiciones a título gratuito realizadas por el causante que, al comportar la reducción del activo hereditario líquido, perjudiquen —o impidan— la satisfacción efectiva del derecho de legítima.¹⁴

Frente a dichas disposiciones, el legitimario, titular de un derecho legal y necesario, podrá interponer la acción de inoficiosidad; acción que, dependiendo del alcance de las donaciones y del valor del «relictum» comportará la reducción, e incluso la supresión, de las mismas.

La acción de inoficiosidad constituye pues, en el ámbito de la sucesión intestada, el instrumento jurídico idóneo para la obtención de la legítima, que la ley otorga expresamente al sujeto legitimario;¹⁵ así, el heredero legal/

¹² El mismo tratamiento deben recibir aquellos actos simulados que disminuyan el caudal relicto en perjuicio de la legítima.

¹³ Similares argumentos deberemos utilizar en el supuesto de reducción de legados. Obviamente este supuesto va a resultar más residual atendiendo a la dificultad de encontrar legados en el ámbito de la sucesión intestada. Así únicamente en el supuesto en que los legados fueran establecidos en codicilo, o en el caso de testamento nulo por falta de institución de heredero en el que, sin embargo, se dispongan legados (en cuyo caso dicha disposición resulta efectiva como codicilo). De todos modos, la cuestión de la reducción de legados debería analizarse atendiendo a los tipos de legados que contempla el propio CCCat y su distinta naturaleza.

¹⁴ No debe olvidarse, sin embargo, que el artículo 451-8 CCCat imputa a la legítima determinadas donaciones del causante otorgadas a favor del legitimario. El valor de dichas donaciones imputables debe tomarse en consideración, añadiéndose al valor del «relictum» recibido, a los efectos de reducir el impacto de la acción de inoficiosidad sobre las donaciones realizadas a terceros.

¹⁵ El artículo 451.24 CCCat otorga únicamente la acción de inoficiosidad a los legitimarios y a sus herederos y a los herederos del causante.

legitimario, que no vea satisfecho su derecho a la legítima con la atribución legal del título de heredero abintestato, podrá interponer la acción de inoficiosidad al amparo de su condición de legitimario.

Dicha acción va a facultarlo para dirigirse contra terceros ajenos a la sucesión que ya han adquirido, válida y eficazmente, bienes del patrimonio de su causante. El legitimario, con su ejercicio, va a solicitar una declaración de inoficiosidad, que constituirá el título atributivo de su derecho —o de parte de él—: el legitimario va a percibir el contenido de su legítima —o parte de él— del donatario.

Constituye, en realidad, una acción personal contra el donatario que, sin embargo, no debe ser considerado deudor de la legítima.¹⁶ Declarada la inoficiosidad de la donación —total o parcialmente—, cuyos plenos efectos se han mantenido hasta ese momento, el donatario podrá, a su elección, entregar la totalidad o parte de la cosa donada o pagar en dinero a los legitimarios el importe que deban percibir.¹⁷

El legitimario verá satisfecho, mediante la interposición de dicha acción, el total contenido de su derecho.

1.2. El heredero legal/legitimario frente al usufructo del cónyuge viudo o conviviente en unión estable de pareja superviviente. El artículo 442-4 CCCat: la extensión del usufructo a la legítima

Cuando por aplicación de los órdenes establecidos en la sucesión intestada, la herencia se defiere a los hijos del causante, el artículo 442.4 CCCat otorga al cónyuge viudo —o conviviente en unión estable de pareja superviviente— el usufructo universal y vitalicio sobre la misma.¹⁸

Admitida la legítima en la sucesión intestada, va a suceder que, dicho heredero abintestato —el hijo del causante— que recibe la herencia gravada con un usufructo universal, va a ostentar, al mismo tiempo, la cualidad de legitimario.

De este modo, el heredero legal/legitimario, en concurrencia con el cónyuge viudo, va a recibir únicamente la nuda propiedad de los bienes de la herencia: va a percibir la herencia del causante gravada en su universalidad con un usufructo.

¹⁶ Cualidad que únicamente ostenta el heredero (art. 451-15.1 CCCat).

¹⁷ Artículo 373.4 CS.

¹⁸ Sin embargo, y como novedad, el art. 442.5 CCCat atribuye al cónyuge viudo o conviviente superviviente la opción de conmutar dicho usufructo por la atribución de una cuarta parte alícuota de la herencia más el usufructo de la vivienda familiar —en determinadas circunstancias—.

En principio, y atendiendo al contenido del artículo 451-9 CCCat que impide la imposición de cualquier tipo de gravámenes sobre la legítima, parece difícil admitir que la adquisición por parte del legitimario de la herencia gravada en su universalidad pueda satisfacer su derecho a la legítima, más aún cuando el propio artículo 442.4 CCCat, cerrando la polémica que generaba la redacción del art. 361 CS, dispone expresamente la extensión de dicho usufructo.

Entendemos que, en dicho caso, cabrá recurrir a lo que establece el propio artículo 451-9.2 CCCat como excepción a dicha prohibición. Así, el legitimario, podrá optar entre aceptar la disposición sometida a gravamen cuando lo atribuido tenga un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de su legítima¹⁹ o, reclamar sólo lo que por legítima le corresponde.

No debe pues, rehusarse *per se*, el gravamen de la legítima, sino, la disminución efectiva de su valor que genera la existencia del gravamen.

2. La cualidad del legitimario frente al sucesor legal

Hemos visto hasta ahora las diferentes situaciones en que, aún concurriendo la cualidad de heredero legal sobre el legitimario, resulta necesario acudir a criterios de preferencia para obtener la plena satisfacción de la legítima.

Pues bien, puede ocurrir también, que el orden legal de sucesión establecido por el Código Civil de Cataluña, atribuya la condición de heredero legal a un sujeto que no ostente la cualidad de legitimario²⁰ dejando al margen de toda atribución sucesoria al legitimario. En este caso, la efectiva existencia de legitimario/s va suponer, lógicamente, un desconocimiento explícito de su condición: dichos sujetos, que no han sido llamados a la sucesión legal, no van a percibir atribución sucesoria que satisfaga el contenido de su derecho.²¹

¹⁹ El gravamen que constituye todo usufructo vitalicio reduce el valor de los bienes sobre los que recae, como máximo, en un 70%. Así se establece en el artículo 51.2 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre del Impuesto sobre sucesiones y donaciones. El artículo 49 b) dispone: «En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70% del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de 20 años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de 1% por cada año más con el límite del 10% del valor total. El valor del derecho de nuda propiedad se computará por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes (...)».

²⁰ No sucede lo mismo, sin embargo, en el ámbito del derecho de sucesiones del Código Civil: la prelación de sujetos que se establece en la sucesión intestada se corresponde plenamente con el orden de legitimarios.

²¹ Al menos por disposición sucesoria. Puede ser, sin embargo que hayan recibido donaciones imputables a legítima en vida del causante.

Sea cual sea el motivo de dicho desconocimiento, lo cierto es que deberán otorgarse al legitimario los medios necesarios para la satisfacción de su derecho.

2.1. El artículo 442-3.2 CCCat: la sucesión del cónyuge superviviente

De acuerdo con el artículo 442-3.2 CCCat, si el causante muere sin hijos ni descendientes, la sucesión abintestato corresponderá al cónyuge viudo o al conviviente en unión estable de pareja superviviente. Este llamamiento constituye, en la actualidad, una característica singular del derecho de sucesiones catalán, pues sitúa al cónyuge viudo en la segunda posición de la sucesión intestada, justo a continuación de los descendientes del causante.²²

Ahora bien, sin negar la bondad de dicho cambio, amparado en criterios de protección al cónyuge o conviviente superviviente, no deja de sorprender, atendiendo a idénticos criterios, que el orden legitimario no haya sido objeto de una alteración similar. La mejora en la posición del cónyuge viudo, si bien constituye, en el ámbito de la sucesión intestada, un paso adelante en la adaptación del derecho a las necesidades de la sociedad y a la realidad,²³ supone, respecto de la legítima, la alteración del equilibrio existente.

Así, baste recordar que en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, el orden legitimario establecido era plenamente coincidente con la prelación sucesoria abintestato, al remitirse en este punto a los preceptos del Código

²² Esta alteración se introduce con la Ley de Sucesión Intestada de 25 de mayo de 1987 con la intención de mejorar la posición del cónyuge viudo. Así lo señala en su propio Preámbulo: «Por lo que respecta a los diversos órdenes sucesorios, se mejora la posición del cónyuge viudo ... (que) es llamado si faltan éstos (los descendientes), antes que los padres y ascendientes». Este criterio es que recoge posteriormente en el Código de Sucesiones y en la actualidad se mantiene en el CCCat.

²³ Salvador Coderch, P. comentario al artículo 250 de la Compilación, dentro de «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XIX, p. 99, señala: «Durante el siglo largo que va desde la "memoria" de Duran i Bas (1881-1883), hasta la reciente reforma de la Compilación catalana de 1960 (...) las propuestas de política jurídica formuladas durante los últimos cien años, han tratado casi siempre de (...) mejorar la posición del cónyuge viudo en relación al derecho tradicional. Con el paso de los años, aunque en manera alguna de forma lineal, se va abriendo paso la idea de que hay que situar al viudo en lugar cada vez más preferente en la sucesión intestada de su causante.

Cabe señalar que la Ley de Sucesión Intestada de 1937 de 25 de mayo, ya denotaba dicha voluntad: en su artículo 14 se mejoraba la posición del cónyuge superviviente que era llamado después de los descendientes por orden de proximidad de grado, ascendientes, hermanos y sobrinos —hijos de hermano premuerto— y antes que otros colaterales hasta el cuarto grado, quinto y sexto si existía convivencia con el causante. Recordemos que con anterioridad, el cónyuge únicamente sucedía detrás de los colaterales de 10º grado y antes que el Fisco».

civil: el cónyuge viudo que ocupaba la tercera posición en la sucesión, detrás de descendientes y ascendientes, quedaba excluido del derecho a la legítima.²⁴

Ciñéndonos a la regulación vigente, cuando el cónyuge o conviviente supérstite suceden abintestato en la herencia, por haber fallecido el causante sin hijos ni descendientes, los legitimarios —en este caso, el padre y la madre— apartados de la sucesión, conservaran su derecho a la legítima. Dicho derecho les va a permitir, como sucedería en la sucesión testada, el ejercicio de una acción de reclamación de legítima que deberán dirigir contra el heredero del causante: el cónyuge viudo o conviviente en unión estable de pareja superviviente.

2.2. La sucesión intestada del causante impúber (art. 444-1 CCCat)

El artículo 444-1 CCCat,²⁵ plantea el último de los supuestos en que las reglas de la sucesión intestada precisan de su articulación con el derecho de legítima.²⁶ Se trata de la sucesión de un causante, que por su condición de impúber va a morir, necesariamente, intestado.

Ahora bien, la sucesión de dicho causante, aunque intestada, va a presentar una especialidad: la aplicación de reglas de troncalidad en la devolución de determinados bienes. La herencia de este causante —impúber— no va a deferirse, en parte, por las reglas de la sucesión intestada regular basadas en la proximidad de grado, sino que va a tomar en consideración elementos de troncalidad atendiendo al origen o procedencia de los bienes de la herencia.

Así, aquellos bienes —muebles e inmuebles— adquiridos por el impúber mediante título gratuito, procedentes del padre, de la madre o de los

²⁴ En lo referente al orden sucesorio, la Compilación del Derecho Civil de Cataluña se remitía al Código Civil. En este sentido, el art. 944 CC establecía: «En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente». La sucesión intestada se defería siguiendo idéntica prelación que la legítima.

²⁵ Reproduce, en relación a la legítima, el contenido del artículo 251.2 de la Compilación, del 29 b) de la LSI de 1987 y del 349 CS, con algunas modificaciones.

²⁶ El artículo 444-1 CCCat, establece: «La sucesión intestada del causante impúber, en defecto de sustitución pupilar, se rige por las siguientes normas: a) En los bienes procedentes de un progenitor, o de los demás parientes de éste dentro del cuarto grado, adquiridos a título gratuito, son llamados a la sucesión los parientes más próximos del impúber, por su orden, dentro del cuarto grado en la línea de que proceden los bienes; b) Si sobrevive el progenitor de la otra línea, conserva su derecho a la legítima sobre dichos bienes; b) En los demás bienes del impúber, así como en los frutos de los bienes troncales, la sucesión intestada se rige por las reglas generales, sin distinción de líneas»

parientes paternos o maternos hasta el cuarto grado,²⁷ van a tener la consideración de troncales y, en consecuencia, van a ser deferidos, a la muerte del impúber, atendiendo a criterios de troncalidad: los bienes troncales van a volver a la línea familiar de procedencia de acuerdo al principio «paterna paternis, materna maternis», apartando, en consecuencia, de dicha sucesión, al progenitor no perteneciente a la línea familiar de la que proceden los mismos.

Ahora bien, al progenitor apartado de la sucesión troncal, el artículo 444-1 b) CCCat, le concede, como procede de acuerdo con la naturaleza legal y necesaria de la legítima, la acción de reclamación de la misma. Así, el progenitor apartado de la sucesión podrá dirigirse, en ejercicio de su derecho de legítima, contra el heredero troncal del causante que responderá personalmente del pago de la misma.

Sin embargo, la reclamación de legítima en dichas circunstancias, solo podrá tener lugar —y romper, en consecuencia, la troncalidad— cuando:

- No existan otros bienes en la herencia.
- Cuando con el resto de los bienes, si existen, afectos a la sucesión intestada regular, no pueda satisfacerse la legítima del progenitor apartado.
- Cuando no exista «pacto entre cónyuges o convivientes en unión estable de pareja en virtud del cual renuncian a la legítima que podría corresponderles en la sucesión de los hijos comunes y, *especialmente el pacto de supervivencia en que el superviviente renuncia a la legítima que podría corresponderle en la sucesión intestada del hijo muerto impúber*» (art. 451-26.2 a)).

Así pues, incluso en el caso concreto de la troncalidad, la ley reconoce de manera expresa al sujeto legitimario su derecho.

²⁷ Todos los bienes que el impúber haya recibido, por herencia o por donación, de parientes mas allá del cuarto grado o de extraños al círculo familiar y los adquiridos por sus representantes para el, forman su propio patrimonio. Además la regla tercera del art. 444-1 CCCat, señala que los frutos de los bienes troncales no siguen la sucesión irregular: estos bienes se consideran propios del causante.

COMUNICACIONS A LA CINQUENA PONÈNCIA

L'ACCIÓ DE PETICIÓ D'HERÈNCIA EN EL LLIBRE IV CCCAT

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS
PROFESSORA AGREGADA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI: I. L'ACCIÓ DE PETICIÓ D'HERÈNCIA EN EL CCCAT: CONFIGURACIÓ I CARACTERÍSTIQUES. II. ELS ÀMBITS DE LEGITIMACIÓ ACTIVA I PASSIVA. 1. La legitimació activa. 2. La legitimació passiva. III. LA DISPOSICIÓ DE BÉNS SINGULARS PER L'HEREU APARENT. 1. La qüestió a l'article 64 CS: la reivindicabilitat dels béns disposats i l'àmbit de la subrogació real. 2. L'article 465-2: el caràcter restituïble o irrestituïble dels béns.

I. L'ACCIÓ DE PETICIÓ D'HERÈNCIA EN EL CCCAT: CONFIGURACIÓ I CARACTERÍSTIQUES

El capítol V del títol VI del llibre IV CCCat, relatiu a la protecció del dret hereditari, és integrat per dos articles que recullen el que fins ara era objecte de regulació en l'article 64 CS: en essència, l'anomenada acció de petició d'herència (avui rúbrica de l'article 465-1 CCCat). L'essència de la formulació històrica de l'*hereditatis petitio* arriba al nou text, tal com havia arribat abans, i en termes força semblants als que regeixen avui, en l'article 64 CS i, més enllà, en l'article 275 CDCC i en l'article 520 del projecte de compilació de 1955. Esdevé el mecanisme processal de què disposa el successor del causant per reclamar, basant-se només en la seva condició d'hereu, els béns posseïts per qui li discuteix aquesta qualitat. Aquesta concepció originària de l'*hereditatis petitio* fa palès que la conflictivitat està en la condició d'hereu: és fent-la valer davant d'aquell que la nega o discuteix que es demana la possessió de l'herència. A part d'això, així descrita, l'acció comporta un avantatge evident en termes d'economia processal: a l'hereu li caldrà, només, una sola reclamació i no tantes de diferents com béns hi hagi a l'herència. Altrament, de la mateixa manera que l'hereu esdevé titular de tots els drets del causant amb l'acceptació, sense necessitat d'actes adquisitius singulars, amb l'acció de petició d'herència se'n demana també la restitució del tot, sense necessitat d'interposar accions de reclamació distintes.

En aquest context, l'article 465-1 CCCat, com ja feia l'article 64 CS,¹ designa expressament l'acció com «de petició d'herència», la reconeix a l'hereu (identificat com a hereu «real»; art. 465-2.1 i 3 CCCat) i la reconeix davant el «posseïdor», de tota o part de l'herència, i davant de determinats adquirents o successors d'aquest. Se n'explicita també la seva doble finalitat, declarativa i restitutòria («[...] per a obtenir el reconeixement de la qualitat d'hereu i la restitució dels béns com a universalitat [...]»), i s'excusa el demandant de la necessitat d'acreditar la titularitat que tenia el causant sobre els béns (art. 465-1.3 *in fine* CCCat). Aquesta no-necessitat de prova s'explica perquè, com ja s'ha dit, la conflictivitat no està en la pertinença dels béns al cabal hereditari, sinó en qui té dret, com a hereu, a posseir-los. Com a novetat, l'article 465-1.3 CCCat introdueix la imprescriptibilitat de l'acció, sens perjudici de la usucapió «respecte dels béns singulars» (vegeu el preàmbul VII, 9è p.). Amb aquesta darrera menció sembla excloure's la possible usucapió del patrimoni hereditari com un tot.

Aquesta primera aproximació permet anticipar algunes de les característiques comunament atribuïdes a l'acció de petició d'herència:

- En primer terme, es tracta d'una acció típica i, a més, pròpia de l'hereu, que li és atribuïda legalment per raó de la seva qualitat. No es tracta, doncs, d'una acció heretada, que ja pertanyia al causant i que ara el seu successor pot exercitar de la mateixa manera que podia fer-ho ell. En l'acció de petició d'herència, l'hereu no succeeix al causant.
- Esdevé una acció universal, tant pel seu fonament com per l'objecte que s'ha de restituir. El primer seria el títol universal o expansiu de l'hereu (art. 411-1 CCCat). El segon pot ser-ho tant tota l'herència «com a universalitat» (art. 465-1.1 CCCat) com una part o, fins i tot, béns singulars, perquè només una part o béns singulars són indegudament posseïts per qui nega la condició d'hereu del demandant (arg. *ex art.* 465-1.1 CCCat «[...] contra qui la posseeix,

¹ La definició de l'acció de petició d'herència en l'article 64 CS (i que, pràcticament, reproduïx l'article 465-1 CCCat) es creu inspirada en la que, al seu torn, féu Roca Sastre a les «Anotacions», a KIPP, T. «Derecho de Sucesiones», vol. I. A: Ennecerus, L.; Kipp, T.; Martin, W. *Tratado de Derecho civil*, traduït per Blas Pérez González i José Alguer, tom 5, Barcelona: Bosch, 1950, p. 376. («Esta acción es la que compete al heredero real contra quienes posean todo o parte de los bienes hereditarios a título de herederos del mismo causante o sin tener título alguno, a fin de obtener de dicho heredero la restitución de tales bienes, a base de la comprobación y reconocimiento de que a él le corresponde la cualidad de heredero.»). Defensa aquella inspiració Guardia Canela, J. D. «Comentario al Art. 275 CDCC». A: Albaladejo, M. (dir.) *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tom XXIX, vol. 3, Madrid: Edersa, 1986, p. 518 i 519.

en tot o en part [...]».² Aquesta darrera possibilitat explica, a més, que calgui interposar més d'una acció quan són més d'un els qui posseeixen, per separat, diferents parts de l'herència.³

- I, en fi, es mostra com una acció autònoma per bé que, a vegades, l'hereu haurà de recórrer a una altra per fer evident l'«aparença» del títol del posseïdor i la «realitat» del seu (així, per exemple, interposant una acció de nul·litat del testament pel qual l'hereu aparent és cridat com a successor).⁴ L'autonomia de l'acció respecte de la simplement declarativa de la qualitat d'hereu i la reivindicatòria també és evident. Amb la primera, que també és imprescriptible (art. 121-22 CCCat), el demandant només pretén que es declari la seva condició d'hereu. No s'hi afegeix cap pretensió restitutòria i, d'aquí, que no calgui que el demandat sigui posseïdor de l'herència. L'acció establerta en l'article 544-I CCCat també és imprescriptible i també presenta una doble naturalesa declarativa i restitutòria. Quan escaigui, però, l'hereu en farà ús, no com a acció

² Deia Roca Sastre (*op. cit.*, p. 377): «Y como no se trata de ninguna pugna acerca de la propiedad de una cosa determinada, sino de dilucidar si efectivamente el actor es el heredero real y el poseedor un vulgar heredero aparente, de ahí que la petición de herencia sea una acción que se refiera globalmente a la sucesión, aunque se trate de reclamar un bien singular que otro posee alegando que le corresponde por herencia del mismo causante.» La pretensió relativa només a béns singulars es confirma en la SAP Barcelona de 27 de febrer de 2002 (RJC, 2002, III, p. 713): «[...] cal demandar qui posseeix l'herència en tot o en part, perquè es reclama una cosa o dret que pertany a l'herència, de manera que fins i tot tractant-se d'una sola cosa o d'un sol dret, l'actor invoca a favor seu el títol universal [...]» (FJ II, 1r par.).

³ Vegeu, quant al supòsit indicat en el text, Badosa Coll, F. «Anotacions», a: Kipp, T. «Derecho de Sucesiones, Traducción de la Decimoprimerá revisión de Helmut Coing. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramon M^a Roca Sastre. Segunda edición al cuidado de Luis Puig Ferriol y Ferran Badosa Coll», vol. I. A: Ennecerus, L.; Kipp, T.; Martin, W. *Tratado de Derecho civil*, traduït per Blas Pérez González i José Alguer, tom 5, Barcelona: Bosch, 1976, p. 190 i 191.

⁴ Si escau, ambdues accions es poden acumular (arg. *ex art.* 12.1 LEC). Això, però, no serà possible en aquells supòsits en què no es pugui arribar a acreditar la legitimació activa en les accions acumulables. Pensem, per exemple, en l'únic descendent que interposa una acció de nul·litat contra el testament atorgat pel seu ascendent. No podrà acumular-hi una acció de petició d'herència perquè li serà impossible aportar una declaració d'hereus abintestat en la qual consti que ocupa el primer lloc en la successió. El motiu és que l'article 980 LEC 1881 condiciona aquella declaració al fet que el causant hagi mort sense testament. Mentre no es declari la nul·litat de l'atorgat, no es podrà iniciar l'expedient (que, a més, si té com a finalitat que es declari que els hereus són els descendents, ascendents o el cònjuge s'haurà de fer per mitjà d'una acta de notorietat; article 979 LEC 1881. Vegeu, en aquest sentit, el que disposaven els articles 134 i 135 del Proyecto de ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona en materia civil y mercantil, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 27 d'octubre de 2006, núm. 109-I; art. 209 bis Reglamento de la organización y régimen de Notariado, de 2 de juny de 1944).

pròpia, sinó com a acció heretada. En seu d'acció reivindicatòria tampoc no regeix l'excusa probatòria establerta en l'article 465-1.1 *in fine* CCCat.⁵

Més enllà de la imprescriptibilitat de l'acció, la nova regulació de l'acció de petició d'herència en el dret català incorpora un nou règim de les disposicions de béns singulars per l'hereu aparent. També cal posar una atenció especial en l'àmbit de la legitimació passiva i la seva delimitació sobre la base del requisit de la possessió de l'herència.

