

## **Trabajo Fin de Grado**

# La sucesión contractual: antecedentes romanísticos y regulación actual

*Presentado por:*

**Amanda Ibáñez Soler**

*Tutor/a:*

**Carmen Lázaro Guillamón**

**Grado en Derecho**

Curso académico 2017/18



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO 1: LA PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN NUESTRO DERECHO.....	8
1.1.-La regla general en nuestro Código Civil .....	9
1.1.1.-Los pactos sucesorios prohibidos .....	12
A.-El pacto sucesorio institutivo.....	12
B.-El pacto sucesorio renunciativo .....	13
C.-El pacto sucesorio dispositivo.....	14
1.2.-Los pactos sucesorios admitidos en nuestro derecho.....	15
1.2.1.-Las mejoras por actos inter vivos y las promesas de mejorar o no mejorar .....	16
A.-Promesas de mejorar o no mejorar.....	17
B.-La mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero .....	19
C.-Distribución y mejora de los hijos comunes encomendados por el cónyuge premuerto al cónyuge superviviente.....	20
1.2.2.-La donación de bienes futuros por razón del matrimonio como supuesto de sucesión contractual .....	21
1.3.-Los pactos sucesorios en los distintos ordenamientos españoles .....	24
1.4.-El alcance de la prohibición en nuestro derecho.....	27
1.4.1.-Valoración de la prohibición por la doctrina.....	27
1.4.2.-Argumentos doctrinales que sostienen la prohibición .....	29
1.4.3.-Argumentos doctrinales que sostienen la admisibilidad de los pactos sucesorios .....	31
CAPÍTULO 2: EVOLUCIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO .....	34
2.1.-Pactos sucesorios admitidos en el derecho romano .....	36
2.1.1.-Los pactos sucesorios entre padres e hijos .....	37
2.1.2.- El pacto recíproco de sucesión entre militares.....	39

2.1.3.- La Donación <i>mortis causa</i> y los pactos sucesorios .....	42
2.2.-Reconocimiento y validez por Justiniano de los pactos sucesorios .....	43
2.2.1.-Los pactos sucesorios celebrados por aquél de cuya herencia se trata .....	45
2.2.3.-Los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento.....	45
CAPÍTULO 3: LOS PACTOS SUCESORIOS EN LA PRÁCTICA .....	49
3.1.-Los pactos sucesorios como herramienta para asegurar la continuación de la empresa.....	49
3.1.1.-Aproximación de la admisión del pacto sucesorio en la continuación de la empresa.....	49
3.1.2.-Empresa familiar y protocolo familiar .....	51
3.1.3.-Ordenamientos jurídicos en los que se permite la sucesión contractual.....	52
3.2.-El fideicomiso de residuo y la empresa familiar .....	55
3.2.1.-Concepto de fideicomiso de residuo y su delimitación con el fideicomiso ordinario .....	56
3.2.2.-Relación entre el fideicomiso de residuo y la empresa familiar .....	57
CONCLUSIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA .....	62
ABSTRACT .....	66

## INTRODUCCIÓN

La sucesión contractual tal y como se desprende de nuestro Derecho Civil común no está permitida (artículo 1271.2º CC). La sucesión *mortis causa* es la testamentaria y la legal o *abintestato* (artículo 658 CC). A pesar de ello, se encuentran diversas excepciones a la prohibición de la sucesión contractual como pueden ser las promesas de mejorar o no mejorar (artículos 826 y 827 CC) o la donación de bienes por razón de matrimonio (artículo 1341 CC). Así como también encontramos diferentes ordenamientos jurídicos españoles en los que sí que se permite la sucesión contractual.

Siempre ha habido posicionamientos doctrinales en contra de la admisibilidad de los pactos sucesorios por ser irrevocables, ya que al ser el pacto sucesorio un contrato le será de aplicación el artículo 1256 del Código civil, por el cual, <<La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes>> y ello impide que si posteriormente el causante quiere revocarlo no puede hacerlo de forma unilateral, sino que debe hacerlo con las demás partes que ha celebrado el contrato. Sin embargo en la actualidad, cada vez con más frecuencia, surgen posicionamientos doctrinales a favor de la admisibilidad de la sucesión contractual por considerarlo más beneficioso ya que ofrecen una seguridad jurídica para la conservación del patrimonio familiar.

Nuestro trabajo está encaminado a resolver si en realidad en nuestro derecho se establece una prohibición restrictiva de la sucesión contractual, o si por el contrario, la sucesión contractual no está prohibida en todos sus aspectos. Además trataremos si se debería de permitir en nuestro ordenamiento jurídico la institución, examinando sus ventajas y desventajas, y estudiando las distintas posturas doctrinales que se han mantenido sobre la sucesión contractual.

El estudio se realizará empezando por la regulación actual de la sucesión contractual, siguiendo con el de la institución en el Derecho Romano para poder ver que el Derecho Romano ha tenido una gran influencia en la regulación de la sucesión contractual y finalmente poder relacionar la institución actual con la del Derecho Romano, comparando los problemas que se

suscitaban en la antigüedad y en la actualidad, para buscar una solución al punto controvertido sobre la institución.

El trabajo está estructurado en tres capítulos:

El primero de ellos versa sobre la situación actual de la prohibición contractual en nuestro ordenamiento jurídico en el que se sigue la clásica prohibición de los pactos institutivos, renunciativos y el pacto sucesorio dispositivo. Pero se tratará también las excepciones como las promesas de mejorar y no mejorar o la donación de bienes futuros por razón del matrimonio como supuestos de sucesión contractual puesto que en los mismos se permite el pacto celebrado sobre bienes del futuro causante. Finalmente la doctrina ante la prohibición de dicha institución, analizando tanto los posicionamientos doctrinales en contra de la sucesión contractual por considerarla, principalmente, que vulnera la libertad dispositiva puesto que los pactos sucesorios son irrevocables; como los posicionamientos doctrinales que sostienen la admisibilidad de los pactos sucesorios, por ejemplo en el caso de los hijos de un matrimonio, siendo los pactos sucesorios una forma de asegurar que en un futuro recibirán un patrimonio, también es favorable para el causante puesto que deja resuelto ya en vida de forma clara quienes van a ser sus herederos con respecto a el patrimonio del mismo. En el mismo capítulo también trataremos los diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro país que por el contrario sí que admiten en sus respectivos ordenamientos forales la institución del pacto sucesorio.

El segundo versa sobre la institución en el Derecho Romano y la influencia que ha tenido dicho ordenamiento en el nuestro, siendo la regla general del mismo también la prohibición de la institución del pacto sucesorio, aunque siempre, con algunas excepciones. En un primer momento los pactos sucesorios eran consideradas como privilegios (como por ejemplo el pacto entre militares) pero la evolución que sufrió el Derecho Romano llevó a que cada vez se utilizasen más los pactos sucesorios, no solo como privilegio entre clases de la nobleza, sino todo ciudadano romano, hasta llegar al Código Justiniano en el que el emperador reconoció la institución del pacto sucesorio, no de un modo general sino para determinadas circunstancias concretas como por ejemplo los pactos celebrados sobre la herencia de un tercero.

El último capítulo se centrará en como los pactos sucesorios se practican con mayor frecuencia de la que se infiere en nuestro ordenamiento, tratando la práctica de los pactos sucesorios en ámbitos tan comunes como en la sucesión de la empresa familiar, y la relación de esta con una institución que viene ya del Derecho Romano como es el fideicomiso de residuo.

Finalmente, la metodología empleada para el desarrollo del trabajo ha sido un análisis histórico - crítico mediante la investigación de textos históricos romanos, normas jurídicas y las diferentes posturas doctrinales en relación a la institución.

## CAPÍTULO 1: LA PROHIBICIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN NUESTRO DERECHO SUCESORIO

Para determinar el alcance la prohibición del pacto sucesorio en nuestro derecho hay que tener en cuenta dos artículos del Código Civil, el 658<sup>1</sup> y el 1271.2<sup>o2</sup>. El primero de ellos nos dice que hay dos medios para la distribución de la sucesión por causa de muerte, que son el testamento y la ley, de modo que en nuestro derecho, en principio, solo existen esos dos medios para disponer de los bienes después de la muerte. El segundo de ellos habla sobre los contratos de herencia futura, que establece que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056.

La doctrina ha utilizado la expresión de pacto sucesorio, para referirse a lo que nuestro código denomina contratos de herencia futura. Siguiendo a Roca Sastre<sup>3</sup> se ha de distinguir entre la sucesión contractual y el pacto sucesorio:

- a) La sucesión contractual es aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada con otra voluntad de modo que no puede revocarse de modo unilateral.
- b) El pacto sucesorio es aquél negocio jurídico que tiene por objeto la herencia futura de una persona, sea ésta una de las partes en el negocio, sea un tercero extraño.

En general, pacto es menos completo que contrato ya que un contrato está compuesto de varios pactos, estos distintos pactos configurarían el contenido del contrato.

---

<sup>1</sup> Artículo 658 C.c.: “La sucesión se defiende 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”.

<sup>2</sup> Artículo 1271.2<sup>o</sup> C.c.: “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”.

<sup>3</sup> ROCA SASTRE, R.M<sup>a</sup>., *Estudios de derecho privado*, II (Sucesiones), Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, R41948, pp. 355 y ss.