II. ELS ÀMBITS DE LA LEGITIMACIÓ ACTIVA I PASSIVA

Els apartats 1 i 2 de l'article 465-1 CCCat defineixen els àmbits de legitimació activa i passiva de l'acció. Com ja feia l'article 64 CS, l'activa correspon a «l'hereu», identificat com a hereu real (art. 465-2.1 i 3 CCCat). La passiva s'atribueix a qui posseeix l'herència «a títol d'hereu» o possessor *pro herede* i a qui la posseeix «sense al·legar cap títol» o possessor *pro possessore*. Més enllà de l'article 465-1.1 CCCat i per bé que, pròpiament, d'aparença només n'hi haurà en el primer cas, el CCCat persisteix en la voluntat de simplificar els supòsits tot designant el legitimat passiu, genèricament, com a «hereu aparent» o «posseïdor». En l'article 465-2.1 CCCat la categoria inclou també els «successors» i els «adquirents de la totalitat de l'herència o d'una part d'aquesta», per als quals l'article 465-1.2 ja n'ha confirmat prèviament la legitimació passiva. En queden exclosos els adquirents de béns singulars (art. 465-1.2 CCCat *a contrario*).

⁵ A propòsit de la naturalesa de l'acció, es debat també si encaixa en les categories d'acció real, personal o mixta. L'interès a encabir-la en alguna d'elles s'ha justificat tradicionalment en la funció que a compleixen com a criteris determinants del tribunal territorialment competent, el termini de prescripció i l'àmbit de la legitimació passiva. Succeeix, però, que el dret català dona resposta expressa a totes aquestes qüestions de tal manera que sembla perdre interès configurar-la d'una manera o altra. Així, l'article 411-2.2 CCCat és el que determina el jutge territorialment competent; pel que fa al termini de prescripció, cal fer notar que el dret català sempre n'ha fixat un d'específic o, com succeeix en el dret vigent, se'n declara la imprescriptibilitat. Debatre sobre quina és la naturalesa de l'acció a fi de determinar qui en són els legitimat passius tampoc no sembla necessari. L'article 465-1 CCCat ho resol expressament. Una altra cosa és que, com conclourem, l'àmbit de la legitimació passiva vagi més enllà i arribi a qualsevol, sigui o no posseïdor, que tingui l'herència i es negui a restituir-la a l'hereu real per discutir-li la seva condició. Això últim encaixaria amb la consideració de l'acció com a real i, per tant, interposable *erga omnes*. Se n'afirma aquesta naturalesa en les SAP Girona de 30 de juliol de 1999 (AC 1999/1497, FJ 3r) i SAP Barcelona de 27 de febrer de 2002 (RJC 2002, III, p. 59).

1. La legitimació activa

Senzillament perquè és hereu podrà interposar l'acció el fiduciari. També hi estaran legitimats els hereus del cridat o els hereus de qui ha acceptat sense interposar-la, i el cohereu, que actuarà en benefici propi i en el de la comunitat.⁶ La legitimació activa s'estén al marmessor universal. L'atribució legal de la facultat de possessionar-se de l'herència (art. 429-8.1 CCCat) i el reconeixement de la seva legitimació processal «per a tots els litigis o les qüestions que se suscitin sobre els béns hereditaris» (art. 429-8.2 CCCat) així ho fan pensar. Ho confirma la STSJC de 14 de juny de 2006 (RJ 2007/956). I, senzillament, perquè no són hereus no poden interposar-la ni el legatari ni el donatari ni l'adquirent de tota o part de l'herència. Cap d'ells no pot pretendre «el reconeixement» de la qualitat d'hereu.⁷

A fi d'acreditar aquella legitimació només cal provar les circumstàncies que justifiquen el dret del cridat a acceptar l'herència. Llevat que això ja s'hagi fet abans (expressament o tàcita) o que calgui fer-ho necessàriament de manera expressa, l'exercici de l'acció implicarà l'acceptació tàcita de l'herència per tal com es tractarà d'un d'aquells actes que el cridat «no pot fer si no és a títol d'hereu» (art. 461-5.a CCCat).^{8,9} Aquesta configuració fa necessari vincular el termini per acceptar amb el termini per interposar l'acció. En aquest sentit, en el context del CS era perfectament possible (així, en cas d'una delació deferida en el temps) que s'esgotés aquest darrer (els trenta anys d'ençà de la mort del causant) abans de caducar el dret del cridat a acceptar o repudiar l'herència, cosa que succeïa «al cap de trenta anys a comptar d'haver-li estat deferida» (art. 28 CS). El cridat podia aleshores acceptar de qualsevol altra manera i procurar-se la restitució dels béns per mitjà de qualsevol altre mecanisme diferent a l'acció de petició d'herència (així, per exemple, interposant tantes accions reivindicatòries com béns singulars l'integressin). Aquest decalatge es resolia en el projecte de llibre IV declarant imprescriptibles ambdues accions (art. 461-13.1 i 465-1.3). Succeeix, però, que mentre la imprescriptibilitat de l'acció de

⁶ SAP Girona de 30 de juliol de 1999 (AC 1999/1497).

⁷ Ladmeten, però, per al comprador de l'herència Roca Sastre, R. M. op. cit., p. 192; Guardia Canela, J. D. p. 521.

⁸ Ho admet la SAP Barcelona de 27 de febrer de 2002 (RJC, 2002, III, p. 713): «En aquest exercici han de concórrer els requisits següents: 1r) Que l'actor basi el seu dret en el títol d'hereu. El fet de formular la demanda implica per si mateix acceptació de l'herència amb independència que es tracti d'un hereu testamentari o abintestat [...]» (FJ II).

⁹ Aquesta vinculació de l'acció de petició d'herència amb la qualitat o condició d'hereu permet distingir l'esmentada acció de la pretensió estrictament possessòria que pot tenir el cridat a l'empara de l'article 411-9.2 CCCat. Aquest precepte li permet dur a terme «actes possessoris» sense que la seva realització impliqui necessàriament l'acceptació de l'herència.

petició d'herència ha arribat al text definitiu (art. 465-1.3 CCCat), no ha passat el mateix amb la delació, que caduca al cap de «trenta anys de la mort del causant» (art. 461-12 CCCat; vegeu, però, l'art. 461-1.1 CCCat). Aquesta caducitat, quan es produeix, determina la pèrdua de legitimació per interposar l'acció.

2. La legitimació passiva

Ja s'ha fet notar com es reconduïxen legalment les possibles situacions del legitimat passiu a les categories d'«hereu aparent» o de «posseïdor». Entre altres, una de les qüestions que avui planteja l'àmbit de la legitimació passiva en l'acció de petició d'herència és la de determinar, a l'empara de l'article 521-1.1 CCCat, si tots els legitimats són realment posseïdors o si, tal com succeeix amb l'«aparença», la de posseïdor és una condició que només pot predicar-se, estrictament, d'algun o alguns d'ells. L'anàlisi de l'àmbit de la legitimació passiva permet distingir els supòsits següents:

- L'article 465-1.1 CCCat legitima passivament, en primer terme, qui justifica la seva possessió en la seva condició d'hereu; d'aquí que negui el títol del demandant (incompatible amb el seu) i s'oposi a la seva pretensió restitutòria. Aquesta possessió trobarà generalment el seu origen en un títol successori esdevingut nul o ineficaç. Però també serà possible encabir-hi qui posseeix al·legant ser hereu, per bé que sense el suport d'un testament o d'una declaració d'hereus abintestat. En aquest cas, l'aparença la donarà, només, la possessió en concepte d'hereu.¹⁰
- La legitimació passiva s'atribueix, en segon terme, a qui posseeix l'herència sense al·legar cap títol. Es tracta de qui desconeix el títol d'hereu de l'actor, i es nega per aquest motiu a la restitució dels béns, però sense arribar a atribuir-se ell mateix la condició de successor universal. L'al·legació d'aquest títol esdevé, doncs, quelcom irrellevant als efectes de la legitimació passiva, que la tindrà tant qui l'al·legui com qui no ho faci. La conflictivitat està en la condició d'hereu del demandant, que és el que es discuteix, i esdevé secundari o incidental per què ho desconeix el legitimat

¹⁰ Vegeu la SAP de Girona de 30 de juliol de 1999 (AC 1999/1497). S'hi declara «hereva aparent» qui es presenta al notari per vendre una finca procedent de l'herència del seu avi afirmant, simplement, que n'és hereva però sense aportar-ne cap justificació documental. Per contra, la necessitat d'un títol que fonamenti aquella aparença es defensa a Roca Trias, E.; Puig Ferriol, L. *Institucions del Dret civil de Catalunya, Dret de Successions*, vol. II. Tirant lo Blanc, 1992, p. 515; Marsal Guillaumet, J. «L'objecte de la successió: l'herència». A: Badosa Coll, F. (dir.) *Manual de Dret civil català*. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 604.

passiu. Precisament perquè de ben segur que al posseïdor li serà indiferent aquella condició (que pot perfectament arribar a no discutir i, fins i tot, a reconèixer), l'acció de petició d'herència no és procedent quan aquella possessió obeeix a un títol particular (així, per exemple, a una compravenda o una donació). El que serà motiu de conflicte en aquest supòsit serà la pertinença del bé al cabal hereditari, per tal com el causant en va disposar abans de morir. El debat, doncs, farà trànsit del títol adquisitiu de l'hereu (probablement, indiscutit) a la titularitat jurídica del bé. L'acció que haurà d'interposar l'hereu real serà aleshores la reivindicatòria.

A part d'això, ja s'ha anticipat que una lectura de l'article 465-1 CCCat a l'empara de l'article 521-1.1 CCCat permet plantejar-se si el supòsit és, realment, un de possessió entesa com a «poder de fet sobre una cosa o un dret» «com a titular». Ho serà si, malgrat callar el títol que el fonamenta, aquell poder de fet s'exerceix amb concepte possessori (i així, per exemple, s'actua com a propietari). Per contra, si no es publica el mode d'exercici d'aquell poder i, per tant, s'actua de manera diferent a la que estableix l'article 521-1.1 CCCat, la condició de l'hereu aparent serà la de «no-posseïdor». La qüestió que planteja el supòsit és la d'esbrinar el règim jurídic aplicable a aquesta situació, atès que no es tracta d'un «posseïdor» i que tampoc arriba a ser un «detentor» (que sí que nega ser titular; art. 521-1.2 CCCat). Entre altres, tres qüestions en depenen: la primera seria determinar si qui «posseeix [...] sense al·legar cap títol» pot arribar a usucapir (art. 465-1.3 CCCat). Ho faria dubtar no sols la manca de possessió «en concepte de titular del dret» (art. 531-24 CCCat), sinó, pel que s'ha dit, la manca mateixa de «possessió». La segona seria igualment resoldre si, un cop vençut aquest «possessor *pro possessore*», pertocarà aplicar «les normes de liquidació de la situació possessòria» (art. 465-2.1 CCCat). En aquest cas, és l'article 522-2 CCCat el que les declara aplicables «si els posseïdors perden la possessió a favor d'una altra persona que té un millor dret a posseir». La condició de no-posseïdor de l'hereu aparent ho descartaria. La tercera seria constatar la dificultat d'aplicar, en aquest cas, el supòsit establert en l'article 465-2.2 CCCat: pot ser de bona fe qui adquireix d'un transmetent que no al·lega títol?¹¹ I n'hi hauria una darrera: consistiria a

¹¹ La bona fe demanaria comprovar que qui transmet és titular del dret que vol transmetre. En aquest particular, cal considerar: primer, que si el dret hereditari del venedor només consta en el Registre per mitjà d'una anotació preventiva (art. 46 RH), no opera la presumpció de titularitat (art. 38 LH); segon, que segons l'article 28 LH: «Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos».

determinar si el possessor *pro possessore* vençut en judici d'acció de petició d'herència podria arribar a constituir un dret de retenció en garantia del reemborsament de les despeses extraordinàries de conservació (art. 522-4.1 CCCat) i despeses útils (art. 522-4.2 CCCat) fetes en els béns hereditaris. L'article 569-3 CCCat reserva el dret de retenir el posseïdor que, a més, sigui de bona fe. Si el possessor *pro possessore* no té la cosa en concepte de titular (o, almenys, no ho publica) tampoc no pot ser de bona fe (entesa com la «creença justificable de la titularitat del dret»; 521-7.1 CCCat).

A part d'això, les referències de l'article 465-1 i 2 CCCat a la condició de «posseïdor» del legitimat passiu semblarien, en qualsevol cas, descartar la seva possible interposició davant de qui només és detentor o, altrament dit, de qui exerceix un poder de fet sobre la cosa per bé que negant ser-ne titular («[...] sense la voluntat aparent externa d'actuar com a titular [...]»; art. 521-1.2 CCCat). L'argument en cap cas és definitiu. I no sols perquè, com s'acaba de veure, l'acció també és procedent contra altres «no-posseïdors», sinó perquè la legitimació passiva del detentor és precisament el que s'imposa després de considerar: primer, que una resposta negativa obligaria l'hereu a interposar tantes accions (reivindicatòries) com béns diferents hi haguessin a l'herència, i el privaria d'enllestir-ho tot amb una acció universal. Hauríem de concloure, aleshores, que com més injustificada és la situació de l'hereu aparent menys avantatjosa és la de l'hereu real?; segon, que en seu d'acció reivindicatòria, tot i que la legitimació passiva queda reduïda també als «posseïdors no propietaris» (art. 544-1 CCCat), sembla que no hi ha d'haver cap inconvenient per atribuir-la també al detentor. Negar-la implicaria tant com reduir la defensa del propietari a la corresponent acció possessòria, caducable transcorregut un any (art. 250.1.4 LEC, 121-22 CCCat; 237 CS; 426-45.2 CCCat). L'argument es pot fer extensiu a l'acció reivindicatòria «universal» que representa l'acció de petició d'herència. Per descomptat que aquest detentor ni podrà usucapir ni li seran aplicables les normes en matèria de liquidació possessòria ni podrà retenir la possessió de l'herència.

- Malgrat tractar-se d'una adquisició a títol particular (així, per mitjà de compravenda), el CCCat opta, com ja havia fet el CS i la CDCC, per admetre també la legitimació passiva dels adquirents d'objecte, això sí, universal («[...] totalitat de l'herència o d'una quota d'aquesta [...]»; art. 465-1.2). Ho justifica el fet que aquell títol particular es basa en l'universal del venedor o hereu aparent.¹² Un cop admesa aquesta legitimació, però, el nou text continua deixant obertes dues qüestions: primera, la possibilitat d'oposar a l'acció de petició d'herència les normes generals en matèria de

¹² Roca Sastre, R. M. *op. cit.*, p. 382; Badosa Coll, F. *op. cit.*, p. 196, 197, 213.

protecció de tercers adquirents¹³ i, en segon terme, la d'interposar l'acció contra l'hereu aparent que ja ha disposat de l'herència en comptes de fer-ho contra l'adquirent i la que tindria el mandat de restituir, només, el preu o cosa obtinguts per l'alienació (qüestions només establertes per al cas de disposició de béns singulars en l'article 465-2.2 i 3 CCCat).

III. LA DISPOSICIÓ DE BÉNS SINGULARS PER L'HEREU APARENT

L'article 465-2 CCCat estableix l'acció de petició d'herència des de la perspectiva de la seva pretensió restitutòria (art. 465-1.1 CCCat) i per al cas d'haver estat admesa. És en aquest context que l'article 465-2.1 CCCat estableix el deure de restitució tot aplicant les normes en matèria de liquidació possessòria i distingint segons la possessió hagi estat de bona o mala fe. L'article 465-2-1 CCCat ja no es remet, com feia l'article 64 CS, a les normes en matèria d'acció reivindicatòria. El motiu és que el CCCat incorpora normes específiques sobre la matèria (art. 522-2 a 522-5 CCCat); a més, de conservar-se la remissió, esdevindria sobrer a atès que l'article 544.2 CCCat també es remet, al seu torn, a les disposicions esmentades. Succeeix, però, que si el criteri en el llibre IV ha estat el d'excloure les mencions sobreres, sobra també la relativa a la necessitat de distingir «si la possessió ha estat de bona fe o de mala fe». La raó és que els articles 522-3 i següents CCCat ja fan ús d'aquest criteri. A part d'això, de l'article 544.2 CCCat se segueix que les normes en matèria de liquidació possessòria també seran aplicables en cas d'interposar, l'hereu real contra l'aparent, tantes accions reivindicatòries com béns hi hagi a l'herència, o d'interposar-les, si escau, contra els adquirents de béns singulars. L'aplicació d'aquest règim, però, així com la possibilitat de retenir l'herència (art. 237 CS, 426-48 CCCat) es reserven a l'hereu aparent que sigui «posseïdor» de l'herència (art. 569-3 CCCat). S'exclouen, doncs, en cas de tractar-se d'un «no-posseïdor» i, particularment, d'un detentor.

La restitució efectiva del patrimoni hereditari obliga a determinar quin serà el règim aplicable en cas de disposició dels béns de l'herència per l'hereu aparent. Si la disposició ho ha estat de tota l'herència o d'una part, ja s'ha vist com l'article 465-1.2 CCCat també legitimava passivament els adquirents. Però per al cas de disposició de béns singulars el règim és un altre. L'article 64 CS tractava la qüestió des d'un doble vessant: el de la reivindicabilitat dels béns per l'hereu real per mitjà d'una acció interposada contra els adquirents i el de la subrogació real o, altrament,

¹³ En contra d'aquesta possibilitat, vegeu Roca Sastre, R. M. *op. cit.*, p. 399; a favor, Badosa Coll, F. *op. cit.*, p. 213 i 214.

la de la restitució, en seu de petició d'herència i per l'hereu aparent, de la contraprestació obtinguda per l'alienació. En l'article 465-2.2 i 3 CCCat la qüestió es considera només des de la perspectiva de l'acció de petició d'herència; d'aquí que, establerta en l'article 465-1.1 CCCat la condemna de restitució dels béns, l'article 465-1.2 CCCat n'exclouï determinats béns («[...] S'exclouen de la restitució [...]»). Cal cercar el sentit del precepte i determinar l'àmbit de la subrogació real en aquest nou context.

1. La qüestió en l'article 64 CS: la reivindicabilitat dels béns disposats i l'àmbit de la subrogació real

L'article 465-2 del projecte de llibre IV reproduïa pràcticament l'article 64 CS en aquest punt i, en conseqüència, permetia raonablement anticipar que en el context del nou llibre IV es plantejaria, de nou, la relació entre la possibilitat de reclamar a l'hereu aparent de bona fe la contraprestació obtinguda per la disposició de béns singulars de l'herència i la possibilitat de «reivindicar» els esmentats béns al tercer adquirent. D'altra banda, semblava que també quedaria sense resoldre expressament la situació de l'hereu aparent de mala fe en el mateix cas de disposició. Recordem que aquell precepte es limitava a establir, en el seu paràgraf tercer, que: «L'hereu aparent de bona fe que ha alienat béns de l'herència solament ha de restituir a l'hereu real el preu o la cosa que com a contraprestació ha obtingut amb l'alienació onerosa o el que ha adquirit amb ells, subrogant-se en les accions per reclamar el preu o la cosa que hom degui encara». En el quart, s'hi deia que: «L'hereu real no pot reivindicar dels adquirents de bona fe i a títol oneros els béns alienats per l'hereu aparent». Al nostre entendre, en el context de l'article 64 CS prevalien els arguments per defensar que, en cas de disposició de béns singulars per l'hereu aparent de bona fe, l'hereu real era lliure de triar entre reivindicar-los als tercers adquirents o limitar-se a interposar l'acció de petició d'herència conformant-se, pel que fa als esmentats béns (encara que fossin reivindicables), amb la contraprestació obtinguda per l'alienant. Altrament dit, el benefici de la subrogació real no quedava restringit als supòsits d'irreivindicabilitat. Ni ho imposava la lletra de l'article 64 Cs ni esdevenia l'única interpretació possible.¹⁴ La tria entre l'acció reivindicatòria o la reclamació del bé per la via d'acció de petició d'herència i subrogació real només podia fer-se efectiva, però, en cas de disposició onerosa a favor de tercer de mala fe: de ser-ho de bona fe, l'única

¹⁴ Així, es prescindeix del caràcter reivindicable o irreivindicable dels béns disposats a l'hora de dictar sentència de condemna a la restitució en la STSJC 14.09.2006 (RJ 2007/956). Contràriament, a favor de la limitació, vegeu Roca Trias, E. *op. cit.*, p. 517; es defensava el mateix en el context de la CDCC a Guardia Canela, J. D. *op. cit.*, p. 526 i nota 34.

opció era la subrogació, atès el caràcter irreivindicable del bé.¹⁵ Si ho era a títol gratuït, la subrogació, per definició, no hi tenia cabuda atesa la inexistència de contraprestació. En qualsevol cas, tractant-se de disposició onerosa a favor de tercer de mala fe, l'hereu aparent corria sempre el risc de perdre la contraprestació: o l'hauria de restituir a l'hereu real en seu d'acció de petició d'herència o, interposada amb èxit una reivindicatòria contra el tercer, molt probablement aquest li reclamaria després per evicció.¹⁶

A part d'això, l'article 64 CS no deia res quant a la disposició efectuada per l'hereu aparent de mala fe. La remissió a les normes en matèria de liquidació de la situació possessòria no hi donaven solució i això perquè no estableixen què succeeix en cas d'haver alienat el bé i, per tant, quan la restitució *in natura* no és possible per aquesta causa. En l'article 522.5.2 CCCat la «pèrdua» ho és en sentit material. I tot plegat no deixa de ser lògic: si s'ha alienat la cosa, l'acció reivindicatòria s'haurà d'interposar contra el nou posseïdor i no contra l'alienant. La lletra de l'article 64 CS podia donar, indirectament, la resposta: la mala fe de l'hereu aparent determinava que aquest no en tingués prou a restituir, «solament», el preu o contraprestació obtinguts. Hauria de lliurar, en qualsevol cas, el valor del bé i, a més, els danys i perjudicis generats.¹⁷

2. L'article 465-2 CCCat: el caràcter restituïble o irrestituïble dels béns disposats

El llibre IV dibuixa un altre escenari. I, això, pel següent: en primer terme, perquè la disciplina que s'hi estableix prescindeix, com succeïa en la CDCC, de la bona o mala fe de l'hereu aparent que ha disposat. En segon terme, perquè ja no es parla, almenys literalment, de la possibilitat de «reivindicar» els béns als tercers adquirents. Després d'establir que l'hereu aparent vençut ha de restituir al real els béns de l'herència, se'ns diu, simplement (en l'apartat 2) que «s'exclouen de la restitució els béns

¹⁵ Que, a part d'això, podria entendre's com a mera irreivindicabilitat, sense efecte adquisitiu, o com a manera indirecta de designar l'adquisició; vegeu Badosa Coll, F. «Els dos sistemes adquisitius de drets reals en el Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya». *La codificació dels drets reals a Catalunya. Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitaria, 2007, p. 101.

¹⁶ Per la via del sanejament per evicció, però, l'hereu aparent perd molt més que el preu obtingut. La reclamació pot arribar a tots els conceptes relacionats en l'article 1478 Cc. Des d'aquesta perspectiva, a l'hereu aparent de bona fe li interessarà més restituir el preu a l'hereu real que no pas respondre per evicció davant de l'adquirent.

¹⁷ Vegeu, de nou, la STSJC 14.09.2006 (RJ 2007/956). A part d'això, en aquesta Sentència, essent com eren més d'un els hereus aparents, la condemna a la restitució del preu o valor fou solidària en cas de disposició de mala fe i mancomunada per a les disposicions de bona fe.

adquirits a títol onerós per tercers de bona fe». En un primer moment, la redacció de l'article 465-2.2 CCCat es mostra enganyosa. Si del que tracta el precepte (art. 465-2 CCCat) és de la restitució dels béns de l'hereu aparent al real i com a conseqüència de l'exercici de l'acció de petició d'herència (art. 465-1 CCCat), és clar que en quedaran exclosos tots els béns dels quals l'hereu aparent hagi disposat i no sols aquells adquirits per tercers protegits (seran tots, perquè ja no es tenen i, per tant, perquè no es poden restituir). Si això és així, tampoc no té sentit que la restitució en seu d'acció de petició d'herència es faci dependre, tractant-se de béns mobles, de les normes sobre «irreivindicabilitat» (encara que, pròpiament, ho són d'adquisició i no solament d'irreivindicabilitat en sentit estricte). Aquestes disposicions determinaran si és possible o no la reivindicació al tercer adquirent, no pas el seu caràcter restituïble o irrestituïble en judici de petició d'herència.