Según Cano<sup>4</sup> este no es un ordenamiento general íntegro de naturaleza convencional sobre una sucesión futura, sino algo menos, es un acuerdo posiblemente parcial sobre algún extremo de la herencia y basta con que sea tan poco para que, salvo excepciones tipificadas por ley, esté absolutamente prohibido por ella.

En consecuencia, se puede decir, que la sucesión contractual es aquella que es deferida a través de un contrato<sup>5</sup>.

### **1.1.-La regla general en nuestro Código Civil**

Frente a otros derechos, como puede ser por ejemplo el alemán, en nuestro Código Civil se sigue la clásica prohibición de la sucesión contractual, concretamente en el artículo 1.271 que dice: <<Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

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.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres>>.

Con lo que, como nos advierte dicho artículo, se permiten los contratos cuyo objeto sea una cosa futura, es decir, cosas que todavía no existen o cuya adquisición para el disponente en ese momento es incierta, pero con la expresa excepción de los que recaigan sobre la herencia futura.

Según la doctrina mayoritaria<sup>6</sup> dicho precepto prohíbe de forma radical la figura del pacto sucesorio.

---

<sup>4</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos sucesorios*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, pp. 16 y ss.

<sup>5</sup> HERRERA CAMPOS, R., <<La sucesión contractual>>, en SÁNCHEZ CALERO F. J., (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 779-785, en p. 780.

<sup>6</sup> Autores como MAZEAUD, *lecciones, trad. esp.*, IV-2, Buenos Aires, 1965; también en contra CIAN Y TRABUCCHI, *Comm. Breve al C. c.*, Padova, 1989.

Por otra parte, hay también opiniones de autores que están a favor de la sucesión contractual, como puede ser Puig Peña<sup>7</sup> quien es considerado defensor de la sucesión contractual en el derecho español, llegándola a considerar como un tercer modo de sucesión. Lo hace en relación a dos argumentaciones, primera por no entender tan restrictiva la prohibición y segunda para asegurar la libertad contractual que se regula en el artículo 1255 CC, aunque con ello se pueda llegar a limitar la libertad de testar.

Según Cano<sup>8</sup> se justifica dicha prohibición en el sentido de que se pretende salvaguardar la libertad de disposición, que quedaría encorsetada en ellos en cuanto son irrevocables, de modo que una vez realizado el pacto, no se podría modificar la voluntad del disponente. Como son acuerdos bilaterales, pueden ser aceptados en vida del disponente, sin embargo producen efectos desde su muerte, por ello cabe también la aceptación tras la apertura de la sucesión.

Hay cuatro preceptos sobre los que se asienta la prohibición absoluta de realizar pactos sucesorios que son: el artículo 658 en el que se señala que la sucesión se difiere por ley o por testamento. De dicho artículo se desprenden dos clases de sucesión: la sucesión testamentaria (o voluntaria), que es la realizada por la voluntad del hombre manifestada en testamento; y la sucesión legal (legítima, *ab intestato* o intestada), que es la que, en defecto de testamento válido, tiene lugar por disposición de la ley.

El segundo precepto es el artículo 1.271 ya citado. Dicho precepto impide contratar sobre la <<herencia futura>>, entendiendo por herencia futura la que se realiza antes de la apertura de la sucesión.

El tercer precepto es el artículo 816 que habla sobre la legítima futura, declarando nula la renuncia y la transacción sobre la legítima futura<sup>9</sup>. Esto significa que se prohíbe la transacción entre la persona que debe la legítima y

---

<sup>7</sup> Citado por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p. 18. También autores como ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, II (Sucesiones), este autor elimina la posibilidad de una teoría general de los pactos sucesorios, dado el sentido, que para él tiene, terminante prohibido, del artículo 1272.2º. Pero además se puede hacer referencia a otros autores como CONDOMINES VALLS, <<*Formas nuevas de sucesión*>>, del Colegio notarial de Barcelona, 1946.

<sup>8</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit. p. 19. En el mismo sentido, MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.

<sup>9</sup> HERRERA CAMPOS, R., <<La sucesión contractual...>>, cit., p. 782.

sus herederos forzosos dado que se trata de herencia futura que solo deja de serlo cuando el testador fallece, en tal caso no hay prohibición en nuestro derecho civil común<sup>10</sup>. De aquí se puede deducir que la legítima está protegida contra el que la debe y hasta contra el que tiene derecho a ella. Y en efecto, la legítima futura es indisponible. Si la legítima se da gravada, el gravamen se tiene por no puesto. Si se paga con bienes no hereditarios, la protección permite al legitimario optar por pedir bienes de la herencia para cubrir su legítima, y además el causante sólo puede privar de la legítima en los casos expresamente permitidos por la Ley.

Finalmente el artículo 991 que dispone: <<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>>. Con lo que se exige que, para poder disponer de la herencia el llamado a la misma tendrá que estar cierto de la apertura de la sucesión, es decir, del fallecimiento del causante y de la existencia objetiva del llamamiento.

Este panorama tan negativo contrasta con los esfuerzos que algún sector de la doctrina (p. ej. Puig Peña, Espejo Lerdo de Tejada<sup>11</sup>) ha realizado para conseguir encontrar, frente a la prohibición, una permisibilidad. Pero según otros sectores de la doctrina no hay tal solución (p. ej. Cano Martínez de Velasco) pues establecen que la ley los prohíbe conforme a los antecedentes, como por ejemplo el *Code Napoléon*, en éste solamente se establecen dos posibilidades de disponer de bienes a título gratuito, que son la donación entre vivos o el testamento (art. 893); Se prohíbe además renunciar a una sucesión no abierta y estipular sobre ella con el consentimiento del causante (art. 1130); Los esposos no pueden cambiar el orden de la sucesión (art. 1389), etc. Estos son solo unos breves preceptos del *Code de Napoléon* que muestran la radicalidad de la prohibición de la que carece nuestro Código civil<sup>12</sup>, que se podría decir, que es, más o menos, tolerante, es decir, no se encuentran prohibidos por el Código Civil pero tampoco hay artículos que los reconozcan

---

<sup>10</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., <<Algunas notas sobre la eficacia de la transacción en el Derecho hereditario>> en M<sup>ª</sup>T., Duplá Marín y, P. Panero Oria (Coords.), *Fundamentos del Derecho sucesorio*, Marcial Pons, Colegio notarial de Cataluña, 2018, pp. 423 - 432, en p. 430.

<sup>11</sup> Citados por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, p. 39.

<sup>12</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p. 39.

expresamente, únicamente se menciona de manera expresa la sucesión testada y la intestada, siendo algunos artículos más abiertos que facilitan una interpretación de la existencia de la sucesión contractual. En el proceso de codificación del Código Civil se adoptó una posición contraria a los pactos sucesorios, siguiendo el criterio romano sobre la libertad de testar<sup>13</sup>.

### **1.1.1.-Los pactos sucesorios prohibidos**

En nuestro derecho se han establecido tres categorías genéricas de contrato sucesorios que están prohibidas, que son: el pacto institutivo, el pacto renunciativo y el pacto dispositivo. A continuación se procederá a su análisis:

#### **A. El pacto sucesorio institutivo**

Los pactos institutivos también denominados adquisitivos, a decir de Espejo Lerdo de Tejada<sup>14</sup>, “son aquellos actos bilaterales en los cuales se dispone a causa de muerte de la totalidad o de una cuota de la herencia, mediante la institución de heredero, o a través de legados, de elementos singulares del patrimonio. Son pactos cuya eficacia está subordinada a la muerte del disponente y a la supervivencia del instituido, y cuya principal diferencia con el testamento radica precisamente en la bilateralidad de su génesis.”

En el mismo sentido Armando Villafuerte<sup>15</sup> “establece que son aquellos mediante los cuales el otorgante acuerda con otra persona designar a éste su heredero para que reciba todo o parte de la herencia.”

Contra la validez de dichos pactos institutivos que abarquen toda la herencia o simplemente una cuota de la misma se encuentra la genérica prohibición recogida en nuestro Código, regulada en el artículo 1271,2º, pero además también se le puede atribuir la prohibición de dichos pactos al sistema general de la delación de la herencia, en el que no se establece otro modo de atribución de los bienes mediante llamamiento que no sea el testamento, esto es, el efecto del pacto institutivo es establecer una disciplina de la sucesión, por lo que se exige la supervivencia del instituido al instituyente. Por regla general,

---

<sup>13</sup> MOLINA PORCEL, M., *Derecho de sucesiones*, 2007, p. 577.

<sup>14</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999. cit., p. 34.

<sup>15</sup> VILLAFUERTE, A., *La Sucesión Contractual*, ADEQ, La Paz: Bolivia, 2007, p. 21.

los efectos del pacto quedan demorados hasta la apertura de la sucesión, momento en el cual se produce la delación de la herencia<sup>16</sup>. Por ello el contrato sucesorio no priva al causante de su poder de disposición sobre los bienes, siempre que no lo ejercite con el propósito de perjudicar al heredero.

Con lo que todos los pactos que se realicen en dichos términos no podrán ser eficaces.

### **B. El pacto sucesorio renunciativo**

Los pactos sucesorios renunciativos son aquellos en cuya virtud una persona renuncia a la herencia no abierta, de acuerdo con el futuro causante<sup>17</sup>.

En nuestro derecho, siempre ha sido un requisito legal que la repudiación de la herencia se haga una vez se haya abierto la misma. Estos pactos se diferencian de la repudiación común de la herencia en que ésta es siempre unilateral y recae sobre una sucesión ya abierta, mientras que el pacto renunciativo nace de un acuerdo bilateral y se produce antes de la apertura de la sucesión<sup>18</sup>.

“El pacto renunciativo sólo tiene justificación cuando en un sistema jurídico existen derechos hereditarios de carácter forzoso, porque, en caso contrario, nada impide que el causante no atribuya derechos hereditarios a quien no los desee<sup>19</sup>.” Nuestro derecho especifica el pacto renunciativo en el artículo 816<sup>20</sup>, situándolo dentro de la legítima.

Se entiende entonces que la transmisión, pese a depender de un pacto sucesorio, se mantiene, lo cual hace ver que la razón de la prohibición radica en la debida protección de la legítima. Se entiende que la convalidación de

---

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO L., Y GUILLÓN A., <<La sucesión contractual y la sucesión intestada>>. Sistema de Derecho civil, volumen IV, *Derecho de familia y derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 466.

<sup>17</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit. p. 35.

<sup>18</sup> DÍEZ-PICAZO L., Y GUILLÓN A., <<La sucesión contractual y la sucesión intestada...>>, cit. p. 466.

<sup>19</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., pp. 63 y 64.

<sup>20</sup> Artículo 816 C.c.: “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”.

dicha transmisión pese a depender de un acto nulo, cuenta a su favor con el argumento del art. 816 C.c., y con la opinión de la mayoría de los autores<sup>21</sup>.

### C. El pacto sucesorio dispositivo

Los pactos dispositivos son aquellos en los que se realiza un acto transmisivo – donación, compra venta o permuta - cuyo objeto es la herencia de una tercera persona que todavía está viva, o un objeto singular que se espera adquirir por título hereditario<sup>22</sup>.

Mediante estos pactos dispositivos, los contratantes disponen de los bienes comprendidos en la futura sucesión de un tercero, que no interviene en el contrato<sup>23</sup>. Puede estipularse la transmisión de los bienes de la herencia, entre sí o a favor de un extraño.

Este pacto no está considerado un pacto sucesorio propiamente dicho, pues al celebrarse dicho pacto sobre la herencia de un tercero no concurrente al otorgamiento, no hay disposición *mortis causa*, y ni siquiera variación de la de la ordenación sucesoria mediante renuncia anticipada, sino modificación en la distribución de la herencia que eventualmente pudiera recaer en alguno de los contratantes o en todos ellos, o cesión del caudal, por tanto, sería un negocio *inter vivos*<sup>24</sup>.

Este pacto se ha considerado como nulo de pleno derecho en todas las legislaciones, salvo en algunas, si el causante muestra su asentimiento y muere sin revocarlo.

---

<sup>21</sup> Así, VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, Valladolid, 1939, p. 371: <<suele prohibirse con mayor severidad si cabe, que el pacto hereditario, puesto que los derechos, o mejor, las expectativas que abandona, pueden estar otorgadas por razones o motivos de interés público, como sucede con las legítimas>>; de la misma opinión es BONET, *Compendio de Derecho civil*, V, Madrid, 1965, p. 498: <<la jurisprudencia ha declarado que las leyes fundamentales que regulan la sucesión y los derechos de la familia, en que tanto se interesa el orden público, no pueden alterarse por convenios particulares, y no es válida, por consiguiente, la renuncia que se haga contra sus prescripciones antes que se verifique la sucesión>>. Citados ambos autores por ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...* cit., p. 64.

<sup>22</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., p.35 y 36.

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO L., Y GUILLÓN A., <<La sucesión contractual y la sucesión intestada...>>, cit., p. 466.

<sup>24</sup> RAMS ALBESA, J., <<El contrato sucesorio>> *Elementos de derecho civil V, sucesiones*, Madrid, 2001, p. 300.

Como conclusión inicial de todo lo expuesto hasta ahora es que los pactos sucesorios están prohibidos, pero sin embargo, el Código Civil contiene una serie de excepciones que dan lugar a la permisión de pactos sucesorios de una manera más o menos restringida. De estas excepciones hablaremos a continuación.

## **1.2.-Los pactos sucesorios admitidos en nuestro derecho**

Están permitidos los pactos que no se refieren a una sucesión futura, esto es, una sucesión que no está todavía abierta. En este mismo sentido se interpreta el artículo 1257,2º CC, de él se desprende que cabe la estipulación a favor de un tercero con efecto en vida del estipulante, pero no tras su muerte, pues entonces se entendería como una sucesión futura.

En relación a este punto trataremos las excepciones a la prohibición que se regulan en nuestro derecho.

En el supuesto del matrimonio está permitido que los contrayentes antes de la celebración del mismo se donen, sea recíprocamente o no, bienes futuros sólo para el caso de muerte, artículo 1341<sup>25</sup>. También está permitido ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que, muriendo un cónyuge, pueda el viudo que no haya contraído matrimonio de nuevo distribuir, según su voluntad, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, artículo 831<sup>26</sup>. Es considerada también un pacto sucesorio la promesa de mejorar o no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, artículo

---

<sup>25</sup> Artículo 1341 C.c.: "Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.

Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada".

<sup>26</sup> Artículo 831 C.c.: "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa".

826<sup>27</sup>. En el mismo sentido se encuentra también la mejora celebrada por contrato oneroso celebrado con un tercero o en capitulaciones matrimoniales, artículo 827<sup>28</sup>.

En el caso del contrato de sociedad, son pactos sucesorios permitidos por ley también los celebrados entre socios para que la sociedad continúe entre los sobrevivientes tras la muerte de unos de sus miembros, en tal supuesto, un heredero o varios del difunto, incluso todos los herederos, y en virtud del pacto pueden ocupar el lugar del donante en la sociedad, esto es, cuando se pacta la continuación de la sociedad tras la muerte de uno de los miembros, los que hayan sobrevivido adquieren proporcionalmente la posición jurídica que el premuerto tuviera en la misma.

En tales casos, los herederos también pueden decidir si deciden continuar con la sociedad o abandonarla. Son convenios admitidos en el artículo 1704<sup>29</sup>, que se realizan con la finalidad de favorecer la continuidad de las sociedades<sup>30</sup>. Esto es así porque el derecho de sucesiones nace como medio de conservar la familia, se trata de superponer el interés individual y por tanto la libertad personal, frente al interés del grupo familiar<sup>31</sup>. Se trataría de trasladar al ámbito de la empresa familiar ese interés por la continuidad del negocio, que puede seguir considerándose familiar, tras la desaparición del fundador.

### **1.2.1.-Las mejoras por actos inter vivos y las promesas de mejora o no mejora**

---

<sup>27</sup> Artículo 826 C.c.: “La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto”.

<sup>28</sup> Artículo 827 C.c.: “La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero”.

<sup>29</sup> Artículo 1704 C.c.: “Es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios, continúe la sociedad entre los que sobrevivan. En este caso el heredero del que haya fallecido sólo tendrá derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquel día.

Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el número 4.º del artículo 1.700”.

<sup>30</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p. 52 y ss.

<sup>31</sup> En este sentido PELAYO HORE, S.: afirma que “la finalidad del pacto sucesorio rebasa la del acto de mera disposición *mortis causa*, que para eso ya está el testamento, sino que atiende a dar estabilidad y fijeza a situaciones familiares que exceden del interés individual” en “*Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón*”, ADC, vol. 20, nº4, 1967, pp. 834 – 835.

Según la doctrina mayoritaria<sup>32</sup> los artículos 826 y 827 CC permiten la sucesión contractual. Nos permitimos recordar que se refieren a las promesas de mejorar o no mejorar que se han hecho mediante escritura pública en capitulaciones matrimoniales (art. 826,2º) y las mejoras realizadas a través de un contrato oneroso celebrado con un tercero (art. 827).

Se dice que las mejoras que se han realizado a través de las capitulaciones matrimoniales son contratos y como tales son indisolubles (art. 1.256<sup>33</sup>) y también las mejoras que se hayan celebrado con carácter oneroso<sup>34</sup>. El contrato oneroso con un tercero constitutivo de una mejora no es revocable *ad nutum*, pero no lo es tampoco por las causas comunes de revocación, esto es así porque el tercero ha pagado para que la mejora se ordene, y si se revocase, el mejorante se enriquecería injustamente<sup>35</sup>, ya que recibió una contraprestación por mejorar y no llegó a realizarla.

Con lo que, lo que se viene a decir es que la mejora será revocable, excepto cuando se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero.

#### **A. Promesas de mejorar o no mejorar**

Cabe ordenar una mejora y también cabe prometer una mejora en el futuro. Esto sería un acto unilateral de quien promete aunque la misma tenga que constar a través de capitulaciones matrimoniales.

Dicha promesa es recepticia, es decir, debe de constar la conformidad de la persona que recibirá la mejora. Con lo que se puede decir que la mejora es irrevocable por cuanto desde entonces el promitente queda vinculado a que se lleva a cabo el acta de conformidad de la misma<sup>36</sup>. En este sentido Castán<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, LACRUZ J. L., *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 1971, p. 726; GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual*, pp. 130-131; CASTILLEJO Y DUARTE, *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, Madrid, 1902, p. 71 y ss.

<sup>33</sup> Artículo 1256 C.c.: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

<sup>34</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p.127.

<sup>35</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p.127.