En qualsevol cas, el fet és que en l'article 465-2.2 CCCat només es fa referència a les adquisicions oneroses fetes a favor d'adquirents de bona fe. I aquest és el supòsit del qual també parteix l'apartat 3 de la norma. S'hi diu, literalment, que l'hereu aparent només «ha de lliurar» el preu o la cosa obtinguts com a contraprestació «en els supòsits a què fa referència l'apartat 2», és a dir, en cas de béns irrestituïbles per irreivindicables. Això vol dir, *a contrario*, que, quan es tracta de béns reivindicables (i, sobretot, pensem en adquisicions oneroses a favor de tercers de mala fe), l'hereu real ha d'interposar l'acció singular? En una primera aproximació, caldria afirmar-ho atès que, en cas de no reivindicar al tercer, tampoc no podrà reclamar res per aquesta raó a l'hereu aparent (almenys, a l'empara de l'article 465-2.3 CCCat, no podrà reclamar-ne la contraprestació). D'aquesta manera, sembla imposar-se la subsidiarietat de la subrogació real i sembla, tractant-se d'adquisicions a favor de tercers de mala fe i a títol onerós, que l'hereu real no pot triar: a diferència de la interpretació defensada de l'article 64 CS, en el nou context haurà d'interposar una reivindicatòria. A la fi s'arriba a una conclusió contrària a la mateixa lletra de l'article 465-2.2 CCCat: si la «restitució» de què es parla és la derivada de l'acció de petició d'herència (com literalment sembla), aleshores succeeix que els béns adquirits a títol onerós per tercers de bona fe són, precisament, els que no s'exclouen. Òbviament, no es restitueixen *in natura*, sinó per mitjà de subrogació real. Els que sí que «s'exclouen de la restitució [...]» són els adquirits per tercers de mala fe o gratuïtament. En exercici d'una acció de petició d'herència no se n'obtindrà res i caldrà adreçar-se (reivindicant) a l'adquirent. Succeeix, però, que amb aquest nou plantejament les facilitats que es donen a l'hereu real a fi de recuperar l'herència amb una sola acció es fan dependre de la realització o no d'actes dispositius per l'hereu aparent. És l'actuació aliena (la d'aquest hereu aparent) la que fa de pitjor o millor condició l'hereu real.

I això últim no sembla gaire coherent. D'aquí que sigui possible pensar en una altra lectura de la norma, que partiria d'una interpretació *a contrario* de l'apartat 2 de l'article 465-2. Si només s'exclouen de la restitució els béns adquirits a títol oneros per tercers de bona fe, no deu ser que els béns adquirits d'una altra manera (gratuïtament o de mala fe) no en queden exclosos i s'han de restituir? L'expedient podria ser el de la inoposabilitat de les esmentades alienacions a l'hereu real: aquests béns se li haurien de restituir perquè, per a ell, aquestes disposicions s'entendrien no fetes. Salvaríem d'aquesta manera la virtualitat principal de l'acció de petició d'herència com a acció universal: l'hereu real ho podria reclamar tot amb una sola acció i se li hauria de restituir tot, directament (així, béns que encara conservi l'hereu aparent o dels quals hagi disposat gratuïtament o a favor de tercers de mala fe) o, en l'apartat 2 de l'article 465-2 CCCat, per la via de la subrogació real.

LA REGULACIÓN DEL HEREDERO DISTRIBUIDOR EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL BALEAR DE 1990

FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL HEREDERO DISTRIBUIDOR. 1. Elementos subjetivos. 1.1. El causante u ordenante. 1.2. El distribuidor. 1.3. Los beneficiarios: los parientes del ordenante o del distribuidor. 2. Formas sucesorias para ordenar la distribución. 3. Títulos sucesorios para el nombramiento de distribuidor. 3.1. El distribuidor como heredero universal: Institución de heredero en propiedad con obligación de disponer. 3.2. El distribuidor como heredero usufructuario universal: Institución de heredero usufructuario con facultad de disponer. 3.3. El distribuidor como legatario del usufructo universal: Institución de legatario del usufructo universal. 4. Posición jurídica del distribuidor: el distribuidor como fiduciario. 5. Contenido de la posición jurídica del distribuidor. 5.1. La aceptación del encargo. 5.2. Las facultades del distribuidor en general. 5.2.1. Las facultades de elección y/o distribución. 5.2.2. La administración de la herencia por su similitud con un fiduciario. 5.2.3. La realización de actos de disposición. 5.2.4. El derecho a detraer la cuarta trebeliánica. 5.2.5. El derecho a detraer la cuarta falcidia. 5.3. La frustración del encargo. 5.3.1. La frustración total del encargo. 5.3.2. Frustración parcial del encargo. 6. El contenido de la posición jurídica de los beneficiarios. III. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA POSIBILIDAD DE EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DEL DISTRIBUIDOR. IV. PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA CONSULTADA. V. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

La *Compilació de Dret civil de les Illes Balears* de 1990 (CDCIB) regula la institució del heredero distribuidor en los artículos 18 a 23 y 13.5 y 6 para Mallorca. Dicha regulación se aplica a Menorca por remisión del art. 65, con excepción del art. 13.5 y 6. Para Ibiza se regula en los arts. 71 a 73 la fiducia sucesoria, lo que supone, por la división de la *Compilación en Libros*, que la regulación del heredero distribuidor mallorquín no es aplicable a Ibiza.

La institución de la distribución se produce cuando el testador delega en su sucesor (el distribuidor) la facultad de elegir heredero (encargo de elección)

y/o de distribuir los bienes adquiridos (encargo de distribución), libremente o con las condiciones, términos y modos que el testador establezca, entre una o varias personas que forman parte de un grupo determinado de parientes del propio testador y/o del heredero distribuidor.

Según Rivera¹ y Pascual Ruiz,² la motivación que subyace tras esta figura es la de distribuir mejor la herencia entre los hijos comunes, teniendo presente su comportamiento, sus merecimientos y sus desgracias e igualmente evitar la intestada. En igual sentido, se dice que es una institución frecuente en el testamento entre cónyuges y tiene por objeto premiar a aquél de los hijos o parientes que mejor conserve la memoria del difunto; o mejor honre al sobreviviente, manteniendo en la prole el respeto debido; o bien prevenir una muerte inesperada sin testar, teniendo hijos en tierna edad, ignorando cuál de ellos será el de mejores aptitudes morales e intelectuales para la continuación de la casa.³

Por esto, también cabe afirmar que se observa, en esta institución, la presencia de un interés de beneficiar a un tercero o de conseguir un propósito específico indirecto (como por ejemplo que los hijos continúen el negocio familiar) más allá de, simplemente, vincular los bienes dentro de la propia familia (como ocurre en las sustituciones fideicomisarias).

De forma general, a modo de introducción, procede también mencionar los antecedentes de la figura del distribuidor, cuya génesis y evolución, según Pascual González,⁴ se debe a la conciencia popular y, por esto, se la considera de origen consuetudinario. El origen consuetudinario de esta

¹ Rivera, Marcial, «Modalidades del Derecho foral menorquín. Heredero distributivo». *Revista crítica de Derecho inmobiliario y registral*, 1956, n.º 332-334, págs. 793-806, cit. pág. 795.

² Pascual y Ruiz, Luis G., «La institución de heredero distributivo». *Revista de Derecho privado*, 1931, 114-123, cit. pág. 114.

³ En las *Actas de la Comisión general de estudio del Derecho civil de Mallorca* del Ilustre Colegio de Abogados de Palma, 1880-1881, en la Sesión de 26 de abril de 1881, y en la Exposición de Motivos que el Colegio de Abogados de Palma elevó al Ministro de Gracia y Justicia en 30 de abril de 1881 con motivo de la proyectada codificación del Derecho civil, común y foral, se dice: «Los testamentos por comisario, desconocidos en el derecho romano, no se han admitido en Mallorca; pero existe la costumbre bastante generalizada de que un testador imponga al heredero usufructuario ó propietario la obligación de disponer de los bienes hereditarios, por acto entre vivos o por última voluntad á favor de determinadas personas, a su elección. (...). Dos hechos incontrovertibles encierra esta conclusión. Dominada la isla por el drº romano en todo lo referente a sucesiones, fue desconocida siempre la forma castellana de testar por comisario; pero en cambio es muy común leer en los testamentos la obligación impuesta al heredero usufructuario o propietario de disponer de los bienes a favor de determinadas personas, a su elección. Por este medio se proponen los cónyuges mantener en la prole al respeto debido al sobreviviente concediéndole facultades amplísimas de premiar al q. se haga digno de ello. (...)».

⁴ Pascual González, *Derecho civil de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1951, cit. pág. 278.

figura es una idea que se repite constantemente⁵ por la doctrina sin aclarar, no obstante, como se produce la formación de dicha costumbre.

Junto a esta idea, se ha señalado también que es una costumbre catalana⁶ (cfr. STS 31 de marzo de 1876, 29 de enero de 1883, 10 de diciembre de 1931).

Asimismo, no se descarta tampoco por parte de alguna doctrina la procedencia remota del derecho canónico o una influencia de éste. Sobre ello, no obstante, diverge la doctrina.

Rivera⁷ extrae el origen remoto de esta figura de textos romanos y Costa Ramón⁸ se hace eco de la obra de Rivera pero discrepa sobre su origen y apunta a la recepción del Derecho canónico en las islas Baleares como origen del testamento «in fiduciam». De hecho, señala Costa que la institución del testamento «in fiduciam» es casi el único ejemplo de la penetración de este derecho en las islas Baleares⁹ y señala que el origen de dicha figura se halla en una Decretal de Inocencio III.

Por lo que se refiere a los antecedentes legislativos a la Compilación, acerca del origen de dicha figura, es muy contundente lo señalado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Trabajo de la Sección especial de la Comisión General de Codificación:

«Hemos dicho que nuestras instituciones de fondo no romano, ofrecen pocas posibilidades de exégesis y están suficientemente expresadas en el Anteproyecto; pero hemos de centrar, por lo menos, la atención en la institución de heredero distribuidor, a quien llamaremos distributivo para acomodarnos a la terminología recibida por la doctrina y la jurisprudencia, institución que, por su desarrollo puramente consuetudinario, carece de otros desenvolvimientos técnicos que el trabajo doctrinal, ya clásico de D. Luis G. Pascual Ruiz en la R.D.P. y el estudio de F. Luis Pascual y González en su “Tratado”».

⁵ En las *Actas de la Comisión general de estudio del Derecho civil de Mallorca* del Ilustre Colegio de Abogados de Palma, 1880-1881, en la Sesión del día 6 de diciembre de 1880, se señala que: «Existe en Mallorca la costumbre de q. un cónyuge conceda a otro nombrándole heredero facultad para disponer de sus bienes a favor de sus hijos, de sus parientes y a veces de personas extrañas».

Idea ésta que se repite en los documentos compiladores baleares.

⁶ Rivera, Marcial, «Modalidades del Derecho foral menorquín. Heredero distributivo». *Revista crítica de Derecho inmobiliario y registral*, 1956, n.º 332-334, págs. 793-806, cit. pág. 796.

⁷ Rivera, ob. cit. pág. 796.

⁸ Costa Ramón, José, «Derecho foral ibicenco». *Ibiza*, n.º 5, 2ª época. *Revista del Instituto de Estudios ibicencos*, Eivissa, 1958, cit. pág. 22.

⁹ Costa habla de la «raquítica recepción del Derecho Canónico», ob. cit. pág. 22.

Asimismo, es también muy tajante sobre el origen de dicha figura, lo señalado en el Proyecto de Apéndice elaborado por la Comisión de juristas nombrada por la Orden Ministerial de 10 de enero de 1948 (Título Tercero, De la sucesión testada, de la Sección 1ª, De los testamentos en general y de los codicilos):

«Hemos incluido, también, en esta Compilación, la costumbre arraigada en grado superlativo y que, de día en día, va propagándose más, según la cual el testador instituye heredero usufructuario o propietario atribuyendo al primero la facultad o imponiendo al segundo la obligación de designar el heredero definitivo o de distribuir definitivamente la herencia entre determinados parientes del testador o del instituido.»

Para concluir con esta introducción, resaltamos el hecho de que el mayor problema que presenta, en la práctica,¹⁰ esta figura es que no es fácil detectar el nombramiento de heredero distribuidor, pues, en ocasiones, se sobreentiende y ello lleva a que se inscriban en el Registro de la propiedad adjudicaciones sin saber que son de heredero distribuidor y, por tanto, sometidas a futura distribución.

¹⁰ Sobre el problema de detectar dicha figura, cabe, a modo de ejemplo, referirnos a la STS de 20 de noviembre de 1987 que resuelve la cuestión de la simulación de compraventas de bienes dados en fideicomiso, por parte del distribuidor. En ella, se aborda el caso en que el testador nombra heredera a su esposa imponiéndole: «la obligación de transmitir a los parientes de aquél, por actos intervivos o mortis causa, lo bienes que ella no hubiera enajenado, facultando a dicha heredera para elegir libremente al pariente del testador que habría de recibir tales bienes restantes (uno del grupo de “parientes” por aquél designado)». Así, se observa que se califica de fideicomiso de residuo de elección y se obliga a reservar un cuarto de los bienes. Aunque, igualmente se aplican normas de la distribución al señalar: «Siempre corresponderá al grupo “parientes del testador” o a cualquiera de sus miembros en nombre de todos el derecho a la tutela de su expectativa a serlo, pues necesariamente uno de ellos habrá de ser el heredero sustituto y cuando la fiduciaria fallece, como aquí sucede, sin haber ejercitado su facultad de designación y no existe disposición preventivamente adoptada por el testador, no puede negarse interés legitimador, a tenor del artículo veinte de la Compilación, a quienes comparecen como parientes del testador y sostienen que son sus más próximos en grado... todo ello con base en el artículo veinte de la Compilación a cuyo tenor “si el distribuidor por cualquier causa dejare de efectuar la asignación o distribución, se estará a lo previsto para el caso en el testamento y, a falta de disposición especial, se entenderán instituidos por partes iguales aquellos parientes del testador que, sobreviviendo a éste, fueren los más próximos en grado de entre los individual o genéricamente designados por él».

II. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL HEREDERO DISTRIBUIDOR

1. Elementos subjetivos

1.1. El causante u ordenante

Debido a que la institución de heredero distribuidor no se ordena únicamente en testamento, sino también cabe en donación universal, es más correcto utilizar el término de ordenante para referirnos al causante.

El ordenante puede nombrar heredero distribuidor puramente o establecer condiciones o términos, suspensivos o resolutorias, que afecten al cargo (p.ej. que no vuelva a contraer matrimonio). Igualmente, puede imponer limitaciones tales como: prohibiciones de disponer, cargas, modos, sustituciones fideicomisarias puras, condicionales o de residuo, a los herederos elegidos o destinatarios de los bienes nombrados por el distribuidor. También puede autorizar al distribuidor para que imponga condiciones o limitaciones, siempre que no incumpla el artículo 25 CDCIB, en relación con el límite de las dos generaciones (STS de 24 de mayo de 1963).¹¹

1.2. El distribuidor

La capacidad del heredero distribuidor está determinada por las normas referentes a la capacidad para suceder por testamento del Código civil (artículo 744 ss Cc), que establecen incapacidades absolutas (artículo 745 Cc) e incapacidades relativas testamentarias (artículos 752-755 Código civil), así como por las que determinan las incapacidades por causa de indignidad (artículo 756 Código civil).

Por tanto, puede ser heredero distribuidor¹² cualquier persona física que tenga capacidad para suceder por testamento.

¹¹ La STS de 24 de mayo de 1963 aborda el caso en que un testador dispone de una sexta parte de sus bienes a favor de una hija suya, quien a la vez debe disponer a favor de sus hijos, y en caso de no tenerlos, a favor de un sobrino, hijo de su hermana. La «distribuidora» dispone a favor de un sobrino y, en sustitución vulgar de éste por premoriencia, a favor de los hijos de éste. Al abrirse la herencia, dicho sobrino elegido ha fallecido y se discute si la distribuidora podía o no elegir a los hijos de éste, o debió prever que le sustituyera otro sobrino. La sentencia debe interpretar qué se entiende, del conjunto de la cláusula testamentaria, por «hijos», si descendientes de primer grado o descendientes en sentido amplio, aceptándose que dispusiera a favor de nietos de su hermana.

¹² El *Informe de Ponencia en el Proyecto de Ley sobre Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares* señala con relación a la figura que nos incumbe que se acepta «la modificación que por los mismos Señores Procuradores se sugiere a los arts. 18 a 22, ambos inclusive, sustituyendo en los mismos la palabra “distributivo” por la de “distribuidor”, por cuanto así lo abonan razones de tradición y de prácticas jurídicas».

De todas formas, es forzada la interpretación que admite que sea distribuidor cualquier persona física, puesto que, aunque nada lo impide en la Compilación, la institución se refería, tradicionalmente,¹³ al cónyuge. Aunque, la costumbre de limitar el nombramiento del distribuidor al cónyuge no lo observamos en la jurisprudencia, puesto que podía ser frecuente que fuera también distribuidor un hijo (el de mayor edad o el que convivía con el testador, STS de 24 de mayo de 1963)¹⁴ u otro pariente cercano (STS de 25 de abril de 1951¹⁵ y de 18 de octubre de 1977).¹⁶

Asimismo, hay que plantear la posibilidad de que pueda ser heredero distribuidor una persona jurídica, puesto que la Compilación no lo prohíbe, si bien la interpretación para aceptar dicha posibilidad requiere de retoques en la normativa. Ejemplos de que es forzoso que sea distribuidor una persona jurídica los hallamos en el artículo 18 CDCIB que habla de «parientes» y en el artículo 22 CDCIB al hablar de la «premorienca» (se tendría que equiparar a la extinción de la persona jurídica).

¹³ Ver: En las *Actas de la Comisión general de estudio del Derecho civil de Mallorca* del Ilustre Colegio de Abogados de Palma, 1880-1881, en la Sesión del día 1 de diciembre de 1880, se señala que: «Es costumbre autorizar un cónyuge a otro para que otorgue testamento (...)». En la Sesión de 6 de diciembre de 1880 se señala que: «*Existe en Mallorca la costumbre de q. un cónyuge conceda a otro nombrándole heredero facultad para disponer de sus bienes a favor de sus hijos, de sus parientes y a veces de personas extrañas*». El *Proyecto de Apéndice al Código civil español* de 20 de febrero de 1903 redactado por la Comisión especial de Derecho foral de las Islas Baleares nombrada el año 1899 dice en su Exposición de Motivos: «Es costumbre frecuentísima en esta Provincia que el testador imponga a su cónyuge, así le instituya en la propiedad o en el usufructo de la herencia, la obligación o le atribuya el derecho de elegir a aquel de entre los hijos comunes, o de determinados parientes, que deba entenderse nombrado heredero del mismo testador. Esta clase de disposiciones, bien distintas de los heredamientos de confianza, y que no hay que confundir con éstos, tienen por objeto primordial premiar mediante la herencia a aquel de los hijos o parientes que mejor conserve la memoria del difunto o mejor honre la persona de aquel a quien se comete el derecho o la obligación de elegir.»

¹⁴ La STS de 24 de mayo de 1963 aborda el caso en que un testador dispone de una sexta parte de sus bienes a favor de una hija suya, quien a la vez debe disponer a favor de sus hijos, y en caso de no tenerlos, a favor de un sobrino, hijo de su hermana.

¹⁵ En la STS de 25 de abril de 1951, el testamento visto en el litigio constaba de una cláusula en la que la testadora instituía heredera universal a su nuera con la obligación de disponer «de los bienes de mi herencia por actos “inter-vivos” o “mortis causa” a favor de uno o varios de mis parientes consanguíneos», con las amplias facultades de vender o enajenar determinadas fincas.

¹⁶ La STS de 18 de octubre de 1977 aborda el siguiente caso: La testadora había sido nombrada en el testamento de una tía suya, fallecida en 1932, heredera distribuidora para que, posteriormente, distribuyera sus bienes entre sus hijos sin privar a ninguno y a falta de dicha distribución, los bienes se dividieran en partes iguales.

1.3. Los beneficiarios: los parientes del ordenante o del distribuidor

El heredero distribuidor para cumplir su encargo podrá elegir herederos entre todos los que forman el grupo de parientes que el ordenante ha señalado.

La CDCIB habla de parientes pero los beneficiarios podrían no ser parientes, ya que la voluntad del ordenante es la principal regla reguladora de esta figura, con lo cual cabría la interpretación extensiva del concepto parientes hacia personas con las que se tenga una relación afectiva, aunque no sean de la familia. No obstante, no nos atrevemos a afirmar que dicha interpretación extensiva pueda ir más allá y entender que los beneficiarios puedan ser personas jurídicas, o finalidades determinadas.¹⁷

Ahora nos interesa observar que, en la distribución, hay un llamamiento múltiple y sucesivo a la herencia,¹⁸ primero, a favor del distribuidor (porque éste siempre es sucesor del ordenante) y, segundo, a favor de los parientes o beneficiarios, aunque dicho llamamiento sea abstracto y genérico.

Los segundos sucesores son elegidos indirectamente por el ordenante, de forma que, el distribuidor sólo los individualiza o determina, estando siempre a la verdadera voluntad del ordenante. La intervención en la herencia del segundo sucesor supone una vocación indirecta de carácter hereditario, que incluso puede convertirse en vocación directa cuando el heredero distribuidor premuere al causante (art. 26 CDCIB).

Después de la elección o distribución, se concede la condición de heredero/s del ordenante al elegido/s por el distribuidor, por lo cual se observa el esquema de la sustitución fideicomisaria condicional.

2. Formas sucesorias para ordenar la distribución

El nombramiento de distribuidor debe hacerse mediante uno de los dos tipos de vocación voluntaria conocidos en Mallorca. Así, queda claro que la distribución puede encargarse por testamento (el art. 18 CDCIB habla de «el testador») o por donación universal de bienes presentes y futuros (art. 13.5 CDCIB).

¹⁷ Cfr. Llodrà Grimalt, F., «El patrimoni hereditari sotmès a distribució a la Compilació balear com a patrimoni fiduciari». *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*. Coord. Sergio Nasarre Aznar i Martín Garrido Melero. Monogràfics La notaria, 2006, págs. 267-282.

¹⁸ Verger Garau siguiendo a Puig i Ferriol. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1º. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Edersa, Madrid, 2ª edición, 2000, cit. pág. 429.

Cabe preguntar, en este punto, si procede ordenar la distribución en codicilo.

Observamos que, en codicilo, el otorgante puede adicionar o reformar su institución de heredero, de forma que los límites que establece el artículo 17 CDCIB al contenido del codicilo («en ningún caso, puede instituir heredero, revocar la institución anteriormente otorgada o excluir algún heredero de la sucesión, establecer sustituciones, salvo las fideicomisarias y las preventivas de residuo, desheredar legitimarios ni imponer condición al heredero») no obstan para que el heredero ya designado (en testamento) pueda recibir el encargo de distribución en codicilo, pero sí impiden que se pueda ser designado heredero distribuidor en un codicilo. Por tanto, en codicilo se puede nombrar distribuidor de entre los designados herederos, pero no instituir heredero distribuidor.

Del tenor literal del art. 17 CDCIB, debemos concluir también que se puede por codicilo instituir usufructuario o legatario distribuidor.

3. Títulos sucesorios para el nombramiento de distribuidor

Según el artículo 18 CDCIB, cabrían, principalmente, los siguientes títulos¹⁹ para nombrar heredero distribuidor:

¹⁹ Cfr. con la Exposición de Motivos del Proyecto de Trabajo de la Sección especial de la Comisión General de Codificación que señala hablando del heredero distribuidor: «La institución es complejísima y en la que convergen supuestos que, en realidad, requerirían un tratamiento independiente adecuado a su inherente sustancia jurídica. La institución del distributivo puede comportar:

Supuesto de heredero usufructuario:

- Con facultad de designación de uno. Se aproxima a la herencia de confianza.
- Con facultad de distribución entre varios. Mezcla de heredero de confianza y comisario para testar.

Supuesto de heredero propietario.

- Con obligación de disponer designando a uno. Mezcla de sustitución fideicomisaria y herencia de confianza.
- Con obligación de distribuir entre varios. Mezcla de sustitución fideicomisario y comisario para testar.