<sup>36</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p.130.

<sup>37</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, VI-2, 7ª, Madrid, 1973, pp. 572 – 573, dice que las promesas de mejorar equivalen a mejoras en sentido estricto, aunque de hecho el mejorante hubiera incumplido la obligación de mejorar que contrajo por virtud de la promesa.

dice que la promesa es una mejora en firme, sobretodo porque el promitente queda desde entonces vinculado irrevocablemente.

Cabe también la promesa de no mejorar, o realizar a la vez una promesa de mejora y no mejorar a los otros legitimarios.

Con relación a las promesas de mejorar o no mejorar hay que decir que deben de constar en escritura pública de capitulaciones matrimoniales de acuerdo con el art. 826.1º, siendo causa de nulidad sino se llevan a cabo de dicha manera según el art. 1.327 CC<sup>38</sup>.

Las promesas se pueden revocar mediante la incapacidad, la indignidad y la ingratitud sucesorias sobrevenidas a la promesa. Además, se extinguen las mejoras cuando se den causas como la renuncia del promisario, por no celebrarse el matrimonio que estaba previsto, por disolverse a causa de nulidad, separación legal o divorcio. Asimismo se extingue por la premoriencia del mejorado, que dado el carácter personalísimo de la mejora, impide que el crédito a ser mejorado se transmita. Sin embargo, esto no impide que sus sucesores reciban la atribución que el mejorado, en concepto de donatario, hubiera obtenido en vida.

Por otra parte, los hijos del matrimonio aún no concebidos, también pueden ser receptores de las promesas de mejoras que en las capitulaciones matrimoniales se les haya otorgado.

Las promesas de mejorar se aplicaran no solo al segundo tercio de la herencia sino también al tercero, en cuanto que la mejora abarca también al tercio de libre disposición.

En un determinado momento, el progenitor que en un momento decidió no mejorar a nadie, puede decidir finalmente mejorar a un hijo, puesto que en este caso no se perjudicaría a nadie, sino que simplemente se beneficiaría el promisario de la mejora que se realizara. En el caso de que el progenitor decidiera no mejorar a ningún hijo, no podrá tampoco mejorar al nieto.

---

<sup>38</sup> Artículo 1327 C.c.: "Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública".

Siendo hoy en día las capitulaciones matrimoniales revocables, cabe indirectamente revocar la mejora capitular cambiándolas. Las mejoras realizadas mediante capitulaciones matrimoniales son revocables por las causas comunes de revocación que se regulan para las donaciones.

Pero la mejora no podrá ser nunca revocada por la supervivencia o sobrevenencia de hijos, puesto que es requisito de la misma que haya en el momento de hacerla varios posibles herederos forzosos, precisamente para que uno de ellos pueda ser mejorado con respecto a los demás<sup>39</sup>.

En mi opinión, las mejoras en las capitulaciones matrimoniales se han permitidos siempre para la protección de los bienes con carácter familiar que mediante la libertad de pacto que se permite por el Código civil se pueden llevar a cabo, con lo que tienen un fin de protección a la estructura del matrimonio que se podría decir que es el soporte de la familia.

#### **B. La mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero**

El contrato oneroso celebrado con un tercero no es un contrato directo, puesto que éste a su vez necesita de otro negocio jurídico en el que se instituya la mejora, mediante el que se le dé cumplimiento a la mejora que se ha establecido en el contrato celebrado. En este contrato también se suelen regular las condiciones de la mejora a las que se le debe de sujetar el testamento al ordenarla.

Al ser dicho contrato una estipulación a favor de un tercero será necesario que se dé la aceptación del mejorado para que se dé en él el requisito de irrevocabilidad.

El contrato oneroso celebrado con un tercero es solamente oneroso para el tercero, puesto que es gratuito para el mejorado. No obstante, la donación con la que se haga puede estar sujeta a cargas o gravámenes sobre el mejorado o sobre el tercero, que de no cumplirse pueden llevar a la revocación, pero no de la mejora, sino de la donación.

---

<sup>39</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., pp. 132 y 133.

Esta obligación de mejorar nacerá desde el momento en que el mejorado acepte el contrato oneroso con el tercero.

### **C. Distribución y mejora de los hijos comunes encomendado por el cónyuge premuerto al cónyuge supérstite**

Excepcionalmente, podrá ordenarse mediante testamento o capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, puede el viudo o viuda que no haya contraído nuevo matrimonio distribuir, según su arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las disposiciones del causante<sup>40</sup>, esto es lo que nos dice el artículo 831 de nuestro código.

El viudo o viuda puede no solamente distribuir los bienes del premuerto conforme a su prudente arbitrio, sino que además, debe efectuar la partición de la misma. La partición del viudo deberá entenderse como la hecha por el propio testador, es decir, que el viudo o viuda actuara con plenas capacidades como si se tratara del cónyuge fallecido. En este sentido cuando se habla de <<prudente arbitrio>> se refiere a que existe la posibilidad de que el cónyuge que tiene que distribuir puede hacerlo de manera igual o por el contrario de manera desigual, a quién le atribuyó dicho derecho, pero motivándolo siempre, atendiendo a las circunstancias que se puedan dar en cada caso en concreto. En el caso de que se lleve a cabo una motivación insuficiente, se podrá impugnar la mejora o la distribución practicadas.

Hasta la reforma introducida en el Código civil por ley 13 de mayo 1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, solamente era posible establecer la delegación de facultades a la que se refiere el nombrado art. 831 mediante capitulaciones matrimoniales. Después de esta ley el citado precepto acoge también el testamento como medio idóneo de ordenar la delegación y se suprime el requisito que se establecía anteriormente de que el cónyuge ordenante tuviese que morir intestado. Por ello, actualmente la delegación de facultades de distribución y mejora en el cónyuge viudo no constituye un sustitutivo, sino un complemento de la última voluntad del premuerto. Tan es así, que tiene tan

---

<sup>40</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., pp. 136 y 137.

solo un poder delegado, es decir, un poder representativo *post mortem*; el cual no es distinto de cualquier otro poder de representación, de modo que si el causante de manera anticipada hace toda la distribución de sus bienes no podrá el cónyuge viudo disponer de ellos a pesar del poder que tiene otorgado puesto que habrá quedado sin finalidad el mismo<sup>41</sup>.

No es posible la aceptación *post mortem* de la delegación. El cónyuge viudo puede realizar la gestión de distribuir los bienes del causante y mejorar con ellos a los hijos comunes o no realizarla, pero en dicho caso el poder caduca por el paso del plazo de un año que se establece en el art. 831,1º. Pero no necesita aceptar, ni rechazar la delegación.

### **1.2.2.-La donación de bienes futuros por razón del matrimonio como supuesto de sucesión contractual**

Junto con las mejoras contractuales de las que hemos hablado anteriormente, se establece en nuestro derecho un supuesto de sucesión contractual entre cónyuges que se encuentra recogido en nuestro Código civil. A esto caso se refiere el artículo 1.341 que nos dice: <<Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.

Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada. >>

En dicha figura es difícil determinar a qué bienes se refiere cuando se dice <<bienes futuros>>. De hecho, con respecto a este concepto la doctrina<sup>42</sup> registra tres opiniones distintas sobre el mismo: la de que el precepto sólo autoriza la donación de bienes futuros concretos y determinados; la de que se está contemplando la donación de todos o una cuota de los bienes que el donante tenga a su muerte; finalmente, la de que en el precepto contempla donar tanto bienes futuros concretos y determinados como la totalidad de una

---

<sup>41</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p. 139 y ss.

<sup>42</sup> Autores como ROCA – SASTRE MUNCUNILL R.Mº., *Derecho de sucesiones*, III, Barcelona, 1994, pp. 547 y 548, o MANRESA, J.Mº., *Comentarios al Código civil*, tomo IX, Madrid, 1969, p. 278.

cuota de los que resten a la muerte del donante. Esta última es la dirección doctrinal más extendida y aceptada<sup>43</sup>.

Los efectos de la donación se refieren, como dice el precepto, a <<sólo en caso de muerte>>, por lo que no se puede establecer otro momento para determinarlos. Se entenderá por bienes futuros los existentes en el patrimonio del donante en el momento de su muerte.

La donación de bienes futuros para el caso de muerte entre los futuros contrayentes del matrimonio presenta dos diferencias con la donación *mortis causa*; la primera de ellas es que sólo cabe donar por causa de muerte bienes presentes, y la segunda de ellas es que el donatario por causa de muerte no tiene la necesidad de sobrevivir al donante. Si premuere, heredaran por transmisión de derecho sucesorio sus herederos, siempre y cuando muerto el donatario, el donante no revoque la donación.

En cambio en la donación por causa de muerte de bienes futuros entre futuros contrayentes, puede tratarse, aunque no se exprese en el precepto, tanto de bienes presentes como futuros, y en éste caso el donatario sí que debe sobrevivir al donante.

En relación a quién puede realizar dichas donaciones, del precepto se desprende que únicamente se podrá realizar entre los contrayentes las donaciones de bienes futuros. Los terceros sólo podrán donarles entre vivos individual o conjuntamente bienes presentes por razón del matrimonio futuro<sup>44</sup>.

Respecto a quién puede ser el beneficiario de la donación, la ley es lo suficientemente clara y dice que sólo podrá ser donatario el otro cónyuge y que la donación no podrá subsistir si el donatario premuere al donante.