Fundidas en cada modalidad, hay instituciones que dan a cada una de ellas un carácter híbrido y difícilmente susceptible de ser reconducidas, por asimilación, al cuadro institucional de cualquier otra figura típica de los derechos nacionales.

¿Es conveniente trasladar a la Compilación esta discriminación, tan erizada de dificultades técnicas? Creemos que esta disección, que tendría trascendencia científica indudable, representaría un peligro cierto para la supervivencia pacífica de la institución, que, a pesar de hallarse configurada por nuestro derecho de una manera tan simplista, o quizá por ello, ha dado lugar a muy escasas controversias judiciales. Por el contrario creemos que es más conveniente poner de relieve, como se hace en el Proyecto adjunto aquellos rasgos homogéneos que puedan extraerse de las distintas instituciones implicadas, lo que, lejos de comprometer, fortalecerá la estabilidad del uso recibido.»

- (1) Institución de heredero universal con obligación de disponer (elegir o distribuir).
- (2) Institución de heredero usufructuario universal o de una parte con facultad de disponer (elegir o distribuir).
- (3) Institución de legatario del usufructo universal.

Es ilustrativo sobre esta cuestión, lo señalado en el Proyecto de Apéndice elaborado por la Comisión de juristas nombrada por la Orden Ministerial de 10 de enero de 1948 (Título Tercero, De la sucesión testada, de la Sección 1ª, De los testamentos en general y de los codicilos):

«Hemos incluido, también, en esta Compilación, la costumbre arraigada en grado superlativo y que, de día en día, va propagándose más, según la cual el testador instituye heredero usufructuario o propietario atribuyendo al primero la facultad o imponiendo al segundo la obligación de designar el heredero definitivo o de distribuir definitivamente la herencia entre determinados parientes del testador o del instituido.

La forma más usual de esta institución es la nombrar heredero con la facultad o la obligación de “disponer” a favor de uno o varios de los aludidos parientes. Tanto la Comisión Especial como el Colegio de Abogados, la adoptaron en sus respectivos Proyectos de Apéndice, pero la primera determinó su sentido y alcance en la mencionada Exposición de Motivos, expresando que otorgaba el derecho o la obligación de elegir o designar a la persona que deba entenderse llamada a la herencia del testador. (...)

Para que la amplitud del vocablo “disponer” no pueda inducir a error a nadie, la hemos sustituido por las de asignar y distribuir, sin que por ello quede alterado en un ápice la inveterada costumbre».

Por otro lado, la jurisprudencia nos da ejemplos de las formas más usuales para ordenar esta figura: (1) La de instituir al cónyuge heredero en pleno dominio, pero con la obligación de distribuir los bienes a favor de los hijos comunes o parientes cercanos (sobrinos: STS de 1 de julio de 1871,²⁰ de 29 de enero de 1883; parientes de una línea: STS de 28 de diciembre de

²⁰ En la STS de 1 de julio de 1871 la institución establecida reza en los siguientes términos: «...instituyó heredera á su citada esposa á su voluntad durante su vida, con la única obligación de que del todo ó parte de sus bienes raíces que conservase en el día de su muerte hubiera de disponer precisamente á favor de uno ó más de sus sobrinos ó sobrinas carnales, como quisiera, prohibiéndola hacer donación y fianza de sus bienes ...».

1923);²¹ y (2) la de instituir un cónyuge al otro usufructuario de toda la herencia, con facultad de disposición, con el encargo de distribución a favor de los hijos comunes (STS de 10 de diciembre de 1931),²² o de algunos de ellos (STS de 31 de marzo de 1876).²³

3.1. El distribuidor como heredero universal: Institución de heredero en propiedad con obligación de disponer

Observamos que, en esta modalidad, el distribuidor es propietario de los bienes hereditarios y participa, por tanto, del carácter de heredero fiduciario²⁴ de todos los bienes o de parte de ellos o de los que le restaren a su muerte (STS de 1 de julio de 1871) —²⁵ el residuo.

En este supuesto, el distribuidor tiene la obligación²⁶ de disponer —elegir o distribuir—, puesto que es propietario y como tal podría no hacerlo, pero al estar obligado a ello, deberá cumplir el encargo.

²¹ En la STS de 28 de diciembre de 1923, se discute sobre la siguiente cláusula: «En el remanente de todos mis bienes y derechos, presentes y futuros, instituyo por mi heredero universal a mi esposo, con la obligación que le impongo de que disponga de mis bienes por actos *mortis causa* o inter vivos, a favor de cualquiera de mis parientes consanguíneos de la línea materna, quedan excluidos los de la paterna. No obstante la obligación expresada, faculto a mi marido para vender, gravar y de cualquier modo enajenar todo o parte de mi herencia, sin intervención judicial de ninguna clase, aunque tenga otros de su propiedad».

²² En la STS de 10 de diciembre de 1931 se dice que «del remanente de todos sus bienes presentes y futuros, instituye por herederos, usufructuaria y para todo el tiempo de su vida a su esposa... y propietarias nombra a sus dos hijas, bajo la división que dispondrá su madre esposa del testador, a quien le confiere las facultades en derecho necesarias y para el caso de que no quisiese o no pudiera hacer uso de esta facultad dispone el testador que se dividan su herencia sus dos herederas propietarias en iguales partes».

²³ En el supuesto de hecho de la STS de 31 de marzo de 1876, el causante instituyó heredera usufructuaria de todos sus bienes a su consorte y «heredero propietario universal á uno ó muchos de sus hijos varones procreados de su matrimonio, dando poder y facultad bastante á su citada mujer para poder nombrar al heredero ó herederos que tuviera á bien, pero con condición de que tal nombramiento recayera en uno ó muchos de los hijos varones, no obstante tendría facultad de señalar á las hijas alguna cosa más de la que le correspondiera por sus legítimas; y para el caso de que su mujer no dispusiera, nombró herederos universales propietarios a sus dos hijos, por partes iguales, con la condición de mantener y dar estado á todos los demás».

²⁴ Pascual Ruiz, ob. cit. pág. 119.

²⁵ En la STS de 1 de julio de 1871 la distribuidora es calificada de heredera en plena propiedad durante su vida, con obligación de disponer del residuo a favor de algún sobrino.

²⁶ La STS de 29 de enero de 1883 señala que «... el testador no facultó á su mujer para elegir heredero de aquél, sino que la nombró su heredera universal propietaria, imponiéndole la obligación que ésta debía cumplir como heredera voluntaria de haber de disponer de

Al entender que el distribuidor es un fiduciario, la facultad (aquí, obligación) de elección constituye un verdadero fideicomiso, de forma que, si el distribuidor fallece sin haber cumplido el encargo, todos los hijos entrarán como sustitutos, guardándose las reglas de la representación.²⁷

El distribuidor, como propietario, tiene poder de disposición de los bienes, pero es igualmente usual que se le atribuya expresamente la facultad de enajenar o consumir los bienes que estime necesarios o convenientes. Esta concesión manifiesta la confianza depositada por el ordenante en el distribuidor, en el sentido de que el ordenante entiende que las actuaciones y necesidades de consumo del distribuidor estarán justificadas, con lo cual no ha de responder ante nadie.

3.2. El distribuidor como heredero usufructuario universal: Institución de heredero usufructuario con facultad de disponer

Una de las formas más comunes para ordenar dicha institución es, en testamento, instituir herederos universales, como usufructuario al distribuidor, y como propietarios a aquél o aquéllos de los hijos comunes (STS de 31 de marzo de 1876 y de 10 de diciembre de 1931) o parientes del testador que el distribuidor elija.

Esta ordenación de distribuidor como heredero usufructuario puede comprender todos los bienes de la herencia, solo algunos de ellos o el residuo que quede a su fallecimiento, es decir, puede hacerse con una cláusula de disposición. De hecho, es usual que así sea, de forma que se atribuye al distribuidor la facultad de enajenar o consumir los bienes que estime necesarios o convenientes para atender a su subsistencia y necesidades o a las de los hijos comunes, consignándose dicha facultad en su sentido más amplio de disposición, «sin necesidad de autorización judicial ni intervención de persona alguna».²⁸

El distribuidor usufructuario puede tener el encargo de distribuir únicamente, pero puede tener también el de elección (STS de 31 de marzo de 1876). Aquí surge el interrogante de saber cómo se conjuga con los principios sucesorios mallorquines, el hecho de que en el testamento sólo haya un heredero, que es únicamente usufructuario (con encargo de elección), y que, en el testamento, el heredero propietario no esté determinado, porque éste está pendiente de elección. Por tanto, surgen los siguientes interrogantes: ¿Quién es heredero en el testamento del causante?

los bienes del testador á favor de uno ó más de sus sobrinos y descendiente de estos, sin establecer restricciones ni condiciones para el cumplimiento de esta obligación».

²⁷ Pascual Ruiz, ob. cit. pág. 121.

²⁸ Pascual Ruiz, ob. cit. pág. 117.

¿Cómo puede disponer un simple usufructuario? ¿Y si no elige, cómo se soluciona el supuesto de unos nudos propietarios inexistentes?

Las respuestas a dichos interrogantes debemos buscarlas en el artículo 15.2 CDCIB, por el cual el usufructuario «se equipará al instituido en cosa cierta» (legatario), de forma que, al no concurrir con otros herederos, el usufructuario será considerado legatario de la cosa cierta (el usufructo) y heredero universal de la nuda propiedad.

Ahora bien, en realidad, en la distribución, la herencia debe hacer tránsito hacia otras personas, con lo cual debemos aplicar el art. 15.3 CDCIB, de forma que el instituido heredero en usufructo total o parcial tiene, respecto de la nuda propiedad, sólo el carácter de heredero fiduciario, puesto que para después de su muerte hay otro heredero —los beneficiarios—, que será considerado fideicomisario. En este supuesto, se produce una institución de heredero fiduciario en régimen de sustitución fideicomisaria implícita.²⁹

Por tanto, cuando el distribuidor es instituido sólo en el usufructo de la herencia, salvo voluntad contraria del testador, no se produce una distribución de facultades entre el usufructuario y los parientes destinatarios de los bienes, ya que éstos son objeto de un llamamiento condicional.

3.3. El distribuidor como legatario del usufructo universal: Institución de legatario del usufructo universal

Esta modalidad no se especificaba en los textos anteriores³⁰ a la CDCIB de 1990, pero el actual art. 18 CDCIB declara expresamente que el distribuidor puede ser llamado a título de legatario del usufructo universal.

En este caso, el legatario del usufructo sobre todos los bienes de la herencia no puede ser considerado heredero fiduciario, sino legatario fiduciario distribuidor.

Además, no se aplica a este supuesto la institución «ex re certa» del art. 15 CDCIB, de forma que, si el legatario usufructuario distribuidor es el único sucesor instituido no puede entenderse que es un legatario respecto

²⁹ Verger, ob. cit. pág. 448.

³⁰ La Ley 5/1961, de 9 de abril, *sobre Compilación del Derecho civil especial de Baleares* señala en el artículo 18 que: «El testador podrá encomendar a la persona instituida, aunque sólo lo fuere en usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, que, por acto entre vivos o de última voluntad, los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o del propio “distribuidor”, libremente o con las condiciones y limitaciones que el testador establezca, quedando a salvo las legítimas».

del usufructo y heredero universal por el resto, obligado en cuanto a esto a distribuir.³¹

Siendo así, parece que hay que concluir que el legatario distribuidor no puede tener la facultad de elección, sino sólo la de distribución. Llegamos a dicha conclusión por el hecho de que, al no poder el legatario usufructuario ser considerado heredero *ex re certa*, habrá que determinar un heredero en el testamento para salvar su validez. Además, si tuviera la facultad de elección y no concurre con otros herederos tendrá la misma situación que el heredero usufructuario (art. 15 CDCIB).

Pero el art. 18 CDCIB no hace dicha salvedad, en el sentido de que el legatario distribuidor sólo pueda tener encomendada la facultad de distribuir, con lo cual debemos aceptar el nombramiento de distribuidor a título de legatario del usufructo universal con cláusula de elección y de distribución.

Esta solución que da la CDCIB permite observar la flexibilidad de la institución ya que, en este caso, el distribuidor no es heredero fiduciario y, por tanto, no es propietario de los bienes, ni lo será por la institución *ex re certa*, con lo cual, se observa el carácter de mero gestor que se esconde tras dicha modalidad de distribución.

En esta modalidad, el distribuidor queda sujeto a ejercitar su derecho (como todo usufructuario) con arreglo a las prescripciones legales que regulan el usufructo en general, y nunca, aunque premuriesen las personas a cuyo favor hubiese de disponer con arreglo a la voluntad del testador, podría adquirir derecho alguno a la nuda propiedad de la herencia, cual nuda propiedad, a falta de dichas personas, pasaría a los herederos legítimos o abintestato del causante y en manera alguna a los del distributivo, porque con la muerte de éste se extinguen todos sus derechos, toda vez que el usufructo y las facultades dispositivas acaban con el fallecimiento de quien las tenía, por ser personalísimo el carácter de ambas instituciones.³²

Ante esta consecuencia (premorienza de todos los beneficiarios = entra la sucesión intestada por no haber herederos y la atribución del derecho de usufructo se salva como codicilo) cabe reflexionar sobre el hecho de que es frecuente, en la práctica, dejar el usufructo sobre todos los bienes a título de legado, por ser más adecuado al carácter particular de este título con la atribución del derecho de usufructo, pero la finalidad de dicha institución es la misma que la de heredero usufructuario (que conduce a la aplicación de la institución *ex re certa*), con lo cual, al ser las consecuencias para el

³¹ Verger Garau, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1º. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Edersa, Madrid, 2ª edición, 2000, cit. págs. 449-450.

³² Verger, ob. cit. pág. 448.

caso de premoriencia de los segundos llamados muy diferentes, hay que valorar hasta que punto no debe estarse a la voluntad del testador.

4. Posición jurídica del distribuidor: el distribuidor como fiduciario

La fiducia se encuentra en la base de la institución del distribuidor balear. En particular, ésta se encuadraría en la fiducia-liberalidad (o fiducia sucesoria), en la cual el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad de los bienes con la finalidad de que éste los gestione en beneficio de un tercero.³³

La fiducia sucesoria se divide en dos grupos: la fiducia sucesoria en sentido estricto (fideicomiso) y en sentido amplio (los negocios de confianza). Desde la fiducia sucesoria en sentido estricto, distinguimos dos tipos de instituciones:³⁴ Aquéllas en las que el fiduciario tiene arbitrio o margen de intervención con su propia voluntad para ordenar, total o parcialmente, la sucesión (en este grupo encuadramos la distribución); y aquéllas donde el fiduciario no tiene arbitrio, sino que sigue las instrucciones secretas del testador (herencia de confianza).

Dice la doctrina³⁵ que la posición jurídica del heredero distribuidor, aunque entendida dentro de la fiducia testamentaria, en el sentido de ser un cargo de confianza que se ejercita fallecido el testador, resulta difícil de encajar por falta de preceptos generales que enmarquen la posición jurídica de las personas a las que se autoriza a completar una determinada relación jurídica aún no definida totalmente, influyendo, en virtud de su decisión, en la esfera jurídica de diversas personas. Las lagunas que se producen en la regulación de la institución del heredero distribuidor se tendrán que colmar por analogía con otras instituciones semejantes (la sustitución fideicomisaria) y por aplicación de los principios generales del Derecho balear.

En las dos formas más usuales de ordenación de esta institución, observamos que el heredero distribuidor ocupa una posición jurídica similar a la de fiduciario (artículo 23 CDCIB). Sabemos que, en la distribución, se produce un llamamiento múltiple y sucesivo a la herencia, a favor del heredero distribuidor, en primer lugar, y a favor de los parientes, en segundo lugar, aunque sea éste un llamamiento abstracto y genérico.

Cuando el distribuidor es nombrado a título de heredero universal, la facultad de elección constituye un verdadero fideicomiso. Cuando el

³³ Cámara, *El trust y la fiducia*, cit. pág. 1138-1139.

³⁴ Cámara, *Operaciones fiduciarias*, cit. pág. 1844 ss.

³⁵ Verger, ob. cit. pág. 418 ss.

distribuidor es nombrado heredero usufructuario universal también es un fiduciario, en la medida en que el artículo 15.3 CDCIB señala que, cuando éste no concurre con otros herederos, tiene la consideración de heredero fiduciario respecto de la nuda propiedad y de heredero universal si los parientes indicados por el testador no existen, desaparecen o renuncian todos a la herencia. En este supuesto, se produce un fideicomiso especial tácito y, en consecuencia, el usufructuario, al asumir la posición del heredero fiduciario, tiene la oportunidad de purificar la herencia en su propia persona, convirtiéndose en heredero libre y pleno por premoriencia al mismo de todos los parientes o por renuncia de todos ellos a la herencia.³⁶

En conclusión, el heredero distribuidor es considerado fiduciario y, como señala el artículo 23 CDCIB, le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al fiduciario. A tales efectos, se le aplican los artículos 30 a 35 CDCIB, siempre que los artículos 18 a 23 CDCIB, relativos propiamente a la distribución, no den a entender lo contrario.

No obstante, hay que señalar que entre el heredero distribuidor y el heredero fiduciario también hay diferencias (STS de 25 de abril de 1951, de 24 de mayo de 1963 y SAP de 9 de mayo de 2000),³⁷ tales como:

³⁶ Verger, ob. cit. pág. 448.

³⁷ En la STS de 25 de abril de 1951, se señala que: «no constituyó en modo alguno una sustitución fideicomisaria, pues, aparte de que falta la concreta obligación que se impusiera a la nombrada heredera universal de reservar todos o parte de los bienes dejados para entregarlos a otro u otras personas, que es requisito esencial de la institución fideicomisaria, aun cuando esa o esas personas hubiesen de ser designadas por el instituto fiduciario, facultad de elección que está permitida en el fideicomiso romano, si tal heredera, en uso de la facultad que se le concede hubiera dispuesto de todos los bienes por actos «inter-vivos», no habría quedado porción hereditaria transmisible a su muerte y desaparecería la posibilidad de la sustitución, y si la distribución de los dichos bienes se hubiera realizado mediante actos «mortis causa», se habría efectuado una designación testamentaria de heredero o legatarios, distinta, por su naturaleza, del fideicomiso, y todavía más en la hipótesis, que en el caso actual no se dio, de que la heredera con aquella sucesión legítima o intestada de aquellos repetidos bienes entre los parientes consanguíneos de la testadora por no haber sustituto legal en realidad designado». La STS de 24 de mayo de 1963 señala: «esta disposición testamentaria constituye la institución consuetudinaria conocida en las Baleares con la denominación de «heredero distributivo» analoga a la denominada «cláusula de confianza» en el derecho catalán, vigente según los usos y costumbres de Mallorca, cuya institución es en definitiva una sustitución fideicomisaria de tipo electivo, pero con la particularidad de no dar derecho a la fiduciaria cuarta trebeliánica que como consecuencia de esta institución, el heredero fiduciario recibe los bienes, bien en concepto de usufructuario bien en el de propietario, con la obligación de transmitirlos a determinadas personas que el testador señala, por actos mortis causa o intervivos y en la forma y condiciones que en la disposición se establezcan; que evidentemente, fiduciario facultado como heredero distributivo para designar al propietario definitivo, viene obligado a atenerse al hacer la elección a las normas que el testador hubiere señalado» y «facultado el heredero distributivo para elegir el propietario en el modo que le parezca esta forma de autorización, lo comprende todo y será posible no sólo la sustitución fideicomisaria sino también la sustitución vulgar, siempre que sea a favor de los hijos del elegido o sea de la stirpe, sobre todo si se

1. Que el heredero distribuidor no puede detraer la cuarta trebeliánica.
2. Que pierde el goce de los bienes si hace la distribución por acto *inter vivos*.
3. Que los herederos favorecidos por el distribuidor pueden adquirir derecho a los mismos antes de fallecer éste, mientras que en el fideicomiso, los fideicomisarios tienen simplemente un derecho expectante que pende del cumplimiento de la condición.³⁸
4. Que en la distribución, es indeterminado el fideicomisario y lo elige el propio distribuidor, cosa que no ocurre en la sustitución fideicomisaria.
5. Que la forma de distribuir los bienes depende de la voluntad del distribuidor (y no del fideicomitente), sin perjuicio de que subsidiariamente y para el caso de que no haga uso de dicha facultad el causante deje establecido quiénes y cómo han de suceder.

5. Contenido de la posición jurídica del distribuidor

5.1. La aceptación del encargo

El nombrado distribuidor, al aceptar la herencia o el legado, expresa o tácitamente, acepta también el cargo de distribuidor. No obstante, cabe que el distribuidor renuncie expresa e irrevocablemente al cargo o tácitamente —no distribuyendo los bienes o no eligiendo heredero.

Al parecer, sólo si el nombramiento de distribuidor se configura como una institución modal, en la que hay prohibición expresa de renunciar al encargo, aquél no podrá hacerlo. Aunque es dudoso que la imposición

tiene en cuenta que la sustitución fideicomisaria expresa comprende la vulgar tácita, caso de premorir el elegido dejando hijos». La SAP de 9 de mayo de 2000 debe resolver la cuestión de si el heredero distribuidor es un supuesto de sustitución fideicomisaria y, si es así, se pregunta si la distribución hecha choca con los límites que fija el artículo 25 CDCIB. La sentencia señala las similitudes entre la figura del heredero distribuidor y el fideicomiso y dice que «el heredero distribuidor no participa de todas las características de la sustitución fideicomisaria, como es el hecho de no poder detraer la cuarta trebeliánica», por tanto, «la conclusión a la que se puede llegar es que si bien es cierto que participa en cierta medida de la naturaleza de una vocación indirecta o se pueden alcanzar objetivos similares a los de la sustitución fideicomisaria, no se puede hablar de una identidad entre ambas instituciones. Milita, *a fortiori*, a favor de tal entendimiento el hecho que la actual redacción del art. 18 de la Compilación fije los mismos límites en cuanto a los llamamientos que se hace en sede de sustitución fideicomisaria. De ser la misma institución, el legislador no habría tenido necesidad de establecerla explícitamente».

³⁸ Rivera, ob. cit. pág. 797.

de dicho modo sea útil, puesto que no cabe que el incumplimiento del modo resuelva la institución de heredero (art. 16.3 CDCIB), de forma que el modo se convierte en una obligación, cuyo incumplimiento conlleva consecuencias indemnizatorias, que en muchas ocasiones no podrán materializarse por fallecimiento del distribuidor o por no haber perjudicados por dicho incumplimiento.

Por tanto, incluso si el encargo de distribuir se configura como una obligación, el distribuidor puede no cumplir el encargo y aceptar su atribución, puesto que no hay sanción para dicha actuación.

Al contrario, lo que no tiene sentido será aceptar el encargo y rechazar el título sucesorio porque el encargo presupone éste, presupone que es heredero.

De igual forma que el distribuidor puede repudiar la herencia, puede ser removido del cargo cuando se produce una pérdida de confianza o alguna de las causas de indignidad para suceder o de desheredación, por la similitud que hay con los fundamentos de las causas de remoción de los tutores, mandatarios y albaceas previstos por el Código civil.³⁹

5.2. Las facultades del distribuidor en general

5.2.1. Las facultades de elección y/o distribución

El heredero distribuidor tiene normalmente la facultad consistente en elegir el heredero o herederos del testador y también distribuir los bienes entre ellos.⁴⁰ Al ejercitar dicha facultad, el heredero distribuidor hace una manifestación o declaración de voluntad propia, dirigida a integrar y completar, mediante la elección o distribución, la disposición del causante, el cual se limitó a señalar el grupo de parientes, sin determinar quién o quiénes de ellos han de ser su heredero o herederos, ni especificar cuotas, ni como han de distribuirse los bienes. El elector debe integrar parcialmente la disposición de última voluntad del causante, pero esa elección no es parte integrante del primer testamento. Por tanto, «la elección o distribución es distinta y separada de la voluntad del causante por ser una consecuencia ulterior del testamento que

³⁹ Verger, ob. cit. pág. 459.