Con respecto a los efectos que pueden producir las donaciones de bienes futuros entre cónyuges no hay un acuerdo claro en la doctrina<sup>45</sup>. Se podría distinguir en si el objeto de la misma es una cuota o un bien concreto. En el caso del bien concreto parece claro que el donante queda obligado a no

---

<sup>43</sup> Por ejemplo VALLET J., *Estudios sobre donaciones*, cit., p. 189 o LACRUZ J.L., *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 324.

<sup>44</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, pp. 266 y 267.

<sup>45</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, p. 267 y ss.

disponer de ningún modo de las cosas donadas, pues ello supondría frustrar el derecho del donatario, salvo que al donar se hubiera reservado la facultad de disponer. Por el contrario, en el supuesto en que se dona una cuota o la totalidad de los bienes que queden en el momento de la muerte, está claro que el donante puede seguir adquiriendo bienes después de realizada la donación y disponer de cualquier bien de su patrimonio *inter vivos*, pero hay disputas en cuanto a si se pueden realizar actos dispositivos a título gratuito<sup>46</sup>. Hay autores<sup>47</sup> que se posicionan en que si que podrá realizarlos a título gratuito, pero en cambio hay otros que sostienen que sólo podrán realizarlo a título oneroso, y no a título gratuito, salvo los regalos o las donaciones remuneratorias. A mi entender, la opinión más fundada es la primera de las posiciones, puesto que el poder de donar del disponente no resulta limitado durante su vida, ya que la donación se refiere a los bienes que queden tras su muerte.

Con respecto a dicho tema, se podría dar una colisión de la donación de bienes futuros con las legítimas.

Según Vallet, las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo sin entrega de bienes se reducirán después que las disposiciones testamentarias: lo cual es lógico por no poder afectar estas a aquéllas, pero antes de las donaciones *inter vivos*, porque la fecha de la donación de bienes futuros es la de la muerte del causante<sup>48</sup>.

Contra la opinión de Vallet se ha dicho que si existieran también donaciones, el pacto sucesorio se reduciría después de las que fueran de fecha posterior al mismo, pero esta opinión no convence puesto que desatiende la protección preferente del legitimario que es el mayor interés que está en juego<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, p. 271 y ss.

<sup>47</sup> Autores como MANRESA J.Mª., *Comentarios al Código civil*, tomo IX o como LACRUZ J.I., *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*.

<sup>48</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. Mª., *Estudio sobre donaciones*, La donación <<mortis causa>>, Madrid, 1978, p.15.

<sup>49</sup> Así como PUIG PEÑA, según ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., p. 274.

Con lo que a modo de conclusión podemos decir que el contrato sucesorio sólo es válido en lo que no afecta a la legítima<sup>50</sup>.

Con lo que respecta a estas donaciones del artículo 1341 las mismas tienen un plazo de caducidad, pues quedarán sin efecto si el matrimonio no llega a celebrarse dentro de un año natural contado desde el otorgamiento de las capitulaciones, esto queda plasmado en los artículos 1334<sup>51</sup> y 1342<sup>52</sup>.

De dicho precepto, para concluir, se desprende que no solamente permite a los futuros esposos donarse bienes futuros para el caso de muerte, sino que de alguna manera las capitulaciones autorizan para que se pueda disponer de bienes presentes y futuros y además porque por capitulaciones los futuros esposos pueden disponer a título sucesorio.

Podríamos decir que ha sido una norma que ha tenido poca práctica en la realidad, lo que quizás se pueda explicar por el escaso desarrollo legal que ha tenido la figura.

### **1.3.-Los pactos sucesorios en los distintos ordenamientos españoles**

La regla general es la nulidad de los contratos sucesorios, si bien todos los ordenamientos españoles, admiten excepciones<sup>53</sup>. Nos referimos a los derechos forales de las Comunidades Autónomas que admiten la sucesión contractual en determinadas ocasiones.

Ejemplo de ello es la sucesión contractual en Aragón, en él la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, reconoce la más amplia libertad para ordenar la sucesión del causante<sup>54</sup>. Esta ley mantiene la admisión de los pactos sucesorios, ya no sólo en capitulaciones matrimoniales sino en otra escritura pública, como por ejemplo el testamento, entre cualquier persona ya sea cónyuge o no, parientes e incluso extraños. Esto dará libertad absoluta

---

<sup>50</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, p. 274.

<sup>51</sup> Artículo 1334 C.c.: Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año.

<sup>52</sup> Artículo 1342 C.c.: Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año.

<sup>53</sup> ROCA TRÍAS, E., «*Los contratos sucesorios*», en Derecho civil, V, Derecho de sucesiones, Capilla Roncero, F. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999., p. 295.

<sup>54</sup> HERRERA CAMPOS, R., <<*La sucesión contractual...*>> cit., p. 784.

al instituyente para que disponga a favor de quién él considere deba obtener dicha transmisión, ya sea a título universal o particular.

Otro ordenamiento jurídico que admite excepciones es Cataluña con los denominados Heredamientos, el artículo 7 CSC admite el contrato sucesorio denominado heredamiento, como título apto para regular la sucesión de un causante. De acuerdo con el mismo, el artículo 67 CSC lo define como institución contractual de heredero<sup>55</sup>. Hay diversas clases de heredamientos, como Heredamientos a favor de los contrayentes, en el que el pacto otorga la condición de heredero al hijo del causante con ocasión de su futuro matrimonio; otro sería los Heredamientos mutuales, que se trata de un pacto sucesorio en el que los contrayentes se nombran herederos recíprocamente.

También podríamos hablar de la sucesión contractual en el País Vasco y en Galicia, en el que el principio de la libertad civil se recoge en la Ley de Derecho civil foral del País Vasco 3/1992, de 1 de julio, estableciéndose que los que ostentan la vecindad civil foral podrán disponer libremente de sus bienes, recogiendo el principio de libertad civil en los que los pactos sucesorios son la forma más común de transmisión del caserío. En Galicia encontramos la Ley de Derecho civil gallego, 4/1995, de 24 de mayo, en el que admite los pactos sucesorios, ubicados a través de instituciones tales como la viudedad gallega<sup>56</sup>. En ambas Comunidades Autónomas se permite pactar en capitulaciones matrimoniales o escritura pública la constitución universal a favor del viudo<sup>57</sup>, siendo unilateralmente revocable pero con necesidad de notificar al otro cónyuge.

Para terminar ya con los diferentes ordenamientos en nuestro país, haríamos referencia a Navarra, en donde la Ley Navarra 5/1987, de 1 de abril regula la sucesión contractual apareciendo recogida bajo la forma de simple pacto sucesorio sin límites necesarios de parentesco<sup>58</sup>. La Compilación navarra prevé dos clases de pactos sucesorios: los generales que admiten la validez de los pactos sucesorios que establezcan, modifiquen o extingan derechos de

---

<sup>55</sup> ROCA TRÍAS, E., «*Los contratos sucesorios...*», cit., pp. 296 – 297.

<sup>56</sup> CAMPOS, R., <<*La sucesión contractual...*>> cit., p. 785.

<sup>57</sup> ROCA TRÍAS, E., «*Los contratos sucesorios...*», cit., p. 299.

<sup>58</sup> HERRERA CAMPOS, R., <<*La sucesión contractual...*>>, cit., p. 785.

sucesión *mortis causa* de una herencia en vida del causante de la misma y las donaciones *propter nuptias* que consisten en la donación de bienes presentes o futuros en el que el donatario adquiere los bienes que se le atribuyen y sucede como heredero.

De los pactos sucesorios que producen la irrevocabilidad y efectos a la fecha de la apertura de la sucesión, se pueden citar los siguientes: la donación de los bienes futuros entre los que van a casarse sólo para el caso de muerte, la promesa de mejorar o no mejorar, y el mandato de que el cónyuge superviviente distribuye a su libre voluntad los bienes del cónyuge premuerto entre los hijos comunes, mejorándolos en su caso.

Los efectos de la sucesión contractual son distintos según se hayan producido antes o después de la apertura de la sucesión<sup>59</sup>.

Antes de la apertura de la sucesión las partes contratantes quedan vinculadas y sólo las mismas, de mutuo acuerdo, podrán deshacer lo que hayan pactado.

Después de abrirse la sucesión el beneficiario adquiere los derechos acordados sobre la herencia sin necesidad de aceptarla pues ya lo hizo al contratar<sup>60</sup>.

Con respecto a los efectos concretos que producen los pactos sucesorios, podríamos enumerarlos de la siguiente manera:

En caso de premorir el instituido reciben por transmisión de su derecho los bienes susceptibles, esta regla general tiene una excepción, que es cuando se trate de mejorar o de promesa de mejorar donde la transmisión no cabe, puesto que perdería su carácter personalísimo<sup>61</sup>.

Salvo en los pactos sucesorios celebrados en capítulos, que admiten el poder representativo artículo 1280, 5º, no cabe utilizar la representación en los pactos sucesorios<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> MOLINA PORCEL, M. *Derecho de sucesiones*, 2007, cit. pp. 580-581.

<sup>61</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p. 160

<sup>62</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, cit., p. 160

Dada la irrevocabilidad del beneficio que se recibe, adquiere un crédito sobre la herencia futura y con él, las acciones conservativas, que le permitirán impugnar los actos dispositivos, sobre todo los gratuitos, contrarios al acuerdo. Por ello, no se considera heredero, sino que en principio es un legatario<sup>63</sup>.