⁴⁰ La Ley 8/1990, de 28 de junio, *sobre la Compilación de Derecho civil de Baleares* dice en la Exposición de Motivos que:

“En cuanto a la institución del heredero distribuidor, tan peculiar del Derecho balear, se han seguido las líneas generales marcadas por la Compilación de 1961, aunque se ha considerado conveniente formular de nuevo todos los preceptos que la regulaban, en un intento de lograr una mayor eficacia. Se establece ahora expresamente en el art. 18, que el encargo encomendado por el testador comprende, de acuerdo con abundante jurisprudencia, tanto las facultades de distribución como las de elección.»

otorgó, en el cual libremente transmitió al elector o distribuidor la facultad de elegir o de distribuir para que éste la ejercitase en nombre del causante, pero con voluntad propia y separada de la de éste».⁴¹

Se combinan dos negocios unilaterales: el negocio por el cual el testador autoriza a una persona de su confianza para que haga la elección de heredero o verifique la distribución de su herencia (testamento, donación universal o codicilo) y el negocio posterior por el cual el elector o distribuidor elige heredero o distribuye los bienes.

En definitiva, el heredero distribuidor puede:

- Elegir heredero a uno o más de dichos parientes, quedando pospuestos y apartados definitivamente de la herencia los demás parientes que forman el grupo señalado por el testador y/o
- distribuir los bienes de la herencia del testador entre dos o más de los parientes de éste o/y del propio distribuidor, en las partes iguales o desiguales que estime conveniente, o adjudicar todos los bienes a uno solo.

A. Forma de ejercicio de las facultades de distribución y elección

Hemos dicho que se producen dos negocios unilaterales. Asimismo, las facultades del distribuidor pueden utilizarse de dos formas (artículo 19 CDCIB):

- De forma expresa: indicando que usa dicha facultad.
- De forma tácita: otorgándose disposiciones que supongan necesariamente el uso implícito de dicha facultad.

Los actos para ejercer dichas facultades pueden ser:

a. Acto de última voluntad

Se dice que se trata de testamento y codicilo,⁴² puesto que, si no fuera así, no tendría sentido que se hablará, en el artículo 19 CDCIB, de acto de última voluntad en lugar de hablar sólo de testamento.

⁴¹ Verger, ob. cit. pág. 439.

⁴² Pascual gonzález señala que la forma de codicilo sólo debe admitirse si se hubiese usado la fórmula «Instituyo heredero usufructuario á A. B. y herederos propietarios a C. D. y E. en las partes iguales o desiguales que indique A. B., a quien faculta expresamente para que pueda hacerlo» u otra fórmula análoga.

No obstante, creemos que cabe plantearse si la expresión «acto de última voluntad» puede ser sólo estilística, en concordancia con el artículo 18 CDCIB, en el cual habla de acto *inter vivos* y, en contraposición, de acto *mortis causa*, para conservar un mismo estilo de redacción. De todas formas, admitiendo que sea posible la distribución por codicilo, no lo es la elección de heredero, por tanto no es un acto viable para cumplir el encargo del distribuidor en general.

Lo que sí creemos que sería posible, en Mallorca, por el artículo 13 CDCIB, si el distribuidor es heredero propietario, sería la donación universal.

Los actos *mortis causa* son revocables,⁴³ como consecuencia de la autonomía de la voluntad que preside el negocio jurídico *mortis causa* (STS de 29 de enero de 1883).⁴⁴

⁴³ El *Proyecto de Apéndice al Código civil español* de 20 de febrero de 1903 redactado por la Comisión especial de Derecho foral de las Islas Baleares nombrada el año 1899 dice en su Exposición de Motivos:

«Con motivo de ésta, que es verdadera institución en nuestro derecho foral consuetudinario, se han discutido importantes cuestiones acerca de las cuales es bien varia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por ello la Comisión ha puesto especial cuidado en resolverlas bien de acuerdo con los principios y conveniencias que informan la institución misma. Ambas cuestiones se refieren a la revocabilidad de la designación una vez hecha en uso del derecho atribuido o de la obligación impuesta: mientras se sostuvo la teoría de que aquella designación era por naturaleza revocable, porque lo es la última voluntad hasta el posterior instante de la vida del testador, siempre que la revocación se hiciese en testamento, mantenían otros legalistas el principio de irrevocabilidad, y el Tribunal Supremo sin pronunciarse abiertamente por ninguna de las dos opiniones dictó fallos en el sentido de entender revocable la designación si el que la hacía había sido investido por el testador con el carácter de heredero propietario, declarándola irrevocable si tan solamente había sido instituido heredero usufructuario. Por más que la razón de la diferencia bien pronto se echa de ver, pues que no es otra sino la de que en el primer caso se entiende que el heredero propietario dispone de lo suyo y debe equiparse a todo testador que por medio del testamento puede variar hasta el infinito su disposición, en realidad no se ajusta la declaración del Tribunal Supremo al pensamiento en que la institución se inspira, pues que si la conducta mejor, o la mayor honra del supérstite, han de lograr como premio la herencia, es preciso convenir en que una vez obtenida la designación, y siendo ésta irrevocable pueden cambiar aquellas condiciones que merecieron la recompensa y ser de conveniencia otorgarla a otro hijo o a otro pariente. Otra cuestión también resuelta por el Tribunal Supremo es la de la revocabilidad o irrevocabilidad de aquellas designaciones según se haya hecho en testamento o acto *inter vivos*, y sobre ello también ha resuelto la Comisión la dificultad con arreglo a las prácticas en uso, al principio en que descansa la institución, a la jurisprudencia del Supremo Tribunal y a la aspiración manifestada por este Ilustre Colegio de Abogados en la exposición que elevó en 30 de abril de 1881 al Ministro de Gracia y Justicia al informar acerca de un proyecto de Código civil. La Comisión cree que es y ha de entenderse revocable cuando se verifique por medio de acto *entre vivos*, en el caso de que el testamento del causante le autorizase para hacerlo en un acto de esta especie».

⁴⁴ La STS de 29 de enero de 1883 señala que: «La distribuidora como propietaria de los bienes podía cumplir el encargo por testamento o por acto *entre vivos* y si elegía testamento, no se le podía negar la facultad de revocarlo por otro posterior, pues el testador no le privó de dicha facultad, ni le impuso otra condición».

La doctrina ha señalado que el distribuidor, al usar de sus facultades, debe indicarlo claramente,⁴⁵ para que, cuando dispone por acto *mortis causa* no debe confundirse la herencia propia del distribuidor con los bienes que transmite por encargo. De ser así, nos preguntamos, ¿cuándo serán posibles los actos tácitos o el uso de la facultad de distribución de forma implícita?

Creemos mejor entender que si puede deducirse del testamento que se hace disposición de dos patrimonios (a efectos de legitimarios, sobretudo), no hace falta un señalamiento expreso del patrimonio que se está distribuyendo puesto que, sobretudo si el distribuidor era heredero propietario, se trata, al fin y al cabo, de un único patrimonio, el suyo.

b. *Actos inter vivos*

Dichos actos deberán formalizarse en escritura pública.

Por dicho acto *inter vivos*, reflejado en escritura pública, lo único que hace el distribuidor es elegir heredero y asignar los bienes, pero no dona, ni cede, ni vende bienes a los herederos. Lo único que hace es designar o nombrar el heredero o los herederos del causante entre los parientes elegidos por éste y establecer las cuotas hereditarias y determinar los bienes que deben integrarlas, siempre según la voluntad del causante. Así, el contenido de dicho acto está constituido por una declaración de voluntad unilateral por la cual el heredero distribuidor elige heredero y distribuye, por autorización del causante y de manera irrevocable, salvo que haya repudiación.

Si el distribuidor tiene el poder de disposición no vemos obstáculo a que estos actos *inter vivos* sean donaciones (la admite, si el testador no lo hubiera prohibido, la STS de 1 de julio de 1871,⁴⁶ donación simple e

⁴⁵ La Ley 8/1990, de 28 de junio, *sobre la Compilación de Derecho civil de Baleares* dice en la Exposición de Motivos que:

«En cuanto a la institución del heredero distribuidor, tan peculiar del Derecho balear, se han seguido las líneas generales marcadas por la Compilación de 1961, aunque se ha considerado conveniente formular de nuevo todos los preceptos que la regulaban, en un intento de lograr una mayor eficacia. Se dispone, en el artículo 19, que el distribuidor al hacer la distribución o elección ha de manifestar expresamente que usa de dicha facultad.»

⁴⁶ En la STS de 1 de julio de 1871, la distribuidora es calificada de heredera en plena propiedad durante su vida, con obligación de disponer del residuo a favor de algún sobrino. La distribuidora otorgó dos escrituras de venta de gran parte de los bienes de su marido y designó por escritura de simple e irrevocable donación, como heredero, a uno de sus sobrinos, para después de su muerte. En el pleito se discute sobre la rescisión de las ventas hechas por la distribuidora. De la sentencia se extrae que la distribuidora no puede otorgar escritura de donación o fianza, pero puede desprenderse de bienes por título oneroso. El heredero elegido vendrá obligado a hacerse cargo del pago de los legados que ordenó el testador.

irrevocable; STS de 31 de marzo de 1876)⁴⁷ o compraventas. Al respecto ver la STS de 25 de abril de 1951⁴⁸ que señala que dentro de las facultades de distribuir por actos *inter vivos* no pueden excluirse los onerosos, pero se observa en los hechos que es muy probable que se tratara de una compraventa simulada (con lo cual nos remitiremos a la temática de la causa falsa).

Tal vez sea mejor concluir que debe tratarse de declaraciones de voluntad unilaterales, sin otra calificación, por la cual se atribuye bienes o se elige heredero. Si aceptamos dicha solución y, por tanto, exigimos escritura pública expresa para cumplir el encargo entramos en contradicción con la posibilidad de realizar actos tácitos que prevé el artículo 19 CDCIB. Si, en cambio, aceptamos que una donación o una venta a un pariente del grupo mencionado por el testador equivalen a un acto de distribución, admitimos la posibilidad de que quepan actos tácitos: actos que necesariamente impliquen el uso de tal facultad.

⁴⁷ En el supuesto de hecho de la STS de 31 de marzo de 1876, la distribuidora eligió heredero en testamento en 1865 y, el mismo día, hizo también donación de todos los bienes a dicho heredero. Posteriormente, en 1869, otorgó nuevo testamento anulando los actos anteriores y nombrando beneficiario a otro de sus hijos. Ambos hijos litigan para obtener los bienes, y debe verse si la distribución hecha en documento público es irrevocable y, por tanto, no cabe testamento posterior. De la sentencia se destacan los siguientes pronunciamientos:

Que las partes en los resultandos de la sentencia señalan que «la palabra disponer, usada por el testador, suponía que podía la viuda hacer la designación de heredero lo mismo por testamento que por escritura de donación como lo había verificado». Y que por «el principio de derecho que la voluntad del hombre es variable hasta la muerte en las últimas voluntades ... no es posible dar carácter de irrevocable á una institución hereditaria mientras viva el que la hizo», pero «una vez hecha la designación en un documento público, surte todos sus efectos, y no puede ser revocada por otro posterior».

⁴⁸ En la STS de 25 de abril de 1951, el testamento visto en el litigio constaba de una cláusula en la que la testadora instituía heredera universal a su nuera con la obligación de disponer «de los bienes de mi herencia por actos «inter-vivos» o «mortis causa» a favor de uno o varios de mis parientes consanguíneos», con las amplias facultades de vender o enajenar determinadas fincas. La distribuidora otorgó testamento en 1928 y en 1938, instituyendo un heredero y unos sustitutos. Al abrirse la sucesión el heredero elegido había fallecido. Asimismo, la distribuidora enajenó las fincas señaladas por el testador y otra no indicada, de la cual enajenó la nuda propiedad a una pariente consanguínea, quien la enajenó de nuevo. Dicha compraventa se impugna por los herederos por simulación y por carecer la distribuidora de poder de disposición sobre dicha finca. Al respecto, mantiene la otra parte, el comprador, que la distribuidora podía disponer por actos *entre vivos* a favor de un pariente consanguíneo y así lo hizo en la presente compraventa. Es decir, que la posibilidad de disponer *entre vivos* puede referirse a un negocio oneroso si se respetaba el espíritu de la disposición testamentaria que era que los bienes no fueran a parar a personas extrañas. El TS señala que la atribución de facultades de disponer *inter vivos* o *mortis causa* da a entender que la distribuidora tenía el dominio de los bienes y dentro de los actos *entre vivos* no pueden excluirse los onerosos.

Finalmente, hay que señalar que el testador puede excluir expresamente uno de ambos cauces de distribución o elección de heredero (ej. en la STS de 1 de julio de 1871⁴⁹ le prohíbe hacer donación o fianza de los bienes). Si el ordenante no dice nada debemos entender que se le da libertad para escoger el tipo de acto (ex artículo 18.3 CDCIB).

Podemos concluir que según se trate de heredero usufructuario o propietario se tendrá que valorar los diferentes actos para cumplir el encargo que el distribuidor podrá usar.

Los actos *inter vivos* de elección o distribución son irrevocables y, por tanto, en la actualidad no cabe acudir a la jurisprudencia que de forma contradictoria se ha pronunciado sobre este aspecto (STS de 31 de marzo de 1876⁵⁰ y de 29 de enero de 1883).⁵¹

B. Plazo para ejercitar la distribución y elección

El artículo 19 CDCIB permite que el ejercicio de estas facultades se realice en momentos distintos y así debemos distinguir según el encargo comporte sólo distribución o comporte también elección.

⁴⁹ En la STS de 1 de julio de 1871 la institución establecida reza en los siguientes términos: «...instituyó heredera á su citada esposa á su voluntad durante su vida, con la única obligación de que del todo ó parte de sus bienes raíces que conservase en el día de su muerte hubiera de disponer precisamente á favor de uno ó más de sus sobrinos ó sobrinas carnales, como quisiera, prohibiéndola hacer donación y fianza de sus bienes ...».

⁵⁰ De la sentencia se destacan los siguientes pronunciamientos: «Que las partes en los resultandos de la sentencia señalan que «la palabra disponer, usada por el testador, suponía que podía la viuda hacer la designación de heredero lo mismo por testamento que por escritura de donación como lo había verificado».

Y que por «el principio de derecho que la voluntad del hombre es variable hasta la muerte en las últimas voluntades ... no es posible dar carácter de irrevocable á una institución hereditaria mientras viva el que la hizo», pero «una vez hecha la designación en un documento público, surte todos sus efectos, y no puede ser revocada por otro posterior».

⁵¹ La STS de 29 de enero de 1883 señala que «la costumbre observada en Cataluña y Mallorca y sancionada por la jurisprudencia, de que puede el marido conferir á su mujer la facultad de elegir heredero universal de los bienes de aquél entre los hijos de ambos al que mejor le pareciere, y la doctrina legal, autorizada por este Tribunal Supremo, de que una vez verificada dicha elección en un documento solemne no puede ya dejar de producir sus efectos ni ser revocada por la misma persona que usó de aquella facultad... no son aplicables al caso de este pleito, porque el testador no facultó á su mujer para elegir heredero de aquél, sino que la nombró su heredera universal propietaria, imponiéndole la obligación que ésta debía cumplir como heredera voluntaria de haber de disponer de los bienes del testador á favor de uno ó más de sus sobrinos y descendiente de estos, sin establecer restricciones ni condiciones para el cumplimiento de esta obligación». La distribuidora como propietaria de los bienes podía cumplir el encargo por testamento o por acto *inter vivos* y si elegía testamento, no se le podía negar la facultad de revocarlo por otro posterior, pues el testado no le privó de dicha facultad, ni le impuso otra condición.

Cuando el encargo es de distribución el plazo puede ser:

- El plazo fijado por el ordenante para que el distribuidor ejerza sus facultades.
- En defecto, la inmediatez, es decir, el momento de la muerte del ordenante. Hay que observar que esto puede resultar contrario a la finalidad de esta institución, la cual pretende retrasar al máximo la delación de los segundos herederos. Por tanto, sería tal vez mejor el entendimiento de que si el ordenante no fija un plazo limitado es que da un plazo indeterminado, indefinido, pero que no deja de ser un plazo, y no entra este segundo criterio. El ordenante da libertad absoluta para que el distribuidor elija cuando quiere distribuir, sobretodo, cuando en la fórmula de la institución se hace referencia a la amplitud de facultades que se otorgan al distribuidor. Por tanto, la entrada del criterio de la inmediatez debe interpretarse en sentido restrictivo.

Cuando el encargo es de elección y distribución, el plazo que se fija es:

- El señalado en las disposiciones concretas del ordenante, las cuales son las reglas de la institución.
- En defecto, el momento de la elección o distribución. El art. 19 CDCIB fija la regla general en relación con el momento de la delación a los segundos herederos, que es que la herencia no se deferirá hasta que quede efectuada de manera definitiva la elección o distribución. Por tanto, no se fija plazo y si el ordenante no lo señala será todo el tiempo necesario.

Finalmente, hay que apuntar la posibilidad de que el heredero distribuidor verifique la distribución en distintos momentos, ya que esto no es contrario a la institución y la CDCIB no lo prohíbe. Estos otorgamientos sucesivos podrán realizarse si se hacen en cosa cierta o mediante actos revocables, es decir, si se realiza un otorgamiento por acto *inter vivos*, el cual es irrevocable, y se distribuye con él la totalidad de la herencia, lógicamente, ya no serán posibles otorgamientos posteriores. Siempre y cuando, el elegido no renuncie a la elección o distribución *inter vivos*, ya que, en este caso, el distribuidor podría hacer uso de nuevo de sus facultades.

C. Límites para ejercitar la distribución y elección

El principal límite que tiene el distribuidor en el ejercicio de sus facultades es la consideración de éstas como personalísimas y no cabe la posibilidad

de delegarlas. Por tanto, las facultades de elegir heredero y determinar las cuotas son personales e intransferibles, sin que ello obste a que el distribuidor delegue en otra persona la ejecución de lo que, en uso de la facultad de distribución, haya dispuesto (artículo 19.1 CDCIB). Es decir, más allá de la decisión de a quién elige y qué distribuye, el distribuidor puede usar a terceros (un contador-partidor), por ejemplo, en la ejecución para verificar que las partes son iguales (al respecto: STS 18-10-1977).⁵²

Otro límite (artículo 18.3 CDCIB) que tiene el distribuidor en el ejercicio de sus facultades es el fijado en el artículo 25 CDCIB para las sustituciones fideicomisarias (dos generaciones en la sustitución familiar y dos llamamientos en la no familiar).

5.2.2. *La administración de la herencia por su similitud con un fiduciario*

Esta facultad no se expresa de forma directa, pero tampoco se hace en el caso del fiduciario. Por tanto, el distribuidor como fiduciario que es tiene las facultades de administrar la herencia y, a tal efecto, se le aplican los artículos 30 y 32 CDCIB. Igualmente, cuando el distribuidor sea legatario usufructuario le serán aplicables, de forma analógica, las normas reguladoras del usufructo del Código civil.

⁵² La STS de 18 de octubre de 1977 aborda el siguiente caso: La testadora había sido nombrada en el testamento de una tía suya, fallecida en 1932, heredera distribuidora para que, posteriormente, distribuyera sus bienes entre sus hijos sin privar a ninguno y a falta de dicha distribución, los bienes se dividieran en partes iguales. La distribuidora hizo uso de dicha facultad y al fallecer dejó testamento, de 1972, disponiendo de sus bienes y haciendo la distribución. En éste, nombra heredera universal de libre disposición a su hija, dejando a salvo las legítimas de sus demás hijos. Realiza la distribución, asignando a su hija las dos fincas del patrimonio objeto de distribución, con la obligación de entregar a sus hermanos, de la mitad de una finca, por quintas partes indivisas, una porción de una hectárea y media, encomendándola la distribución concreta de ese «quantum» hereditario, es decir, su delimitación en la realidad física. Dichos hermanos alegan que la distribución no es correcta puesto que, su madre, la distribuidora, no podía encomendar a su heredera la facultad de practicar materialmente la división del patrimonio objeto de distribución, puesto que se tratan de facultades personalísimas y no puede delegarse a terceros, para que éste sea quien asigne determinados bienes o concrete su participación en ellos, ya que el elector o distribuidor realiza un mandato del difunto. La sentencia no acepta este argumento e indica que la única previsión de la ordenante fue que ningún hijo de la distribuidora se quedase sin una parte y no hay supeditación «a que haya de ser concretada físicamente por dicha «distribución» lo a percibir por los destinatarios de la asignación, sino meramente el «quantum», que es, en definitiva, a lo que alcanzaría tal carácter personalísimo inherente a la modalidad de institución de heredero de que se trata, toda vez que la normativa que la rige hace exclusiva referencia a la asignación o distribución de todo o parte de los bienes de la herencia, cual se deduce del contexto del artículo 18 de la precitada Compilación Foral, y no a las manifestaciones físicas que de ello se deriven».

Por analogía con la sustitución fideicomisaria, el distribuidor tiene el derecho al uso y disfrute de los bienes (artículo 30 CDCIB), lo que supone que hace suyos los frutos; puede disfrutar de las accesiones naturales e industriales durante su administración; puede usar y disfrutar de las subrogaciones reales; puede realizar los actos de administración que estime convenientes (contratar, cobrar créditos, ejercitar acciones hereditarias ...) y puede realizar gastos, los cuales, si son ordinarios corren a su cargo y si son extraordinarios o útiles, se aplican las reglas generales de la sustitución fideicomisaria balear y, supletoriamente, el Código civil.

En relación con el tema de la administración, también cabe valorar si el distribuidor ha de hacer inventario y dar garantías.

En las sustituciones fideicomisarias, la realización de inventario por parte del fiduciario parece que es únicamente necesaria en el caso de querer detraer la cuarta trebeliánica (art. 29 CDCIB). Esto induce a pensar que en la institución de la distribución, a falta de normas propias, el distribuidor no viene obligado a formalizar inventario puesto que él no puede detraer la cuarta trebeliánica, si no está especialmente autorizado para ello.

Desde esta óptica, se puede considerar que el distribuidor no debe hacer inventario de los bienes, no obstante, del art. 30 CDCIB extraemos que el fiduciario no viene obligado a realizar inventario únicamente en el caso de que quiera detraer la cuarta trebeliánica, sino que viene obligado a hacerlo por el mero hecho de querer utilizar y disfrutar de los bienes fideicomitados. Por tanto, la dicción del art. 29 CDCIB es equívoca (cfr. Compilació de 1961) puesto que, combinándolo con el art. 30 CDCIB, llegamos a la conclusión de que la formalización de inventario siempre es obligatoria para el fiduciario.

El inventario que debe hacer el distribuidor debe ajustarse a las reglas de tiempo y forma del art. 29 CDCIB, aunque creemos que no habrá necesidad de intervención de los fideicomisarios, puesto que el distribuidor no ha de detraer la trebeliánica.

Asimismo, el distribuidor, también debe dar garantías, cualesquiera admitidas legalmente.

Ambas obligaciones, hacer inventario y prestar garantías, pueden ser dispensadas por el ordenante.

En relación con la obligación del fiduciario de restituir el patrimonio hereditario, entendemos que, como en la distribución, la elección y distribución no dependen del cumplimiento de la condición impuesta por el testador, como ocurre en las sustituciones fideicomisarias, no tiene sentido la aplicación a esta figura de las reglas reguladoras de la obligación

de restituir el patrimonio (art. 35 CDCIB). Ahora bien, si se sucede un supuesto en el cual dichas reglas fueran aplicables (por ejemplo, porque los sucesores del distribuidor retuvieran los bienes por confusión de patrimonios o para exigir a los beneficiarios el cobro de los gastos hechos por el distribuidor, puesto que esto constituye un derecho de crédito dentro del patrimonio hereditario del distribuidor en contra de los beneficiarios), entendemos que, por interpretación analógica, deberemos aplicar las reglas de la restitución del patrimonio hereditario.

Asimismo, en la distribución una vez verificada ésta, se ha de proceder a la liquidación del estado posesorio del distribuir.

Esta liquidación es un deber de fiduciario o de sus sucesores de rendir cuentas como administradores de un patrimonio en tránsito (art. 36 CDCIB). Lo mismo puede aplicarse al distribuidor, lo que evidencia también que el distribuidor es, en gran medida, un gestor, ya que, a pesar de las amplias facultades que pueda tener, de alguna forma ha de justificar que respetó la confianza del ordenante.

5.2.3. *La realización de actos de disposición*

Con respecto a dicha facultad hay que señalar que sólo puede hacer actos de disposición cuando el encargo lo contempla o cuando se trata de una distribución de residuo (art. 37 CDCIB). En caso contrario, por el mero hecho de ser distribuidor no puede disponer, porque las instrucciones del causante son las reglas generales de la figura (STS de 25 de abril de 1951)⁵³ y a estas reglas generales sólo serían oponibles las siguientes excepciones:

- La realización de enajenaciones que fueran necesarias para satisfacer su legítima (art. 33b CDCIB).

⁵³ En la STS de 25 de abril de 1951, el testamento visto en el litigio constaba de una cláusula en la que la testadora instituía heredera universal a su nuera con la obligación de disponer «de los bienes de mi herencia por actos «inter-vivos» o «mortis causa» a favor de uno o varios de mis parientes consanguíneos», con las amplias facultades de vender o enajenar determinadas fincas. La distribuidora otorgó testamento en 1928 y en 1938, instituyendo un heredero y unos sustitutos. Al abrirse la sucesión el heredero elegido había fallecido. Asimismo, la distribuidora enajenó las fincas señaladas por el testador y otra no indicada, de la cual enajenó la nuda propiedad a una pariente consanguínea, quien la enajenó de nuevo. Dicha compraventa se impugna por los herederos por simulación y por carecer la distribuidora de poder de disposición sobre dicha finca. Al respecto, mantiene la otra parte, el comprador, que la distribuidora podía disponer por actos entrevivos a favor de un pariente consanguíneo y así lo hizo en la presente compraventa. Es decir, que la posibilidad de disponer entrevivos puede referirse a un negocio oneroso si se respetaba el espíritu de la disposición testamentaria que era que los bienes no fueran a parar a personas extrañas.

- La realización de enajenaciones para pagar las legítimas del ordenante, puesto que éstas (ex art. 18.4 CDCIB) se diferan desde el fallecimiento del testador y si no se prohíbe que se paguen en dinero se tendrán que vender bienes.

Hay que señalar que la legítima balear, al ser *pars bonorum*, y tener un carácter rígido, no facilita las funciones propias del heredero distribuidor.⁵⁴ Su función resultará muy compleja, puesto que ha de distribuir la herencia y dejar a salvo las legítimas, por esto, el artículo 18 CDCIB permite que el distribuidor pague las legítimas en dinero si el testador no lo ha prohibido.

En materia de pago de legítimas, podemos hacer una mención de la norma contemplada en el artículo 18.4 CDCIB que señala que si el día en que queda efectuada la distribución aun no se han pagado o exigido las legítimas que han de satisfacerse en metálico, el plazo del año (del artículo 48.4 CDCIB) contado desde la apertura de la sucesión, se contará desde ese momento (desde la elección o distribución). Igualmente, en relación con la legítima, hay que señalar que, según el art. 48.7 CDCIB, la asignación o distribución de bienes supone atribución de legítimas, aunque no se exprese así. De forma que, si la asignación de bienes cubre la legítima se imputa al pago de ésta y no se puede reclamar la legítima y la cuota asignada por distribución.

- La realización de enajenaciones para pagar deudas y cargas hereditarias, gastos extraordinarios de conservación de los bienes y los legados en metálico (artículo 33.1c CDCIB por analogía).
- La enajenación de bienes por otro motivo, cuando se cuenta con el consentimiento de todos y cada uno de los posibles fideicomisarios (beneficiarios: regla que nos parece inaplicable a la distribución) y de los legitimarios, si no coinciden con dichos parientes y sus legítimas no han sido aun satisfechas, o autorización judicial, en un expediente judicial donde se cita al Ministerio Fiscal (art. 34 CDCIB).

⁵⁴ La Ley 8/1990, de 28 de junio, *sobre la Compilación de Derecho civil de Baleares* dice en la Exposición de Motivos que:

“En cuanto a la institución del heredero distribuidor, tan peculiar del Derecho balear, se han seguido las líneas generales marcadas por la Compilación de 1961, aunque se ha considerado conveniente formular de nuevo todos los preceptos que la regulaban, en un intento de lograr una mayor eficacia.

Se acepta que las legítimas puedan ser pagadas en dinero, siempre que el testador no lo hubiese prohibido y así lo dispusiese el distribuidor; lo cual dará, probablemente, más actualidad, flexibilidad y eficacia práctica a esta interesante institución».

En este caso, el adquirente de los bienes de la herencia enajenados no podrá verse afectado, posteriormente, por la distribución. De no contar con dicho consentimiento el negocio dispositivo será válido pero ineficaz por ser contrario a una prohibición de disponer, de forma que, cuando se determine el beneficiario, éste podrá exigir la restitución del bien y ejercitar la acción reivindicatoria.

5.2.4. El derecho a detraer la cuarta trebeliánica

En este aspecto, la regla general aplicable al distribuidor es que no tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica si no está especialmente facultado por el testador, es decir, viceversa de lo que ocurre en las sustituciones fideicomisarias en las cuales el fiduciario puede detraer siempre la trebeliánica, a menos que el testador se lo haya prohibido expresamente (artículo 23 CDCIB). En el caso de que el ordenante haya autorizado al distribuidor expresamente, éste deberá hacer inventario en los plazos establecidos y cumpliendo con todos los requisitos del artículo 29 CDCIB.

5.2.5. El derecho a detraer la cuarta falcidia

Para este supuesto, no hay norma específica, pero debe entenderse que si la herencia está gravada con muchos legados y no detrae la falcidia, el distribuidor no tendrá bienes para distribuir (art. 38 CDCIB).

Asimismo, en el caso de que el heredero distribuidor pudiera detraer la cuarta falcidia, porque el testador hubiera dispuesto legados cuya cuantía mermara mucho el contenido económico de la institución de heredero distribuidor, y, a la vez, tuviera derecho a la trebeliánica por estar expresamente autorizado, el distribuidor podrá deducir, en concepto de falcidia y trebeliánica, únicamente una cuarta parte de la herencia (art. 40 CDCIB).

5.3. La frustración del encargo

Según la costumbre, cuando el distribuidor no hacía uso de dicha facultad, los bienes se distribuían a partes iguales entre los designados por el testador, salvo que éste hubiese establecido otra cosa. Actualmente, si el distribuidor, por cualquier causa, no efectúa la distribución, la CDCIB ha previsto soluciones.⁵⁵

⁵⁵ La Ley 8/1990, de 28 de junio, *sobre la Compilación de Derecho civil de Baleares* dice en la Exposición de Motivos que: «En cuanto a la institución del heredero distribuidor, tan peculiar del Derecho balear, se han seguido las líneas generales marcadas por la Compilación de 1961, aunque se ha considerado conveniente formular de nuevo todos los preceptos que la regulaban, en un intento de lograr una mayor eficacia. Y se dictan, para

5.3.1. *La frustración total del encargo*

La frustración total del encargo del distribuidor puede producirse por incumplimiento por parte del distribuidor, por premoriencia de éste respecto al ordenante y por otras causas.

A. Frustración total del encargo por incumplimiento del distribuidor

En este caso, las reglas para llevar a cabo el encargo frustrado serán:

- (1) En primer lugar, se estará a las disposiciones testamentarias supletorias que el testador haya establecido.

Estas disposiciones subsidiarias se condicionan de forma suspensiva al hecho de que el distribuidor fallezca sin ejercitar su facultad y, por tanto, sólo a partir de dicho momento se producirá la nueva delación.

También el distribuidor puede establecer, en su fórmula, una sustitución vulgar a favor de los descendientes de sus hijos por estirpes, para el caso de premoriencia del llamado anteriormente, todo ello siempre que no se lo prohíba el ordenante (al respecto ver la STS de 24 de mayo de 1963).⁵⁶

- (2) Reglas supletorias: En segundo lugar, y si no hay reglas supletorias, entran en juego las normas legales previstas en el artículo 20 CDCIB y hay que distinguir para este caso dos supuestos:
 - (a) Si el encargo comporta elección. Para este caso:
 - a.1) Se entienden herederos, en partes iguales, los parientes del testador o, en su caso, del distribuidor, que, sobreviviendo al distribuidor, hubiesen sido determinados individualmente por su nombre o características.
 - a.2) En el caso de que no hubiera designación específica, serán herederos los parientes más próximos en grado entre los genéricamente designados por el testador.

no descender ya a mayores detalles, en el artículo 20 normas más adecuadas en el texto anterior para precisar los destinatarios del caudal relicto en el caso de que el distribuidor dejase de efectuar, por cualquier causa, la distribución o elección».

⁵⁶ La STS de 24 de mayo de 1963 aborda el caso en que la «distribuidora» dispone a favor de un sobrino y, en sustitución vulgar de éste por premoriencia, a favor de los hijos de éste. Al abrirse la herencia, dicho sobrino elegido ha fallecido y se discute si la distribuidora podía o no elegir a los hijos de éste, o debió prever que le sustituyera otro sobrino.

En este punto, el artículo 20 CDCIB cierra con una regla de difícil entendimiento al señalar: «En el supuesto de que los citados parientes fueren hijos o sobrinos del causante o del distribuidor, entrarán en lugar del fallecido, aunque hubiere sobrevivido al testador, sus descendientes por estirpes».

El precepto establece que si los parientes son hijos o sobrinos del causante o del distribuidor y han premuerto a éste dejando descendencia, entrarán sus descendientes por estirpes. Pero a la vez se plantean distintas dudas.

En primer lugar, nos planteamos si esta sustitución vulgar opera tanto si el heredero ha sido designado individualmente como genéricamente, es decir, en los dos supuestos descritos en el art. 20 CDCIB, puesto que siempre se usa el término «pariente». Pero, en el primer supuesto —designación individual, se habla de «sobreviviendo al distribuidor», con lo cual puede entenderse que, si premuere al distribuidor, dicho heredero no llega a serlo, no transmite nada y no opera dicha sustitución (*ex lege*), si no se ha previsto expresamente (en conexión con el artículo 27 CDCIB). Por tanto, si concluimos que, en el primer caso, se exige la supervivencia al distribuidor para poder transmitir derechos tendremos que concluir también que, cuando el encargo supone elección y el heredero ha sido individualmente designado, si éste premuere, entran los demás parientes del mismo grado que se entiendan genéricamente llamados, antes que los descendientes del individualmente llamado.

Tal vez, dicha solución no tenga sentido práctico y es mejor entender (cfr. STS de 24 de mayo de 1963)⁵⁷ que dicha sustitución opera en los dos supuestos: designación individual y designación genérica.

En segundo lugar, surge la duda de interpretar el significado de la expresión «aunque hubiere sobrevivido al testador». Pensamos que dicha expresión hace referencia a que si el pariente-heredero ha premuerto al distribuidor y no tiene descendencia, aunque haya sobrevivido al ordenante, no transmite nada puesto que quedan excluidos de la herencia sus sucesores. Esta regla pretende evitar que los descendientes del causante, que premueran al distribuidor, pero que sobrevivieron al testador, y no tengan descendencia, puedan transmitir sus derechos al cónyuge o parientes extraños a los señalados por el testador. Por tanto, la herencia será adquirida por los parientes que sobrevivan al distribuidor, tengan o no descendencia, y

⁵⁷ La STS de 24 de mayo de 1963 dice: «facultado el heredero distributivo para elegir el propietario en el modo que le parezca esta forma de autorización, lo comprende todo y será posible no sólo la sustitución fideicomisaria sino también la sustitución vulgar, siempre que sea a favor de los hijos del elegido o sea de la estirpe, sobre todo si se tiene en cuenta que la sustitución fideicomisaria expresa comprende la vulgar tácita, caso de premorir el elegido dejando hijos».

los descendientes de los parientes que premurieron al distribuidor, en sustitución de los mismos.

(b) Si el encargo es sólo de distribución, debe entenderse que se aplica lo mismo que hemos señalado anteriormente, a pesar de que el artículo 20 CDCIB no lo diga claramente. El artículo 20 CDCIB habla de no poder efectuar «la distribución o elección», pero más adelante, al dar la solución, habla sólo de que «el encargo comporte elección», con lo cual no soluciona el caso de frustración total del encargo limitado a la distribución por incumplimiento del distribuidor.

En atención a la interpretación sistemática del precepto, podemos señalar que, en el caso de que no hubiera previsión expresa, serán herederos (recibirán bienes) los parientes más próximos en grado entre los designados por el testador, y en sustitución de los que hayan premuerto al distribuidor, entrarán sus descendientes por estirpes.

B. Frustración total del encargo por premoriencia del distribuidor al ordenante

El artículo 22 CDCIB hace frente al supuesto más común de falta de efectividad del llamamiento del heredero distribuidor: el caso de que éste premuera al causante. No obstante, las soluciones que se derivan de este precepto resultan aplicables, por analogía, a todos los supuestos en los cuales el primer llamamiento no tenga efectividad, ya sea por repudiación de la herencia, por premoriencia o por incapacidad de suceder.

La regla aplicable, cuando el primer llamamiento no tiene efectividad, es considerar herederos directos a los que debían ser llamados en segundo lugar, es decir, a los posibles fideicomisarios, estableciéndose, en atención al artículo 26 CDCIB, una sustitución vulgar a favor de los parientes entre los que se tenía que verificar la distribución o elección. No procede, por tanto, la apertura de la sucesión intestada (en contra: STS de 28 de diciembre de 1923).⁵⁸

⁵⁸ En la STS de 28 de diciembre de 1923 señala el Tribunal que: «los derechos y obligaciones que con respecto al instituido heredero en una disposición testamentaria se originan no tienen vida ni existencia real hasta la muerte del testador, y que para que el heredero adquiera tales derechos y obligaciones es preciso que viva, que aceptase la herencia y que no sea para ello incapaz, y cuando, como en el caso de autos acaece, el instituido heredero [el futuro distribuidor], falleció antes que el testador, es indudable que no pudo adquirir derechos ni obligaciones, y, en realidad, es como si no existiera la disposición testamentaria, a no ser que el causante, previsor, haya designado por modo concreto, claro y preciso quién o quiénes, en tal caso, hayan de sustituir al heredero premuerto, y como en el que origina este recurso no se ha hecho tal designación... impone a su esposo, el heredero, la obligación y a un tiempo le concede la facultad de nombrar... a cualquiera, no uno determinado de los parientes consanguíneos de la línea materna, habiendo muerto

C. *Frustración total del encargo por premoriencia al distribuidor de todos los segundos herederos*

Cuando premueren al distribuidor todas las personas a favor de las cuales debía verificar la elección y no hay ningún llamamiento supletorio, habrá que estar al título sucesorio que ostenta el distribuidor en la herencia del ordenante.

Así, si el distribuidor es propietario se convertirá en heredero puro, puesto que se ha purificado la institución fideicomisaria por carencia de sustitutos (art. 28 CDCIB).

Si es usufructuario, al ser considerado heredero *ex re certa* en cuanto al usufructo y *simpliciter* en cuanto a la herencia, también lo adquirirá todo (art. 15,4 CDCIB). Por tanto, si su institución es de usufructuario universal con facultad de disponer, pasa a éste la nuda propiedad y no a los herederos *abintestato*, puesto que el usufructuario universal adquiere la nuda propiedad, por serlo en cosa cierta, en virtud de la incompatibilidad de ambas sucesiones, testada e intestada y de la universalidad y continuidad (*semel heres semper heres*) de la herencia.

Si el distribuidor lo es a título de legatario del usufructo, la herencia pasará a los herederos *abintestato* del causante. No se aplica a este supuesto la institución «*ex re certa*» del art. 15 CDCIB, de forma que, si el legatario usufructuario distribuidor es el único sucesor instituido no puede entenderse que es un legatario respecto del usufructo y heredero universal por el resto, obligado en cuanto a esto a distribuir.⁵⁹

En esta modalidad, aunque premuriesen las personas a cuyo favor hubiese de disponer con arreglo a la voluntad del testador, el distribuidor nunca podría adquirir derecho alguno a la nuda propiedad de la herencia, la cual pasaría a los herederos legítimos o *abintestato* del causante y en manera alguna a los del distribuidario, porque con la muerte de éste se extinguen todos sus derechos, toda vez que el usufructo y las facultades dispositivas acaban con el fallecimiento de quien las tenía, por ser personalísimos el carácter de ambas instituciones.⁶⁰

sin designarlos... es visto que, siquiera fuera otra su voluntad, en realidad no constituyó aquélla una sustitución vulgar o condicional». A esto se añade que «la facultad que la testadora otorgó a su esposo y heredero de enajenar, gravar y vender los bienes, es decir, de disponer de ellos, es innegable que determina un verdadero dominio sobre los mismos» lo cual se compadece mal con la idea de que el sustituido sea un mero usufructuario y no precisaba reservarlos para un día entregarlos a cualquiera de los parientes consanguíneos por la línea materna. En este caso, se señala que procede abrir la sucesión legal.

⁵⁹ Verger Garau, ob. cit. págs. 449-450.

⁶⁰ Verger, ob. cit. pág. 448.

5.3.2. *Frustración parcial del encargo*

El artículo 21 CDCIB hace frente a la frustración parcial que puede plasmarse en:

- El supuesto que la asignación sea sólo de parte de la herencia porque en la distribución se omitan bienes.
- El supuesto que se haga elección de heredero pero sin atribución del patrimonio hereditario.

Este artículo solventa estos supuestos aplicando los principios sucesorios romanos presentes en la CDCIB, en atención a la naturaleza expansiva y universal del título de heredero y a la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada (art. 7 CDCIB).

A. En el encargo de distribución

En este supuesto, ante la frustración parcial del encargo, los parientes que han recibido asignación adquirirán, por partes iguales, los bienes no incluidos u omitidos en la distribución (art. 21 CDCIB).

B. En el encargo que comporta elección

Se estará a lo establecido por los artículos 15 y 24 CDCIB.

En primer lugar, cuando el o los herederos lo sean en cosa cierta se considerarán legatarios respecto a ésta y herederos universales, por partes iguales, respecto de los bienes no distribuidos. Es decir, los que ya han recibido, por el resto son considerados herederos universales (art. 15.1 CDCIB).

En segundo lugar, cuando hay institución conjunta o por grupos, es decir, cuotas, se aplica la regla del acrecimiento del art. 24 CDCIB, de forma que, las cuotas de los que no lleguen a ser herederos acrecerán a los del mismo grupo y, en defecto, a todos conjuntamente.

6. El contenido de la posición jurídica de los beneficiarios

En la institución de heredero distribuidor, los parientes tienen únicamente una simple expectativa hacia un derecho condicional suspensivo, ya que la adquisición de los bienes por parte de éstos depende de la elección o distribución que entre ellos verifique el distribuidor. Hasta que no se ejerce la facultad de distribución, ninguno de los parientes puede ser considerado heredero o sucesor.

Además, los parientes están sujetos a un término incierto condicional —el momento de la elección— y, por tanto, los elegidos dependen de la condición de vivir en el momento de verificarse la elección (art. 20 CDCIB).⁶¹

No obstante, el párrafo segundo del artículo 19 CDCIB («entre los parientes que se señalen en el testamento») da a entender que el causante puede determinar entre qué parientes debe producirse la distribución y, en este punto, se plantea la duda de si, en el caso de que el encargo sea únicamente la distribución, de forma que el ordenante haya elegido ya a los parientes herederos, tienen éstos también, únicamente, una expectativa o tienen algo más.

Al respecto, dice la doctrina que, aunque en la fórmula adoptada en la ordenación de esta figura se nombre a unos parientes como herederos, no puede entenderse, sin incurrir en contradicción, que dichos parientes han sido ya nombrados herederos y a la vez se ha hecho delegación de la facultad de distribución. Por tanto, hay que entender que el párrafo segundo del artículo 19 CDCIB hace referencia a una simple fórmula que puede fijarse en el testamento, pero que será el distribuidor quien, asignando bienes a todos o excluyendo a algunos de los parientes determinados, decida quienes son herederos.

En el caso del art. 19 CDCIB, no sería tampoco viable entender que se produce la institución de heredero a favor de los hijos bajo condición resolutoria, cuyo incumplimiento se deja al arbitrio de la persona distribuidora (que decida darles bienes o no), ya que el artículo 16 CDCIB no admite condiciones resolutorias directas que afecten a la institución de heredero, lo cual también lleva a entender que dichos «parientes» sólo serán instituidos herederos si reciben algo en la distribución.

Puede cuestionar esta idea la STS de 18 de octubre de 1977 que aborda un testamento que ordena una distribución con la única previsión de que ningún hijo de la distribuidora se quede sin una parte.⁶²

⁶¹ Según el art. 20 CDCIB, si el pariente elegido ha premuerto sin descendencia al distribuidor, aunque haya sobrevivido al ordenante, los sucesores del premuerto quedan excluidos de la distribución y no transmiten derechos sobre dicha herencia, la cual pasará a los parientes que sobrevivan al distribuidor, tengan o no descendencia y a los descendientes de los premuertos al distribuidor, en representación de éstos.

⁶² La STS de 18 de octubre de 1977 aborda el siguiente caso: La testadora había sido nombrada en el testamento de una tía suya, fallecida en 1932, heredera distribuidora para que, posteriormente, distribuyera sus bienes entre sus hijos sin privar a ninguno y a falta de dicha distribución, los bienes se dividieran en partes iguales. La sentencia indica que la única previsión de la ordenante fue que ningún hijo de la distribuidora se quedase sin una parte.

En definitiva, sólo a partir de la elección y distribución, se concede la condición de herederos del testador a los elegidos por el distribuidor, en el fideicomiso de elección, y a los destinatarios de los bienes, en el fideicomiso de distribución. Los beneficiarios son considerados desde entonces herederos del ordenante y no del distribuidor (artículo 23.2 CDCIB).

III. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA POSIBILIDAD DE EVOLUCIÓN DE LA FIGURA DEL DISTRIBUIDOR

Creemos que cabe plantear la posibilidad de desarrollar⁶³ la figura de la distribución a partir varios puntos.

En primer lugar, hemos observado que en la distribución no se produce un desdoblamiento de la propiedad, donde la gestión y disposición se separen del disfrute, sino que el patrimonio propio del distribuidor y el patrimonio a distribuir no se separan legalmente. Ni siquiera en las modalidades en las que el distribuidor no es heredero propietario podemos hablar de patrimonios separados, pero sí que la solución que la CDCIB da al caso del legatario usufructuario distribuidor permite observar la flexibilidad de la institución. Hemos dicho que, en este caso, el distribuidor no es heredero fiduciario y, por tanto, no es propietario de los bienes, ni lo será por la institución *ex re certa*, con lo cual, se observa el carácter de mero gestor que se esconde tras dicha modalidad de distribución.

Esta flexibilidad puede ser una vía para reflexionar⁶⁴ sobre la posible separación de titularidades o patrimonios⁶⁵ ya que, el legatario distribuidor sólo es un administrador, en el medida en que no puede purificar la institución y transmitir los bienes a sus sucesores (en caso de premoriencia de todos los beneficiarios) y, no obstante, mientras no se produzca la elección se comporta como el único titular de los bienes, por no estar todavía determinados los beneficiarios.

En segundo lugar, en la distribución, hemos observado que entre el distribuidor y los beneficiarios no hay ninguna relación obligatoria clara,

⁶³ Con más detalle en: Llodrà Grimalt, F., «El patrimoni hereditari sotmès a distribució a la Compilació balear com a patrimoni fiduciari». *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*. Coord. Sergio Nasarre Aznar i Martín Garrido Melero. Monogràfics La notaria, 2006, págs. 267-282.

⁶⁴ Esta idea no tiene porqué ser contraria a los principios generales del Derecho civil balear, puesto que, a primera vista, observamos que, en la CDCB encontramos la figura del alou, la cual supone una propiedad dividida (art. 63 CDCIB). Sobre si dicha elucubración sería contraria o no al orden público: cfr. Arroyo, *Trust y Ley Civil*, cit. pág. 105-106.

⁶⁵ Cfr. Cámara, *El trust y la fiducia*, cit. pág. 1109-1120.

de forma que, éstos, mientras no sean elegidos o reciban bienes, no tienen ningún mecanismo de protección del patrimonio sometido a distribución. Por tanto, sería necesario desarrollar esta cuestión para determinar, no tanto cuáles son los derechos de los beneficiarios (que son sólo expectativas), sino la forma o alcance de los poderes del distribuidor sobre el patrimonio a distribuir y los límites de la agresión de terceros en relación con el patrimonio fiduciario.⁶⁶

Por último, sería interesante abordar la posibilidad de que el distribuidor sea una persona jurídica. Sabemos que no se puede prolongar la distribución durante generaciones sin modificar el límite legal de dos llamamientos vigentes en las sustituciones fideicomisaria, límite que trata de evitar la vinculación de bienes (art. 25 CDCIB), pero ello podría ser revisable en atención a que el aspecto negativo de las vinculaciones patrimoniales que quiere combatir la imposición del límite a dos generaciones o llamamientos, pertenece a otro momento histórico y las instituciones jurídicas deben poder ser revisada cuando ya no responden a necesidades reales.