El instituyente no puede disponer a título lucrativo de los bienes que hayan sido objeto del pacto sucesorio, excepto si se reservó esa facultad que permiten los artículos 1255 y 1091, aunque limitada siempre, a una parte de los bienes artículo 639. Pero no puede disponer ni siquiera a título oneroso si se trata de una mejora en cosa determinada, artículo 829.

Puede imponer cargas, junto con los bienes y condiciones a la adquisición, siempre que sean proporcionadas a su valor, y el incumplimiento de la carga que lleva el instituido permite al instituyente la revocación, siempre y cuando la imposición hubiera sido la causa determinante de la atribución.

El pacto sucesorio se extingue por su cumplimiento, imposibilidad sobrevenida, mutuo disenso, renuncia del instituido, revocación del instituyente por haberse reservado esta facultad o por incumplimiento de cargas. Por el contrario, el pacto sucesorio no puede extinguirse por premoriencia, indignidad, incapacidad sucesoria e ingratitud del instituido, pues en tales casos el beneficio se transmite a sus sucesibles, en cuanto que fue adquirido por su titular irrevocablemente<sup>64</sup>.

También hay que tener claro que por virtud de los pactos sucesorios no cabe hacer instituciones sucesorias, es decir, nombrar heredero, contador – partidor o albacea, estas figuras quedan reservadas al testamento solamente.

#### **1.4.- El alcance de la prohibición en nuestro derecho**

##### **1.4.1.-Valoración de la prohibición por la doctrina**

La genérica prohibición de pactos sucesorios establecida en nuestro derecho no ha sido aceptada ni mantenida por muchos autores. De hecho, no son pocos los autores que afirman que la prohibición de los pactos sucesorios que

---

<sup>63</sup> VILLAFUERTE, A., *La Sucesión...*, cit., p. 21.

<sup>64</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos...*, p. 161.

recoge nuestro Código Civil no se encuentra justificado suficientemente y que debería de ser revisada.

En opinión de Espejo Lerdo de Tejada<sup>65</sup> algunos textos legales ya derogados se hicieron eco de dicha línea de opinión e incluso incorporaron al ordenamiento ideas e instituciones fundadas en algunas de esas propuestas doctrinales de algunos artículos de la Ley 49/81 de 24 de diciembre reguladora del Estatuto de la explotación familiar agraria que permitían la transmisión mortis causa de las explotaciones mediante el acuerdo al que se llegaba entre el causante y el futuro sucesor. Sin embargo, dicha ley ha tenido poca práctica y ha sido derogada por la Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de las explotaciones agrarias.

“Es necesario destacar que los distintos autores no siempre proponen alternativas concretas al sistema prohibitivo; es decir, no especifican con toda nitidez en qué términos consideran convenientes los pactos sucesorios”<sup>66</sup>.

Como excepción habría que citar a García Herreros<sup>67</sup>, que propone una redacción alternativa para determinados preceptos del Código civil, aunque no resuelve los problemas fundamentales que esta reforma generaría, y a Castan Tobeñas<sup>68</sup> De los Mozos que señalan la actual legislación portuguesa como el ejemplo que debería imitarse. También como excepción cabría hacer referencia a la sugerencia de Gas<sup>69</sup> de tomar como ejemplo los derechos forales, en especial el catalán.

Frente a esta doctrina a favor de los pactos sucesorios, encontramos también la defensa de la prohibición de los pactos sucesorios, pero por el contrario a la doctrina anterior, se encuentran escasas obras que la defiendan. Algunas de ellas son:

---

<sup>65</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., p.77

<sup>66</sup> LACRUZ J.L., <<La aportación de los Derechos forales españoles a un derecho sucesorio rural>>, *En estudio de derecho privado común y foral*, tomo II, 1992, pp. 395-396. Pero dicho autor en opinión de ESPEJO LERDO DE TEJADA no aporta ninguna solución, únicamente sugiere algunas soluciones a dichos problemas doctrinales, cit. p. 78.

<sup>67</sup> GARCÍA HERREROS E., *La sucesión contractual*, Madrid, 1902, pp. 68 y 84.

<sup>68</sup> CASTAN TOBEÑAS, J. y DE LOS MOZOS, J.L.: *"Derecho civil español, común y foral". T. VI. Derecho de sucesiones. Vol. III. Madrid, Reus 1971, p. 278.*

<sup>69</sup> GAS, «*Pactos sucesorios*», RJC, 1953, p. 323.

Díez – Picazo<sup>70</sup>, sin pronunciarse de un modo categórico, no considera indefendible el criterio legal, sino fundamentado en ideas de cierta solidez, con efectiva vigencia social. El autor dice literalmente, <<la mayor parte de la doctrina propende hoy a criticar el principio general contrario a los pactos sucesorios, pero no creo que pueda desconocerse que, al menos entre nosotros, refleja una efectiva realidad social y está inspirado en ideas de respeto a la persona y a su poder de autonomía, que merecen indudable consideración>>.

Pero quien defiende con más energía, y se opone a la tesis permisiva señalando los peligros de la sucesión contractual es Pelayo Hore<sup>71</sup> <<el autor parte de la consideración del testamento unilateral y revocable, tal como hoy lo conocemos, como un logro fundamental del Derecho Romano. Para el autor el carácter revocable deriva de la condición *mortis causa* del negocio y de su irrelevancia *ante mortem*, y facilita que el testador vaya variando su voluntad a tenor de los cambios experimentan las circunstancias>>.

#### **1.4.2.-Argumentos doctrinales que sostienen la prohibición**

Uno de los argumentos que con mayor fuerza fundamenta la prohibición de los pactos sucesorios es el de la defensa de la libertad dispositiva: “lo más razonable y adecuado desde el punto de vista de su vigencia sociológica, es que el causante mantenga la libre posibilidad de testar, o de revocar el testamento si ya ha testado, hasta el mismo momento de su muerte, puesto que las circunstancias que motivan la disposición testamentaria pueden modificares a lo largo del tiempo”<sup>72</sup>.

Los partidarios del contrato sucesorio responden a esta afirmación que “el pacto sería el ejercicio de esa facultad de disponer que se pretende proteger”

---

<sup>70</sup> DÍEZ – PICAZO., *Lecciones de Derecho civil*, IV, Madrid, 1967, p. 390.

<sup>71</sup> PELAYO HORE., <<Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón>>, ADC, 1967, p. 819 y ss.

<sup>72</sup> A favor de la sucesión contractual, ROCA SASTRE R.Mª., *La sucesión contractual*, cit., p. 349 <<El derecho no tiene que ser rígido e inflexible, sino dúctil y maleable. Tiene que ofrecer a los particulares el mayor número posible de cauces o fórmulas jurídicas, sin perjuicio de que en su regulación procure por todos los medios evitar los resultados contraproducentes...>>

Lerdo de Tejada<sup>73</sup> “piensa que si bien es cierto que el pacto es manifestación del ejercicio de la libertad de disposición – y eso nadie lo discute - lo que no está tan claro es que se debe admitir en la Ley una forma de ordenación sucesoria irrevocable que, por consiguiente, impide que el causante pueda reaccionar tras la aparición de posibles circunstancias sobrevenidas”.

De estas opiniones de los autores favorables a los pactos sucesorios por parte de un sector de la doctrina se extrae que son un tanto engañosas, ya que no se puede equiparar a la sucesión contractual con el acto dispositivo, entre otras cosas porque mediante el acto *mortis causa* se dispone de algo, de la herencia, cuyo contenido exacto se desconoce en el momento en que se contrata; en consecuencia el causante puede revocar y modificar la ordenación sucesoria, en atención a que en el paso del tiempo puedan modificarse las circunstancias que llevaron a transmitirlo de una determinada manera.

Algunos autores hacen hincapié en el hecho de que impedir la facultad de disposición *mortis causa* en contrato, no tiene sentido, porque “el ejercicio de las facultades de disposición *inter vivos* puede llevar a que en el momento de abrirse la sucesión no resten bienes que puedan transmitirse sucesoriamente”<sup>74</sup>. Pero este argumento ha sido muy criticado por la doctrina y poco aceptado en general.

El último de los argumentos en contra que podemos encontrar en la doctrina, es el hecho de que el pacto sucesorio genera el deseo de provocar la muerte del causante <<*votum mortis*>><sup>75</sup>. Pero la doctrina<sup>76</sup> no está de acuerdo tampoco en que esta razón sea concluyente, puesto que, aunque se encuentren algunas figuras como la renta vitalicia, el contrato de seguros sobre la vida o la donación con reserva para el donante del usufructo vitalicio, que producen sus efectos en relación estrecha con la muerte de una persona y que también pueda hacer aparecer el deseo de acortar la vida de una de las partes,

---

<sup>73</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., p. 82 y ss.

<sup>74</sup> En dicho sentido encontramos a CASTILLEJO Y DUARTE J., *La forma contractual de Derecho de sucesiones*, Madrid, 1902, pp. 152 y ss.

<sup>75</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., p. 82

<sup>76</sup> La doctrina entiende que el <<*votum mortis*>> no es muy relevante en el contrato sucesorio, así lo entienden autores como GARCÍA HERREROS E., *La sucesión contractual*, cit., p. 96 o CASTILLEJO Y DUARTE J., *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, cit., p. 147.

pero ese hecho no se ha tenido en cuenta por el legislador para eliminarlas del ordenamiento. No es, pues, el *votum mortis* un argumento concluyente para rechazar los pactos sucesorios.

Bajo mi punto de vista, sigo las ideas de autores como García Herreros o Castillejo y Duarte, pienso que el *votum mortis* es un argumento poco sostenible para el posicionamiento en contra de los pactos sucesorios, ya que no resulta probado de ninguna manera que el hacer un pacto sucesorio aumente los deseos del beneficiario de causar ningún daño al causante de dicho pacto, y mucho menos que vaya a crear siempre un sentimiento de rechazo contra el causante llegando incluso a provocar que el beneficiario quiera la muerte del mismo, me parece un argumento basado en épocas bastantes anteriores a la nuestra, un argumento prehistórico, que no tiene ninguna fundamentación.

#### **1.4.3.-Argumentos doctrinales que sostienen la admisibilidad de los pactos sucesorios**

“La doctrina critica la prohibición sosteniendo que el pacto sucesorio sería una buena manera de garantizar al heredero la adquisición de la herencia, pues permitiría al mismo tener la seguridad de que su dedicación a la conservación y mejora del patrimonio familiar, se va a traducir en la percepción futura de la herencia sin depender de la mudeable voluntad del progenitor”<sup>77</sup>.

Los autores insisten en que mediante el pacto sucesorio se facilita el acceso de los hijos al matrimonio al contar con la seguridad de recibir en el futuro un patrimonio. En la misma línea se podría decir que el causante adquiere la misma seguridad jurídica pero respecto de sus relaciones jurídicas, es decir, a través del contrato que se realiza en el que atribuye ya con claridad para quien serán sus bienes, queda resuelto ya en vida quienes van a ser sus sucesores garantizando su aceptación, de modo que en un futuro si surge algún problema con las relaciones jurídicas que haya podido tener el causante, se sabría contra quién se puede dirigir, evitando problemas para localizar a sus herederos.

---

<sup>77</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., p. 86

“Los autores añaden que la admisión de la sucesión contractual supondría ventajas tanto frente al testamento como frente a las transmisiones *inter vivos* que pudieran usarse para obtener los mismos fines. Así se dice que el pacto sucesorio <<evita los inconvenientes de la revocabilidad testamentaria y (...) los de la transmisión total del patrimonio por donación>>”<sup>78</sup>.

Se indica también por parte de diversos autores, que los pactos sucesorios tendrían gran aplicación para conservar las explotaciones familiares, agrarias o industriales<sup>79</sup>.

Con respecto a la posición favorable a los pactos sucesorios, la doctrina suele “considerar que la sucesión contractual tendría mucha aplicación en los patrimonios de escasa importancia económica en zonas rurales, en los que <<el hijo que se queda en la casa, en realidad, se sacrifica, pues ha de trabajar en provecho de la misma>>”.

Pero para Lerdo de Tejada<sup>80</sup> la existencia de un posible interés de los pactos sucesorios en materia agraria no le debe distraer de la búsqueda de los mecanismos alternativos ya admitidos en el ordenamiento, y desde luego, no se puede perder de vista que la hipótesis más propia del fenómeno sucesorio no sería la de disponer de bienes concretos”.

Otro de los argumentos favorables a los pactos sucesorios es que éstos actúan como protector de las relaciones familiares y del matrimonio<sup>81</sup>. A este respecto hay que hacer alguna matización porque el pacto puede favorecer – en algún caso particular – la exposición a una mayor fragilidad, del vínculo matrimonial,

---

<sup>78</sup> ROCA SASTRE R.M<sup>a</sup>, <<La sucesión contractual>>, p. 349.

<sup>79</sup> En este sentido se hace referencia a la afirmación por parte de IRTI según la cual los principios sobre la propiedad y el derecho hereditario que inspiraron el Code de Napoleón, provocaron la rápida fragmentación de las explotaciones agrarias, lo cual dio lugar a la necesidad de introducir un régimen especial para la sucesión y la propiedad agraria, que contemplara la titularidad de los bienes desde el punto de vista de la producción. En contra a esta afirmación encontramos a DE LOS MOZOS, señalando que un Código que pretende regular un Derecho privado general no tiene porque ocuparse de los problemas de la producción, sino más bien de las cuestiones generales sobre la titularidad de los bienes, por lo que a su juicio en materia agraria <<el defecto radicó en no otorgar al titular de la explotación lo que permitían lo límites de aquél como Derecho privado general...>> entre los que se contarían el pacto sucesorio. Señala el propio autor que estos criterios fueron suprimidos por seguir la tradición del criterio romano de mantener libre y personal la voluntad dispositiva *mortis causa*, a pesar de que alguno de ellos ya había sido aceptado en el Derecho castellano.

<sup>80</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit., p. 88 y 89.

<sup>81</sup> Así lo dice ROCA SASTRE R.M<sup>a</sup>, <<La sucesión contractual...>>, cit., pp. 347 y ss.

por lo que la existencia de contratos sucesorios entre cónyuges puede no ser el instrumento de defensa de la familia y del matrimonio que intenta presentar la doctrina. Así el divorcio puede ser tomado como remedio para acabar con un pacto sucesorio entre los cónyuges al que ya no se desea seguir vinculado por haber surgido alguna divergencia, como el orden patrimonial, en el matrimonio. En estos casos, según parte de la doctrina, no se puede negar que el pacto sucesorio puede fomentar que los conflictos patrimoniales entre los cónyuges faciliten la disolución del matrimonio.

Después del estudio realizado brevemente, y a pesar de la prohibición generalizada que se desprende de nuestro derecho, se estima que el sistema sucesorio de nuestro ordenamiento debería de sufrir alguna reforma en el sentido permisivo de los pactos sucesorios. Dicha reforma debida a la complejidad de la materia no sería sencilla pero, sería beneficioso para la sociedad que se realizara una regulación más permisiva en nuestro derecho de los pactos sucesorios, puesto que como hemos visto a lo largo de la explicación hay bastantes excepciones a la prohibición que se realizan de una manera mucho más habitual de lo que se cree. Y si hubiera una regulación más permisiva se utilizaría aún más en la práctica siendo beneficioso para ambas partes.

## CAPÍTULO 2: EVOLUCIÓN DE LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO

Una de las afirmaciones más rotundas repetidas por la doctrina, tanto civilistas, como romanistas, es que la regla general en Derecho romano era la de la prohibición de los pactos sucesorios en sus diversas formas, aunque admitió varias excepciones a este principio general<sup>82</sup>.

Con esta afirmación general se podría empezar a hablar sobre la evolución que sufre en el derecho romano la sucesión contractual en las diferentes épocas: clásica, postclásico, y Justiniano.

En el Derecho romano clásico se rechazaron los pactos sucesorios siempre por las mismas razones: porque limitaban la libre facultad de testar; porque la palabra contratación no se refiere al derecho de testar. El motivo principal por el cual el Derecho romano clásico no acogió los pactos sucesorios era porque el heredante de la sucesión contractual abandonaba su facultad futura de disponer sobre los bienes y en consecuencia, abandona la facultad para decidir en un futuro qué destino le espera a sus bienes. En definitiva, el heredante dejaba de tener influencia sobre ellos.

Según Ulpiano (D. 50. 16. 20)<sup>83</sup> porque toda contratación o pacto sobre una herencia futura de una persona todavía viva sería nula por carecer de objeto; porque la herencia se transmitía o daba por testamentos, entre otras razones. En el Derecho romano clásico, el testamento era el único medio adecuado para disponer *mortis causa* de la herencia<sup>84</sup>.

Los pactos sucesorios sin embargo, fueron admitiéndose en el Derecho romano postclásico, primero como una forma privilegiada de disponer *mortis causa* a favor de determinadas personas, como por ejemplo príncipes, nobles familias, militares, Iglesias y monasterios, e incluso, por una suerte de *favor*

---

<sup>82</sup> CERDÁ GIMENO, J., *La prohibición de la sucesión contractual*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 476.

<sup>83</sup> D. 50, 16, 20 (Ulpianus 12 ad ed.). <<Verba "contraxerunt" "gesserunt" non pertinent ad testandi ius>>.

<sup>84</sup> SAMPER POLO, Fco., *La disposición <<mortis causa>> en el Derecho romano vulgar*, Madrid, 1968, p. 169.

*matrimonii* entre padres e hijos<sup>85</sup>, el principio del *favor matrimonii* establece una presunción a favor de la validez del matrimonio, mediante este principio se presume que el matrimonio es válido siempre que haya una apariencia del mismo. En la época de la Roma imperial los emperadores fueron reconociendo con carácter general la validez de determinados contratos sucesorios, acabando con el reconocimiento oficial por el emperador Justiniano, en los años 528 y 531, de la delación contractual, como un modo más de disponer de los bienes dentro de los actos de última voluntad. Con lo que, lo que empezó siendo un privilegio de determinados ciudadanos romanos terminó extendiéndose a todos los ciudadanos romanos sin distinción<sup>86</sup>.

Uno de los factores de renovación se debió a la influencia que sobre él ejercieron los derechos orientales, sobre todo las instituciones helenas, ya que en los Derechos orientales los pactos sucesorios eran el modo normal de disponer de los bienes.