IV. PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AMAT LLARI, E., «La facultad de disponer del heredero fiduciario». *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*. Volumen II. Coord. Abril Campoy / Amat Llari. Tirant lo Blanch, 2006, págs. 107.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., «Trust y Ley Civil». *Revista jurídica de Catalunya*, LXXXII, 1983.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *Designación de sucesor a través de tercero*. Tecnos, 1992.
- BADOSA COLL, Ferran, «Examen de tres «esquemas fiduciarios» en el Derecho español». *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I, Cívitas.
- BALLESTER PONS, Pedro, «El Apéndice de Baleares». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 146, 1925, 67-90.
- BUXADÉ, José, «Herencia de confianza». *Enciclopèdia jurídica española Seix*, tomo XVII, 740-741.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea». A: Cámara Lapuente (dir.), *Derecho privado europeo*, Colex, 2003.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español». *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 654, 1999.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*. Dykinson, 1996.
- CARBALLO FIDALGO, Marta, «La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al «testamento por comisario» gallego». AC, 12, 2ª quincena junio 2005.

⁶⁶ Sobre si dicha elucubración sería contraria o no al orden público: cfr. Arroyo, *Trust y Ley Civil*, cit. pág. 105-106.

- CELAYA IBARRA, Adrián, «El testamento por comisario». ADC, 1972, 735.
- CHECA MARTÍNEZ, Miguel, *El trust angloamericano en el Derecho español*. McGrawHill, Madrid, 1998.
- COCA PAYERAS, Miguel, «La sucesión por causa de muerte. Los principios sucesorios romanos», en: Ferrer Vanrell (dir.), *Lecciones de Derecho civil balear*. Col·lecció materials didàctics. UIB, tercera edició revisada, Palma, 2004.
- COCA PAYERAS, Miguel, *Compilación del Derecho civil de Baleares. Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- COSTA RAMÓN, José, «Derecho foral ibicenco». *Ibiza*, n.º 5, 2ª época. *Revista del Instituto de Estudios ibicencos*, Eivissa, 1958, pág. 19-58.
- DE ARESPOCHAGA, Joaquín, *El trust, la fiducia y figuras afines*. Marcial Pons, Barcelona, 2000.
- FERRER VANRELL, M. Pilar i Munar Bernat, Pedro A., *Materials precompileris del Dret civil de les Illes Balears*. Universitat de les Illes Balears, Palma, 2002.
- GÓMEZ MORÁN, Luis, «El usufructo viudal en el Código civil». *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. 185, 1949, pp. 305-319.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia, «Albacea y executor testamentario: perfiles para una comparación». *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*. Volumen II. Coord. ABRIL CAMPOY / AMAT LLARI. Tirant lo Blanch, 2006, págs. 1555-1580.
- GONZÁLEZ PALOMINO, «Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, 1946, 441.
- GONZÁLEZ PALOMINO, «El pseudousufructo». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II.
- JARDI, Enrique, «El elemento consuetudinario en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 216, 1964, pp. 168-190.
- LLODRÀ GRIMALT, F., «El fideicomiso. Las disposiciones fiduciarias», en: Ferrer Vanrell (dir.), *Lecciones de Derecho civil balear*. Col·lecció materials didàctics. UIB, tercera edició revisada, Palma, 2004.
- LLODRÀ GRIMALT, F., «El heredero distribuïdor», en: Ferrer Vanrell (dir.), *Lecciones de Derecho civil balear*. Col·lecció materials didàctics. UIB, tercera edició revisada, Palma, 2004.
- LLODRÀ GRIMALT, F., «El patrimoni hereditari sotmès a distribució a la Compilació balear com a patrimoni fiduciari». *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*. Coord. Sergio NASARRE AZNAR i Martín GARRIDO MELERO. Monogràfics La notaria, 2006, págs. 267-282.
- MARTÍ MIRALLES, «Herederos distributarios». *Revista jurídica de Catalunya*, 1920.
- MAURA, Antonio, *Legislación Foral de España, Derecho civil vigente en Mallorca*. Prólogo. Madrid, 1888.
- PASCUAL GONZÁLEZ, Luis y Masot Miquel, Miquel, *Derecho Civil de Mallorca. El Derecho civil de Mallorca después de la compilación*. P. Ed. Embat y José J. Olañeta, 1979.
- PASCUAL GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales. Con inclusión del Informe, Compilación y Proyecto de Apéndice de la Comisión de Juristas de 1949*. Palma, Mossèn Alcover, 1951.

- PASCUAL Y RUIZ, Luis G., «La institución de heredero distributivo». *Revista de Derecho privado*, 1931, 114-123.
- PUIG FERRIOL, Lluís «Institución de heredero por fiduciario». *Revista jurídica de Catalunya*, 1964, 14.
- PUIG FERRIOL, Lluís, «Las herencias de confianza en la Compilación». *Revista jurídica de Cataluña*, 1963, 328-379.
- RIVERA, Marcial, «Modalidades del Derecho foral menorquín. Heredero distributivo». *Revista crítica de Derecho inmobiliario y registral*, 1956, n.º 332-334, págs. 793-806.
- ROCA SASTRE, «Herencia de confianza y cláusula de confianza». *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1948.
- VAQUER ALOY, A. (coord.), *El dret privat del Pallars Sobirà*. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2001.
- VERGER GARAU, Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, vol. 1.º. Dirigidos por Manuel ALBADALEJO. Edersa, Madrid, 2ª edición, 2000, pág. 415-532.
- ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ (coord.), *Jurisprudència civil balear (1852-1998)*. Colección *Materials*, n.º 3. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1999.
- ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Colección *Materials*, n.º 2. Universitat de les Illes Balears, Palma, 1992.

V. JURISPRUDENCIA

- STS de 7 de marzo de 1861
- STS de 12 de diciembre de 1862
- STS de 7 de marzo de 1864
- STS de 20 de octubre de 1864
- STS de 22 de octubre de 1864
- STS de 30 de junio de 1866
- STS de 1 de julio de 1871
- STS de 5 de diciembre de 1874
- STS de 10 de marzo de 1875
- STS de 31 de marzo de 1876
- STS de 10 de enero de 1878
- STS de 30 de abril de 1881
- STS de 3 de febrero de 1882
- STS de 29 de enero de 1883
- STS de 22 de diciembre de 1887
- STS de 17 de febrero de 1894
- STS de 12 de noviembre de 1897
- STS de 9 de diciembre de 1898
- STS de 28 de febrero de 1900

STS de 31 de marzo de 1906
STS de 9 de julio de 1914
STS de 30 de octubre de 1914
STS de 28 de diciembre de 1923
STS de 10 de diciembre de 1931
STS de 31 de diciembre de 1931
RDGRN de 26 de diciembre de 1942
STS de 30 de octubre de 1944
STS de 2 de noviembre de 1944
STS de 25 de abril de 1951
STS de 7 de enero de 1959
STS de 24 de marzo de 1961
STS de 29 de enero de 1962
STS de 24 de mayo de 1963
STS de 22 de enero de 1969
STS de 17 de octubre de 1969
STS de 18 de octubre de 1977
STS de 20 de noviembre de 1987
SAPIB de 9 de mayo de 2000
SAPB de 26 de octubre de 2000 (El Derecho, 2000/52885)

LA COL·LACIÓ AL LLIBRE QUART DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA (BREUS NOTES I APROXIMACIÓ CRÍTICA ALS ARTICLES 464-17 A 464-20)

ISABEL VIOLA DEMESTRE
PROFESSORA TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ. II. ELS LÍMITS A LA FACULTAT DEL CAUSANT D'ORDENAR LA COL·LACIONABILITAT D'UNA ATRIBUCIÓ. III. LA DISPENSA DE LA COL·LACIÓ. IV. L'EXCLUSIÓ DE LA COL·LACIÓ EN LA SUCCESSION DEL CAUSANT. V. LA RENÚNCIA A LA COL·LACIÓ. VI. COMPUTACIÓ I IMPUTACIÓ EN LA COL·LACIÓ.

I. INTRODUCCIÓ

Segons es desprèn del preàmbul de la Llei 10/2008, del llibre quart del Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat), relatiu a les successions, la naturalesa, la definició i els efectes de la col·lació al llibre quart es mantenen inalterats respecte del dret anterior, llevat de les modificacions introduïdes en el règim d'imputació legitimària. De la lectura dels articles 464-17 a 464-20, relatius a la col·lació, es pot apreciar que hi ha hagut una modificació sistemàtica respecte de la regulació del Codi de successions (CS), així com alguna alteració substantiva, de més abast.

Pel que fa a la sistemàtica, i modificant el que establia el Codi de successions, el llibre quart regula la col·lació a continuació de la partició, en correspondència amb la idea que la col·lació, tot i que no és una operació particional *stricto sensu*, sí que és un incident d'ella¹ per al supòsit en què es compleixin les exigències subjectives i objectives legalment especificades

¹ En aquest mateix sentit, es pronuncià la Sentència núm. 3 del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 10 de juliol de 2000, de la qual va ser ponent el professor Puig Ferriol. En el raonament jurídic III de la Sentència s'estableix que la col·lació hereditària, segons l'article 273 de la compilació del dret civil de Catalunya, precedent legislatiu mediat del vigent en el llibre quart CCCat, «no és altra cosa que un incident que es pot presentar en el procés de partició de l'herència, en el supòsit que concorrin una pluralitat de descendents cohereus en la successió». Així, quan el testador institueix un hereu únic, com va succeir en el cas concret que va donar lloc al recurs plantejat, és necessària la partició hereditària i el seu incident de la col·lació. Vegeu la Sentència núm. 3, de 10 de juliol de 2000, a la *Revista jurídica de Catalunya. Jurisprudència*, III, 2002, «Dret de successions, llegítima», p. 664.

al llibre quart del Codi civil de Catalunya. I tot això, també, estrictament d'acord amb el tenor literal de l'article 464-17, que imposa el deure de col·lacionar als efectes de la partició² (com ja establia l'article 43 CS).³

A més, la col·lació, al llibre quart, es regula, principalment, en quatre articles davant dels dos del Codi de successions, amb la voluntat de deixar clar, com així expressa el preàmbul de la Llei, que l'objecte de la col·lació és el valor de determinades atribucions,⁴ en lloc dels béns atribuïts a títol gratuït en el seu moment, així com que el deure de col·lacionar en cap cas no comporta haver de restituir l'excés si el valor col·lacionable supera el de la quota hereditària. En aquest sentit, els articles 43 i 44 del Codi de successions es desdoblen, respectivament, en dos preceptes, amb un contingut més extens.

Els quatre articles estableixen la regulació de la col·lació, tot indicant-ne el contingut en títols, seguint la sistemàtica del Codi civil de Catalunya, de tal manera que hi trobem els temes destacats següents: els béns col·lacionables

² L'expressió «als efectes de la partició de l'herència» de l'article 43 CS ja va comportar que la doctrina considerés la col·lació com una operació que, sense pertànyer a la partició en si mateixa, projecta els efectes sobre ella. Mezquita Del Cacho, José Luis. *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Tom I, Barcelona: Bosch, 1994, p. 157.

³ Un altre apunt sistemàtic que volem mencionar és que en el Codi de successions la col·lació juntament amb la partició es trobaven en el títol I, relatiu a les disposicions generals, mentre que al llibre quart passen al títol VI, el darrer, relatiu a l'adquisició de l'herència, que inclou les regles sobre acceptació i repudiació, dret d'acréixer, comunitat hereditària i protecció del dret hereditari. El motiu d'aquesta reordenació sistemàtica està en el fet que s'ajusta més a l'ordre temporal de les fases en què es desenvolupa el fenomen successori; així ho fa palès el preàmbul de la Llei (I, «Principis i sistemàtica», paràgraf 4).

⁴ Unes atribucions concretes constitueixen el pressupòsit objectiu de la col·lació: hi ha el deure de col·lacionar el valor de les atribucions rebudes a títol gratuït en vida del causant «sempre que l'atribució s'hagi fet en concepte de llegítima o hi sigui imputable» (i sempre que el causant no dispensi de la col·lació), com també s'ha de col·lacionar el valor de les atribucions de les quals, en atorgar-se la liberalitat, s'establís expressament que fossin col·lacionables. Sobre això, cal destacar que l'article 464-17 CCCat vigent es refereix a atribucions, davant de les donacions que es recollien en l'article 43 CS, i inclou qualsevol atribució a títol gratuït, no necessàriament una donació (podria ser el cas en què el causant concedeix un préstec a favor del fill descendent, sense interès). D'altra banda, s'ha de destacar una millora en la redacció: en el Codi de successions eren col·lacionables la donació o liberalitat rebuda del causant «per pagar-li la llegítima», quan l'article 464-17 CCCat adopta l'expressió «en concepte de llegítima o hi sigui imputable», d'acord amb la doctrina majoritària. Roca i Trias a Roca i Trias, M. Encarna. *Natura i contingut de la llegítima en el dret civil català*. Institut d'Estudis Catalans, Treballs de la Secció de Filosofia i Ciències Socials, Càtedra Duran i Bas, Barcelona, 1975, p. 165 i seg. En un altre aspecte, s'ha de destacar que les atribucions fetes en concepte de llegítima han estat modificades en relació amb el que disposava el Codi de successions, com així ho posa en relleu el preàmbul de la Llei 10/2008. El llibre quart les estableix en l'article 451-8 CCCat. En conseqüència, si són imputables a la llegítima, seran col·lacionables, llevat de dispensa (article 464-17 CCCat).

(article 464-17 CCCat) i la col·lació en lloc dels ascendents (article 464-18 CCCat), l'essència dels quals es trobava recollida en l'article 43 del Codi de successions; les persones beneficiàries (article 464-19 CCCat) i la valoració de les atribucions col·lacionables (article 464-20 CCCat), fonamentalment establerts en l'article 44 del Codi de successions, derogat.

Ens ha cridat l'atenció que l'article 464-17 CCCat s'intituli, únicament, com a béns col·lacionables, tenint en compte que també disposa els subjectes que tenen el deure de col·lacionar (els descendents que concorren com a cohereus en la successió d'un ascendent comú quan el causant els ha fet atribucions per actes entre vius a títol gratuït, sempre que l'atribució s'hagi fet en concepte de l·legítima o hi sigui imputable, o que el causant hagi establert expressament, en el moment d'atorgar l'acte, que l'atribució sigui col·lacionable).⁵ Es podria argumentar que aquests subjectes que tenen el deure de col·lacionar, és a dir, els legitimats passius, estan establerts en l'article 464-19 CCCat, però entenem que aquest precepte es refereix, pel seu títol, a les persones beneficiàries, és a dir, els legitimats actius, que són els altres cohereus, també descendents del causant, que no han rebut cap atribució a títol gratuït i, per tant, estan interessats que el valor d'allò que l'ascendent comú va lliurar a títol gratuït als altres cohereus formi part de la massa hereditària partible, ja que d'aquesta manera podran rebre més del que els correspon si la col·lació no té lloc. Es podria argumentar també a favor de la no-necessitat d'indicar en el títol els subjectes que tenen el deure de col·lacionar perquè ja se sobreentén o perquè és més rellevant destacar quins són els béns que s'han de col·lacionar i de quina manera. I pot ser cert, però sobta que dels quatre articles que regulen la col·lació, dos d'ells, l'article 464-18 i el 464-19, duen títols que fan referència a subjectes de la col·lació, i els altres dos, l'article 464-17 i el 464-20, al·ludeixen als béns i valor de les atribucions col·lacionables, i que no es destaquí, en canvi, els subjectes que han de complir aquest deure de col·lacionar. No té més importància que la de precisar a la rúbrica les persones afectades, com així es fa, a tall d'exemple, en l'article 260 CF, amb relació a l'obligació d'aliments entre parents.⁶

Quant a l'anàlisi substantiva de la figura, interessa destacar, en primer lloc, que la nova regulació continua sense definir què vol dir col·lacionar, als efectes de la partició de l'herència. Ni l'article 273 de la compilació ni l'article 43 del Codi de successions estableixen el concepte d'aquesta

⁵ D'acord amb el que disposen els articles 464-17 CCCat, en relació amb l'article 464-19 CCCat, relatiu a les persones beneficiàries de la col·lació.

⁶ En l'Avantprojecte del llibre segon del Codi civil de Catalunya, l'article 237-2 s'intitula «Persones obligades» i el 237-4, «Dret a reclamar aliments». Pensem, doncs, que el títol de l'article relatiu als béns col·lacionables podria haver fet menció també al fet que s'hi indiquen les persones que tenen el deure de col·lacionar en la partició.

institució; el nou llibre del Codi civil de Catalunya relatiu a les successions tampoc no ho fa, en contradicció amb la tendència europea actual de delimitar conceptualment les figures, per la qual cosa caldrà recórrer als precedents mediats (i a la història) de la *collatio*.⁷ D'ells es desprèn que la col·lació és una incorporació intel·lectual, en lloc d'una aportació *in natura*,⁸ al *donatum* d'allò que el causant va lliurar al descendent o descendents cohereus en concepte de llegítima o perquè expressament va disposar que l'atribució a títol gratuït fos col·lacionable. I és així que, des del dret romà,⁹ quan diversos descendents cohereus concorren a la successió es considera que allò que van rebre gratuïtament del causant en vida els ha estat atribuït com un avançament d'allò que per successió els correspondria.¹⁰ Per aquest motiu, en heretar, cadascun dels hereus forçosos ha de comptar en la seva part de l'herència el que el causant li va lliurar en vida. Com a acte previ a la divisió del cabal hereditari entre tots els cohereus, la col·lació es limita al fet que es formi comptablement¹¹ una massa en la qual, als béns ja existents en el cabal relicte, s'afegeixen, hipotèticament, els que el causant va donar als seus descendents. De fet, seria com si el causant no els ho hagués lliurat aleshores i els ho estigués lliurant ara, en morir, integrant la seva quota hereditària; o també, com si ho haguessin rebut com a avançament del que els correspondria en l'herència, d'acord amb la seva quota successòria. Així

⁷ Etimològicament, la *collatio* es pot definir com l'acció de «conferir», sentit que li atorga Joan Coromines. Coromines, Joan. *Diccionario crítico etimológico de la Lengua castellana*. Vol. I, A-C, Madrid: Editorial Gredos, 1954, p. 849, «voz colacionar: ver preferir»; volum III, L-RE, Madrid: Editorial Gredos, 1954, p. 868 - línia 35: «colación (med. S. XIV, P. de Alf. XI, 1973, “comida, banquete”; “colación de beber; c. De beneficio; collación de ciudad: regio, tribus”. Nebr. ; ast. antic. collación “parroquia”, 1555, V), de collatio, monis, “acción de conferir”; colacionar; de colación se sacó colar “conferir un beneficio” (Nebr.), colador, colativo». El subratllat és nostre. Per a Felipe Clemente De Diego, *conferir* prové de «cum ferre», és a dir, «llevar en, junto o en compañía». De Diego, Felipe Clemente. *Dictámenes jurídicos*. Tom III, *Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch casa editorial, 1959, p. 580.

⁸ En el *Codice civile*, la col·lació pot consistir en l'aportació material dels béns immobles i reunió fictícia merament comptable. «Art. 746. Collazione d'immobili: La collazione di un bene immobile si fa o col rendere il bene in natura o con l'imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce. Se l'immobile è stato alienato o ipotecato, la collazione si fa soltanto con l'imputazione.»

⁹ L'evolució de la *collatio*, des del dret romà prejustinianeu (*collatio bonorum* o *emancipati* i *collatio dotis*) a la concepció de l'època de Justinia (*collatio descendantium*), es troba detallada a Longo, Giovanni E. *Collatio (diritto romano)*. *Enciclopedia del diritto*. Vol. VII, Giuffrè editore, 1992, p. 312.

¹⁰ Quant a l'evolució històrica de la col·lació des del dret romà fins al dret civil català, vegeu Bassols i Parés, Agustí. *La col·lació en el dret civil de Catalunya*. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1997.

¹¹ La col·lació, com a operació comptable, és considerada, per tots, per Casanovas i Mussons a Casanovas i Mussons, Anna; Badosa Coll, Ferran (dir.) i altres: *Manual de Dret civil català*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 648.

doncs, la massa hereditària per repartir entre aquests particulars cohereus no sols està composta del cabal relicte, sinó que en ella també s'hi han d'incloure les atribucions que el causant va disposar en vida i a títol gratuït a favor dels descendents, cridats a títol universal, atès que com a cohereus concorren en situació d'igualtat respecte de l'herència i, per tant, els béns que el causant els va atribuir en vida de manera gratuïta, disminuint el cabal relicte, han de tenir-se en compte en el moment de la partició de l'herència.¹²

En suma, la col·lació és una operació que consisteix a afegir idealment o comptablement a la massa hereditària el valor de les atribucions que els descendents, hereus en la successió, han rebut a títol gratuït en vida del causant en concepte de llegítima o que hi sigui imputable o que hagi determinat expressament com a col·lacionable en el moment d'atorgar l'acte.

Centrant-nos en una comparació entre els articles 43 i 44 del Codi de successions i el contingut dels articles 464-17 a 464-20 del llibre quart del Codi civil de Catalunya, s'aprecia un aclariment notable en el redactat d'algun dels nous preceptes en relació amb el dret anterior.¹³

¹² Aquesta operació, que consisteix a agregar al cabal relicte el valor de les atribucions atorgades gratuïtament als descendents, també cohereus, en vida del causant, de l'article 464-17 CCCat s'assembla a l'operació que s'ha de dur a terme per al càlcul de la llegítima de l'article 451-5 CCCat, en què es regula la quantia i còmput de la llegítima. A diferència del que succeeix en el Codi civil espanyol, en el qual l'expressió *col·lació* o *col·lacionar* s'empra tant per a l'operació particional de l'article 1.035 CC com per al càlcul de la quantia de la llegítima en l'article 818 d'aquest mateix cos legal, el dret civil català només es refereix a la col·lació, exclusivament, com a incident de la partició i no pas en les operacions per al càlcul de la llegítima.

¹³ L'aclariment del redactat dels articles 464-17 i següents relatius a la col·lació no ha modificat, com ja anuncia el preàmbul de la Llei 10/2008, els pressupòsits de la col·lació, en relació amb el dret anterior. A banda del pressupòsit objectiu, anteriorment mencionat, quant al pressupòsit subjectiu s'ha de dir que, d'acord amb el que disposa l'article 464-17 CCCat, hi ha el deure de col·lacionar quan concorren:

1r. una pluralitat de descendents

2n. que ho són d'un mateix causant, ascendent comú

3r. que siguin cridats a l'herència a títol d'hereus.

Per tant, la col·lació tindria lloc quan dos o més descendents concorren com a hereus en la successió d'un ascendent comú. Això significa que ni els ascendents ni altres parents estaran obligats a col·lacionar, però tampoc no seran beneficiaris de la col·lació. Aquesta exigència de la col·lació en el dret català constitueix una de les diferències primordials amb el sistema establert en el Codi civil, en el qual l'àmbit subjectiu de la col·lació és més ampli ja que abasta, segons l'article 1035 del Codi civil, els legitimaris del causant. Com és sabut i de conformitat amb l'article 807 del Codi civil, són, en primer lloc, els fills i descendents respecte dels seus pares i ascendents; en segon lloc, i a falta dels anteriors, els pares i ascendents respecte dels seus fills i descendents, i en tercer lloc, el vidu o vídua en la forma i mesura que estableix el mateix Codi civil. Es confirmaria, doncs, que la col·lació és un incident de la partició, ja que només afecta un grup o subgrup de cohereus: els descendents del causant.

A títol d'exemple, l'expressió que en l'article 43 del Codi de successions s'emprava per indicar els subjectes que tenien el deure de col·lacionar era la següent: «El descendent que com a hereu concorre amb un altre descendent també hereu en la successió d'un ascendent comú»; de la seva banda, al llibre quart, la norma se simplifica amb l'expressió «els descendents que concorren com a cohereus en la successió d'un ascendent comú». En aquest mateix sentit, la complexa redacció que al·ludia als béns col·lacionables també se simplifica: mentre que en l'article 43 es deia que «el descendent que com a hereu concorre amb un altre descendent també hereu en la successió d'un ascendent comú només ha de col·lacionar, als efectes de la partició de l'herència, salvant voluntat contrària del causant expressada en testament o codicil, o en atorgar la donació o liberalitat, els béns que ha rebut de l'esmentat causant per actes entre vius a títol gratuït per pagar-li la llegítima o quan en l'atorgament de la liberalitat hom estableix expressament que sigui col·lacionable», el legislador, en l'article 464-17 CCCat, disposa que «han de col·lacionar, als efectes de la partició de l'herència, el valor de les atribucions que el causant els ha fet per actes entre vius a títol gratuït, sempre que l'atribució s'hagi fet en concepte de llegítima o hi sigui imputable, o que el causant hagi establert expressament, en el moment d'atorgar l'acte, que l'atribució sigui col·lacionable». Igualment, l'article 464-18 modifica el redactat del seu precedent, l'article 44 del Codi de successions, amb la finalitat de simplificar-ne i millorar-ne la redacció, preservant, en una primera aproximació, el supòsit de fet que aquest recollia.¹⁴

A banda de la nova redacció que el legislador fa dels, podríem dir, enrevessats articles 43 i 44 del Codi de successions, el llibre quart també introdueix noves normes, no establertes expressament per a la col·lació i que són les contingudes en els apartats 2 i 3 de l'article 464-17 CCCat i en l'apartat 2 de l'article 464-20 CCCat.

L'apartat 2 de l'article 464-17 CCCat conté, entenem, tres parts diferenciades: una primera, que coincideix amb el seu primer incís, en la qual es disposa que «el causant no pot ordenar, després d'haver atorgat un acte a títol gratuït, que l'atribució sigui col·lacionable»; una segona part, «però pot dispensar la col·lació en testament, codicil o pacte successori»,

¹⁴ Si l'article 43.2 CS establia que «el nét hereu en la successió del seu avi ha de col·lacionar la donació o liberalitat que per alguns dels conceptes expressats hauria rebut i hauria hagut de col·lacionar en la mateixa successió el seu pare si visqués, posat que sigui també hereu d'aquest l'esmentat nét, i quant al tot o la part que hagi arribat al seu poder», l'article 464-18 CCCat vigent disposa que «el nét hereu en la successió del seu avi ha de col·lacionar les atribucions a títol gratuït rebudes pel seu pare que aquest hauria hagut de col·lacionar en la mateixa successió si fos viu, sempre que el nét sigui també hereu d'aquest i amb relació a tots els béns o a la part d'aquests béns que hagi arribat al seu poder».

i una tercera, en el seu darrer incís, «i pot també excloure-la en la seva successió», que es corresponen amb els apartats que, per la seva novetat, tractarem breument a continuació.

Sobre això, doncs, ens ocuparem de les qüestions següents:¹⁵ els límits a la facultat del causant d'ordenar la col·lacionabilitat d'una atribució (incís inicial de l'apartat 2 de l'article 464-17 CCCat), la dispensa de la col·lació (2n incís de l'apartat 2 de l'article 464-17 CCCat), l'exclusió de la col·lació (incís final de l'apartat 2 de l'article 646-17 CCCat), la renúncia a la col·lació (apartat 3 de l'article 464-17 CCCat) i, finalment, la computació i la imputació en la col·lació (article 464-20 CCCat).

II. ELS LÍMITS A LA FACULTAT DEL CAUSANT D'ORDENAR LA COL·LACIONABILITAT D'UNA ATRIBUCIÓ

El principi de llibertat de disposició en què es basa el sistema successori fonamenta la possibilitat que el donant, en el moment d'atorgar l'atribució a títol gratuït feta en concepte de llegítima o imputable a ella, indiqui la seva no-col·lacionabilitat; de la mateixa manera que, al contrari, pot imposar la col·lació de les atribucions efectuades, encara que aquestes atribucions no coincideixin amb les legalment subjectes a col·lació (article 464-17.1 en relació amb l'article 451-8 CCCat). El caràcter dispositiu de la col·lació es desprèn del tenor literal de l'article 464-17.1 i 2 CCCat («1. Els descendents que concorren com a cohereus en la successió d'un ascendent comú han de col·lacionar, als efectes de la partició de l'herència, el valor de les atribucions que el causant els ha fet per actes entre vius a títol gratuït, sempre que l'atribució s'hagi fet en concepte de llegítima o hi sigui imputable, o que el causant hagi establert expressament, en el moment d'atorgar l'acte, que l'atribució sigui col·lacionable. 2. El causant no pot ordenar, després d'haver atorgat un acte a títol gratuït, que l'atribució sigui col·lacionable, però pot dispensar la col·lació en testament, codicil o pacte successori i pot també excloure-la en la seva successió.»).

La col·lació és, doncs, un deure de caràcter dispositiu, ja que el causant pot ordenar la col·lació de l'atribució duta a terme en vida a favor dels seus descendents, encara que sigui una de les atribucions no imputables a la

¹⁵ Considerem que aquestes són les qüestions més destacades, ja sia per les conseqüències jurídiques que la nova norma comporta, com és el cas de la recollida en l'article 464-17.2 CCCat, segons la qual el causant no pot ordenar que l'atribució sigui col·lacionable, després d'haver atorgat un acte a títol gratuït, ja sia perquè la nova norma recull una operació pròpia de la col·lació, consolidada en la doctrina i la jurisprudència, com ara l'establerta en l'article 464-20.2 CCCat, que disposa que el valor que resulti de la computació a què fa referència l'apartat 1 s'imputa a la quota hereditària del cohereu que ha de col·lacionar.

llegítima (article 451-8 CCCat), de la mateixa manera que pot establir que una atribució feta en concepte de llegítima o imputable a ella, per tant, col·lacionable, no ho sigui, per la seva sola voluntat, d'acord amb l'article 464-17.1 CCCat.

Doncs bé, entenem que l'apartat 2 de l'article 464-17 CCCat estableix un límit a la facultat del causant d'ordenar la col·lacionabilitat d'una determinada atribució. En concret, el primer incís de l'article disposa que el causant, després d'haver atorgat un acte a títol gratuït, no pot ordenar que l'atribució sigui col·lacionable.

Entenem que aquesta norma fa referència tant a les atribucions a títol gratuït que no són imputables a la llegítima, respecte de la col·lacionabilitat de les quals el donant no fa cap menció, com també a l'atribució que és imputable a la llegítima, per tant, legalment col·lacionable, però dispensada per voluntat del donant en el moment de fer l'atribució per acte *inter vivos*.¹⁶

En aquests casos, d'acord amb aquest incís primer del punt 2 de l'article 464-17 CCCat, la no-col·lacionabilitat d'aquestes atribucions podria considerar-se irreversible, de manera que, d'una banda, si en el moment d'atorgar l'atribució, que no és de les imputables a la llegítima, el donant no va ordenar el caràcter de col·lacionable, ja no ho pot imposar posteriorment, i de l'altra, si l'atribució imputable a la llegítima havia estat dispensada de col·lacionar en el moment de fer l'atribució *inter vivos*, posteriorment, en un altre negoci jurídic, no se'n podria pas imposar la col·lacionabilitat.

La justificació d'aquesta nova disposició podria respondre a dos motius. Un primer seria per coherència sistemàtica amb el que estableix, en seu de llegítima, l'article 451-8 apartat 1 CCCat, segons el qual «el caràcter imputable de la donació s'ha de fer constar expressament en el moment en què s'atorga i no es pot imposar amb posterioritat per actes entre vius ni per causa de mort». Per tant, si el caràcter imputable a la llegítima, un dels dos pressupòsits objectius de l'atribució a títol gratuït perquè la col·lació tingui lloc, ha de ser expressat en el moment de l'atorgament, també el

¹⁶ Podria ser que el legislador català s'hagués inspirat en una tendència doctrinal que entén que si la dispensa de la col·lació es fa en l'acte de donació, aquesta dispensa és irrevocable, de manera que després no es pot ordenar en el testament que la liberalitat es col·lacioni. Un dels arguments principals d'aquesta posició és el de considerar que el donatari accepta la donació conjuntament amb la dispensa, com un tot, és a dir, com un conjunt global de donació amb dispensa i, per tant, la revocació de la dispensa comporta una alteració substancial de la base del negoci. La donació s'accepta perquè subsisteix l'expectativa del benefici hereditari, és a dir, que es rebrà de més en la partició hereditària que no pas si el valor del bé s'ha de computar amb la massa hereditària. En conseqüència, el que no es podria permetre és que una de les parts, posteriorment i unilateralment, revoqués parcialment l'acte.

caràcter de col·lacionable de l'atribució s'hauria de fer constar en el mateix acte i no imposar-se posteriorment. El fonament de l'article 451-8 CCCat també ho seria, per tant, de l'article 464-17.2, incís primer, CCCat, que no és cap altre que l'element negocial de declaració de voluntat que implica l'acceptació de l'atribució: cal que el donatari doni el seu consentiment als efectes anticipatoris de l'herència que l'atribució implica.¹⁷

En aquest mateix sentit, i com a segon motiu, podria ser que el legislador hagi volgut deixar palès en una norma jurídica una posició doctrinal segons la qual la col·lació podria ser considerada com un mode, una càrrega que grava la donació. En conseqüència, per raó d'aquesta consideració, el donatari, quan accepta una determinada atribució, sense el seu caràcter de col·lacionable, pot veure's perjudicat si, més endavant, el donant ordena que aquella atribució a títol gratuït hagi de col·lacionar-se en la partició de la seva herència. Per tant, si el donatari va acceptar l'atribució sense el caràcter de col·lacionable, el donant, causant posterior, no pot després atribuir-li aquest caràcter, que es correspondria, com diem, amb el que disposa l'apartat 2 de l'article 464-17 CCCat.

III. LA DISPENSA DE LA COL·LACIÓ

Quant al segon incís del punt 2 de l'article 464-17 CCCat, recordem, «el causant pot dispensar de la col·lació en testament, codicil o pacte successori», el llibre quart actualitza el que ja es recollia en l'article 43 del Codi de successions. I diem que l'actualitza en dos sentits: primer, perquè substitueix l'expressió «salvant voluntat contrària del causant expressada en testament o en codicil» per la més comuna i coneguda, que és la de dispensa de la col·lació, és a dir, establint que el deure de col·lacionar dels descendents que concorren com a cohereus en la successió d'un ascendent comú de les atribucions que el causant els ha fet en vida per actes entre vius a títol gratuït pot ser dispensat per voluntat del causant (tant si les atribucions eren imputables a la llegítima, per tant, legalment col·lacionables si no han estat dispensades, com si eren atribucions col·lacionables per declaració expressa de l'ascendent comú causant); i en un segon sentit, també l'actualitza perquè, d'acord amb la remodelació integral del sistema de pactes successoris, la dispensa de la col·lació es pot fer constar en aquest acord particular, a banda del testament i el codicil, establerts expressament en la regulació anterior. Novament, com succeïa

¹⁷ Així mateix ho posa en relleu Lamarca i Marquès en l'apartat «Imputació legitimària de donacions i atribucions particulars», obtingut del resum de la seva ponència «Relacions familiars i atribucions legals. Novetats en la regulació de la llegítima i la quarta viudal», en les XV Jornades de Dret Català a Tossa el 2008 (p. 9).

amb l'incís que acabem de comentar (el primer incís de l'apartat 2), aquesta part de l'article 464-17 CCCat està també estretament vinculada a la dispensa d'imputació a la llegítima continguda en l'article 451-8 apartat 5 del CCCat, atès que ambdues dispenses, dispensa d'imputació a la llegítima i dispensa de col·lacionar, es poden fer en testament, codicil i pacte successori.

De la lectura d'aquest article 451-8, apartat 5 CCCat, relatiu a la llegítima, sorgeix la qüestió de si, en seu de col·lació, el donant no pot dispensar-la, la col·lació, en un negoci jurídic *inter vivos* posterior a l'acte d'atribució, mitjançant una escriptura pública, en els mateixos termes que s'estableixen per a la dispensa d'imputació de llegítima. En efecte, segons disposa l'apartat 5 de l'article 451-8 CCCat, el causant pot deixar sense efecte la imputació a la llegítima en testament, en codicil, en pacte successori o per mitjà d'una declaració feta en un altre acte entre vius en escriptura pública. I en la col·lació: es pot o no dispensar en negoci jurídic *inter vivos*, mitjançant una escriptura pública, posteriorment a l'acte d'atribució?

La literalitat de l'article 464-17 CCCat fa pensar que només es pot dispensar de la col·lació per testament, codicil o pacte successori. Això no obstant, per analogia amb l'article 451-8, apartat 5 CCCat, la dispensa de la col·lació es podria obtenir respecte de les atribucions imputables a la llegítima si el causant dispensa d'aquesta imputació en escriptura pública, ja que si l'atribució ha estat dispensada de ser imputada a la llegítima ja no és col·lacionable, en virtut del que disposa l'article 464-17, apartat primer, del CCCat. La particularitat d'aquesta dispensa per acte *inter vivos* mitjançant una escriptura pública està en el fet que seria irrevocable, segons el tenor literal d'aquest apartat 5 de l'article 451-8 del CCCat.

D'aquest incís en el punt 2 de l'article 464-17 CCCat que estem tractant, s'aprecia una irreversibilitat diferent de la no-col·lacionabilitat de les atribucions imputables a la llegítima segons el negoci jurídic en què s'ordeni la dispensa. Si la dispensa de la col·lació es formula en un testament o codicil o pacte successori, la no-col·lacionabilitat que proporciona la dispensa és reversible en consideració a la revocabilitat essencial de testament i codicil; quant al pacte successori, la revocabilitat és donada perquè així s'ha estipulat o també perquè hi concorren les causes establertes legalment (article 451-8.5 CCCat). Per contra, si considerem aplicable, per analogia, l'article 451-8, apartat 5, CCCat, la dispensa d'imputació a la llegítima feta en escriptura pública seria irrevocable, segons el tenor literal d'aquest article i també perquè si l'atribució perd el caràcter d'imputable a la llegítima, esdevé una atribució

a títol gratuït que, perquè sigui col·lacionable, així ho ha d'establir expressament el donant en el moment d'atorgar l'atribució i posteriorment a l'acte d'atribució el causant no pot ordenar la col·lació: l'article 464-17.2 incís primer, abans comentat, li ho impedeix.

IV. L'EXCLUSIÓ DE LA COL·LACIÓ EN LA SUCCESSIÓ DEL CAUSANT

El tercer incís d'aquest apartat 2 de l'article 464-17 CCCat esdevé una innovació en seu de col·lació respecte del règim anterior que, segons el meu parer, mereix també una atenció particular. Recordem que, d'acord amb aquest punt 2 d'aquest article, el causant no pot ordenar que una atribució sigui col·lacionable després d'haver atorgat un acte a títol gratuït que originàriament no ho era, però, en canvi, el que sí que pot fer, a més de dispensar la col·lació, és «excloure-la en la seva successió». Les preguntes que suscita aquest incís són diverses. Què es pot excloure: la col·lació o la dispensa de la col·lació? Segons consta en el Projecte de llei admès a tràmit el 13 de febrer de 2007,¹⁸ aquest segon incís tenia la redacció següent: «El causant no pot atribuir posteriorment el caràcter de col·lacionable als béns donats però sí que el pot suprimir lliurement en testament o codicil, així com prohibir la col·lació en la seva successió». De la lectura d'aquest precepte en el Projecte de llei s'ha d'interpretar, per tant, que el legislador està pensant en la possibilitat que el causant «prohibeixi» la col·lació en la seva successió.

Aquesta exclusió de la col·lació afectaria, doncs, totes les atribucions col·lacionables, tant les que el causant va efectuar a favor dels seus descendents en concepte de llegítima o imputable a ella, a títol gratuït, legalment col·lacionables, com també aquelles en què el causant hagi establert, en el moment d'atorgar l'acte, que l'atribució sigui col·lacionable, atès el caràcter dispositiu del deure de col·lacionar, ja que amb la redacció d'aquesta norma es positivitza el caràcter dispositiu de la col·lació.

Una altra de les preguntes que suscita aquest nou incís és sobre la seva necessitat, és a dir, calia aquest incís? Si el causant pot dispensar la col·lació en testament, codicil i també en un pacte successori, ho pot fer no sols respecte d'una liberalitat sinó també de totes aquelles que hagi pogut fer en vida. Si és així, per què parlar de prohibició o d'exclusió de la col·lació «en la seva successió»? I una altra qüestió es refereix a la terminologia emprada. ¿Es podria haver emprat l'expressió *dispensa de la col·lació en la seva successió* tenint present que *dispensa* és el terme jurídicament utilitzat per referir-nos a la facultat del subjecte que duu a terme les atribucions de

¹⁸ Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 33, de 19 de febrer de 2007, p. 62.

no imposar el deure de col·lacionar als legítims passius? D'acord amb el que disposa l'article 111-6 de la primera Llei del Codi civil de Catalunya, el terme jurídic que semblaria més acurat per fer referència a la prohibició de la col·lació en la successió seria el de l'*exclusió*, com així ha estat en l'article 464-17, 2 CCCat. Una interpretació possible seria que la dispensa de la col·lació en testament, codicil o pacte successori està referida a una atribució particular («el causant no pot ordenar, després d'haver atorgat un acte a títol gratuït, que l'atribució sigui col·lacionable», però pot dispensar la col·lació en testament, codicil o pacte successori [...] *ex* article 464-17 CCCat), mentre que l'exclusió de la col·lació es predicaria de la successió, globalment considerada, del causant respecte de totes les atribucions a títol gratuït efectuades pel causant en concepte de llegítima o les efectuades amb declaració expressa de la seva col·lacionabilitat. En puritat, l'exclusió de la Llei aplicable seria clara en el cas de les atribucions imputables a llegítima, per tant, les legalment col·lacionables; en les altres, és a dir, en aquelles atribucions només imputables a la llegítima col·lacionables per voluntat declarada del donant, aquesta exclusió seria més aviat un desdir-se de la seva pròpia declaració de voluntat.

La qüestió que es pot plantejar aleshores és si aquesta exclusió vincula els actes gratuïts posteriors. Dit d'una altra manera, seria eficaç la declaració de col·lacionabilitat feta en una donació posterior al testament en què s'exclou o prohibeix la col·lació?

Atès que es tracta d'una declaració de voluntat amb efectes *mortis causa*, caldrà que es manifesti mitjançant el negoci jurídic *ad hoc*, que per analogia amb la dispensa serien el testament i el codicil, per naturalesa revocables, i el pacte successori, revocable per pacte o d'acord amb les disposicions establertes legalment. Però, un altre cop, sorgeix el dubte de si, com ha succeït en la dispensa, l'exclusió de la col·lació en la seva successió es pot manifestar en una escriptura pública, com així s'estableix per la declaració del causant de deixar sense efecte la imputació a la llegítima d'una atribució determinada, de conformitat amb l'article 451-8.5 CCCat.

V. LA RENÚNCIA A LA COL·LACIÓ

L'apartat 3 d'aquest article 464-17 CCCat, també innovació del llibre quart en relació amb el dret anterior contingut en el Codi de successions, diu que un cop oberta la successió, els cohereus que serien beneficiaris de la col·lació poden renunciar a aprofitar-se'n. Sobre això, i en correspondència amb l'article 464-19 CCCat, segons el qual «la col·lació només beneficia els cohereus que són descendents del causant i no pot beneficiar els legataris ni els creditors de l'herència», cal dir que els beneficiaris són els altres

cohereus també descendents del mateix causant que no van rebre cap atribució o en van rebre menys en vida del causant a títol gratuït, per la qual cosa la col·lació del valor d'aquests béns atribuïts farà augmentar la massa hereditària i, en conseqüència, la quantia de les respectives quotes hereditàries.

Ja en el Codi de successions hi havia una norma amb un contingut similar, concretament, en l'article 44, en el qual s'establia que la col·lació no pot aprofitar als cohereus que no són descendents del causant ni als legataris i creditors de l'herència. Amb una redacció en sentit positiu,¹⁹ l'apartat 3 de l'article 464-19 sembla que hagi volgut deixar ben clar quins són els subjectes que es poden beneficiar de la col·lació (els cohereus descendents), positivitzant doncs l'expressió continguda en la primera part de l'article 44 CS («la col·lació no pot aprofitar als cohereus que no són descendents del causant»), i els subjectes que no se'n poden beneficiar (expressament, ni els legataris ni els creditors de l'herència; *a contrario sensu*, amb la primera part de l'article, els cohereus que no siguin descendents del causant, com així s'establia en l'article 44 CS).

Aquesta facultat per renunciar la col·lació, els cohereus sembla que ja la gaudeixen estrictament d'acord amb el que disposa l'article 111-6 CCCat, relatiu a la llibertat civil.

Novament, sorgeixen algunes qüestions, com ara si davant la renúncia dels cohereus beneficiaris a la col·lació el cohereu que té el deure de col·lacionar no acceptés la renúncia i volgués col·lacionar, podria forçar els altres cohereus beneficiaris a rebre més del que els pertocaria, en cas que es col·lacionés? Què preval: la voluntat de renunciar dels beneficiaris, per no rebre'n de més, o la voluntat de col·lacionar de l'obligat, perquè ho considera just o perquè vol que prevalgui la voluntat del causant?²⁰

VI. COMPUTACIÓ I IMPUTACIÓ EN LA COL·LACIÓ

Finalment, com a aproximació interpretativa a les novetats dels articles relatius a la col·lació al llibre quart del Codi civil de Catalunya, ens resta dedicar-nos a l'anàlisi de l'article 464-20 CCCat. A aquest respecte, voldríem destacar que, dels dos apartats que el conformen, el primer és el que tracta, efectivament, com el títol de l'article indica, de la valoració

¹⁹ Mentre que l'article 44 CS establia quins subjectes no podien aprofitar-se de la col·lació, en l'article 464-19 CCCat, el legislador s'ha estimat més disposar-ho en sentit positiu, és a dir, quins subjectes sí que són beneficiaris de la col·lació (els que són descendents del causant).

²⁰ Probablement, serien aplicables les normes generals de la renúncia.

de les atribucions col·lacionables en l'operació de computació, és a dir, en l'aportació ideal o comptable del valor d'aquestes atribucions a la massa hereditària, mentre que el segon apartat entenc que conté l'operació d'imputació del valor de l'atribució col·lacionable a la quota del cohereu que ha de col·lacionar, així com l'efecte particular per a un supòsit concret en què aquest valor excedeixi la quota.

Com a punts a destacar de l'apartat 1 d'aquest article 464-20 CCCat diríem que, en primer lloc, es modifica la redacció que tenia el segon punt de l'article 44 del Codi de successions (aquest article 44 CS es referia a la valoració dels béns col·lacionables; el text vigent parla ja d'atribucions col·lacionables), d'acord amb l'article 464-17 CCCat; en segon lloc, que, tot i aquesta major precisió de l'articulat, atès que es col·laciona el valor de les atribucions, d'acord amb la noció de col·lació, en tant que reunió fictícia i no pas *in natura*, no es modifica en canvi el moment en què es computa el valor de les atribucions, atès que l'apartat 1 de l'article 464-20 CCCat manté el que disposava l'article 44 Cs, és a dir, en el moment de morir el causant, i es remet a les regles de l'article 451-5 apartats c i d CCCat, relatives a la quantia i al còmput de la llegítima.

El segon apartat és, en canvi, una innovació de l'articulat del llibre quart en relació amb el dret anterior, atès que en cap disposició del Codi de successions s'establia que el valor resultant de la computació s'hagués d'imputar a la quota hereditària del cohereu que té el deure de col·lacionar, i es plasma així, en aquest article 464-20 apartat 2, el que la doctrina considerava que succeïa un cop s'havia dut a terme la computació del valor dels béns col·lacionables, és a dir, s'imputa a la quota hereditària del cohereu que ha de col·lacionar.

Afegeix, a més, què succeeix en el supòsit que el valor de l'atribució efectuada en vida del causant excedeixi la quota que correspondria a l'hereu que ha hagut de col·lacionar: que, com ja hem avançat a l'inici, l'excés no haurà de ser restituit per l'hereu.