En el derecho hebreo en su sistema jurídico no existió ninguna institución que se asemejara al testamento, desconociéndose el sistema sucesorio testamentario, los mismos juristas del Derecho común suelen mencionar algunos pasajes de la Biblia<sup>87</sup> para demostrar la antigüedad de los pactos sucesorios<sup>88</sup>. Otro de los derechos que influyó fue el Código de Hammurabi<sup>89</sup> que ha demostrado que se desconocía el testamento y que la manera de disponer de los bienes era a través de actos o negocios *inter vivos*. Así Cup<sup>90</sup> decía que la institución de heredero se cumplía perfectamente mediante un contrato entre vivos, de la siguiente manera: 1.º el disponente conferiría a una persona el título de heredero y a esta declaración se añadía una relación de los

---

<sup>85</sup> MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, p. 23.

<sup>86</sup> MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión...*, cit., p. 23.

<sup>87</sup> Como por ejemplo en el Libro de Tobías, cap. 8, vers. 23-24 en el que se dice: <<Y Raquel juramentó a Tobías, que se detendría con él dos semanas. Y de todo lo que poseía Raquel dio la mitad a Tobías, e hizo otra escritura de que la otra mitad que le quedaba pasaría al dominio de Tobías, después de la muerte de ella>>. Así como también el Libro Tercero de los Reyes, cap.1, vers. 5, 13, 32, 33 y 34.

<sup>88</sup> MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión...*, cit., p. 12.

<sup>89</sup> El Código de Hammurabi es el *corpus* legislativo más célebre del mundo antiguo oriental y aún de toda la antigüedad, superado por la extensión sólo por el Código de Justiniano, que fue descubierto en 1901 en la localidad de Susa (Irán).

<sup>90</sup> CUP citado por VOLTERRA. E., *Diritto romano e Diritto orientali*, Bolonia, 1937, p. 158, en la obra de MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 14.

bienes que se poseía y que transmitía durante su vida al designado heredero. 2. ° el designado se obligaba, por su parte, a honrar al disponente y a proveer a todos sus necesidades durante su vida o a constituir una renta vitalicia anual a favor del disponente. De esta forma, estos actos entre vivos cumplían la misma función que el testamento.

Otro de los derechos que permean en el Derecho romano fue el Derecho griego que ignoró la prohibición de los pactos sucesorios, además puede afirmarse que la delación voluntaria se llevaba a cabo normalmente mediante actos bilaterales. La antigüedad griega no tiene ni un solo testamento sino que solamente tiene donaciones *mortis causa* y adopciones así lo demuestran las últimas disposiciones de los filósofos griegos<sup>91</sup>.

Tampoco en el derecho egipcio existió el testamento, la institución testamentaria apareció únicamente cuando estuvo bajo el dominio del Imperio Romano, en donde la sucesión testamentaria en el derecho egipcio se presentó entonces mediante tres formas: mediante testamento, mediante pacto sucesorio y mediante la división paterna del patrimonio entre los hijos, en vida<sup>92</sup>. El Derecho sucesorio egipcio es muy diferente al romano, en el derecho egipcio la costumbre de establecer pactos sucesorios e introducirlos en los contratos matrimoniales estaba muy arraigado.

Según Vismara<sup>93</sup>, los pactos sucesorios son una prueba de la influencia heleno – oriental sobre el Derecho romano.

## **2.1.-Pactos sucesorios admitidos en el Derecho romano**

Los pactos sucesorios estaban prohibidos en el Derecho romano, se consideró que no se podía vincular a una persona con otra a través de los pactos sucesorios, pues pensaban que la voluntad de la persona es mutable, es decir, que puede cambiar a lo largo del tiempo, y en el caso de instituir a una persona heredero o legatario por medio del pacto, al ser este irrevocable, quedaba

---

<sup>91</sup> Como Platón, Aristóteles, Teofrasto, Epicuro, Strabon y Licon según BONFANTE, P., *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco*, Torino, 1926, vol. I p. 363, citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 18.

<sup>92</sup> MAYR, R., *Historia del Derecho romano* T. II, Barcelona - Buenos Aires, 1926, p. 279.

<sup>93</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milán, 1986, p. 16 y ss. citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 24.

vinculado y no podía cambiar la voluntad sucesoria más adelante, en consecuencia, era incompatible con la sucesión *mortis causa*<sup>94</sup>. Esto es así, porque A pesar de lo expuesto, el Derecho romano no formuló nunca un principio general prohibitivo de los contratos sucesorios, aunque es verdad que de los textos de las fuentes que se ocupan de la materia, parece deducirse tal prohibición<sup>95</sup>.

Aún así el Derecho romano admitió distintas excepciones, en opinión de Castán<sup>96</sup>, al principio prohibitivo de los pactos sucesorios, considerándolos válidos: 1º La división de los bienes hechos por los padres entre sus hijos y descendientes. 2º El pacto recíproco de sucesión entre militares. 3º El pacto sobre la sucesión de una persona extraña designada terminantemente, siempre que ésta prestara su consentimiento, sin revocarlo hasta la muerte. Cuando se habla de una persona extraña se está haciendo referencia a que el pacto sucesorio se realiza sobre el patrimonio de una persona distinta a las que están celebrando dicho pacto. 4º La Donación *mortis causa*.

### **2.1.1.-Los pactos sucesorios entre padres e hijos**

Es un privilegio que se concede a las disposiciones *mortis causa* hechas por los padres a favor de sus hijos ya se hubieran hecho estas en un testamento, o un legado, fideicomiso, donación *mortis causa* o cualquier otra última voluntad.

En las últimas voluntades de los padres a favor de sus hijos se estará a la sola voluntad del difunto, aunque estas disposiciones se hubieran hecho sin las solemnidades exigidas para los testamentos y se hubiera manifestado esta voluntad de cualquier manera.

El favor de las últimas voluntades de los padres hacia los hijos lo encontramos en la C. 3.36. 16 y 21 *Familiae erciscundae*<sup>97</sup>. En esta ley se dice que los hijos

---

<sup>94</sup> HERRERA CAMPOS, R., <<La Sucesión Contractual>> en Sánchez Calero F.J., (coord.), *Curso de Derecho civil IV Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, 2005, p. 779.

<sup>95</sup> LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual...*, cit. p. 37.

<sup>96</sup> HERRERA CAMPOS, R., <<La Sucesión Contractual...>> cit. p. 778.

<sup>97</sup> C. 3.36. 16: <<Imperatores Diocletianus, Maximianus Pili patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed si tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscumque verbis voluntas eius declarata sit, licet intestato eu fuerit successum, ex senatus consulto retentionis modo servato familiae erciscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem oportere iuris autoritate significatur>>.

no pueden rescindir el testamento de su padre, a no ser que probaran que era inoficioso.

Según la doctrina<sup>98</sup> si es solo la voluntad de los padres la que se tiene en cuenta en las disposiciones *mortis causa* a favor de sus hijos, un modo cómodo de disponer de sus bienes para después de su muerte era la *divisio inter liberos*, frecuente modo que tenían los ciudadanos orientales. Se trata de una división hecha en vida de los padres, con su consentimiento y el de sus hijos, a través de un pacto sucesorio, dicho pacto podía llevarse a cabo de dos maneras: 1ª En un pacto sucesorio hecho por los propios hijos sobre la herencia futura de su ascendiente, bien por iniciativa de este o simplemente con su consentimiento. 2ª Por un pacto entre padres e hijos por el que el padre divide en vida su propio patrimonio entre sus hijos.

Este modo de regular la sucesión debió de ser muy frecuente en la práctica, pues no son pocas las constituciones imperiales que se ocupan de ello<sup>99</sup>. Por tanto, y según estos textos ya citados<sup>100</sup>, en las últimas disposiciones de los padres a favor de los hijos triunfa siempre la voluntad del difunto, cualquiera

---

C. 3.36. 21: <<Imperatores Diocletianus, Maximianus Si cogitatione futurae successionis officium aribitri dividendae hereditatis praeveniendò pater communis iudicio suo qualicumque indicio suam declaravit voluntatem, inter eos qui successerunt, exemplo falcidia retentionis habita ratione, familiae dividendae causa detus arbiter (virili praeterea portione eorum, quae nulli specialiter vel generaliter adsignavit, facta divisione) in adiudicando patris sequetur voluntatem>>.

<sup>98</sup> Lo nombran en sus obras autores como VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milán, 1986, p.122; VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 734 y ss.; BONFANTE, P., *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco*, Torino, 1926, p. 379; SAMPER POLP, Fco., *La disposición <<mortis causa>> en el derecho romano vulgar*, Madrid, 1968, p. 108 ; y BRAGA DA CRUZ, G., *Os pactos sucesórios na História de Direito Português*. Reivista de Faculdade de Direito de Sao Paulo, 1965, p. 100 y ss.

<sup>99</sup> Ya Papiniano (D. 10.2.20.3) :<< Si pater in (3) filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videndi simplicem donationem, sed potius supremi iudicij divisionem, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet (4), posse eum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint>>. Se ocupa de estos pactos sucesorios, así como el emperador Constantino en la L. *inter omnes dumtaxat*, repite que se está a la voluntad última de los padres. También el Código Teodosiano se refiere a éstos pactos.

<sup>100</sup> C. 3.36. 16 y 21 *Familiae erciscundae*.

que sea la manera o forma empleada para manifestarla, siempre que se probara suficientemente que aquella era su verdadera voluntad<sup>101</sup>.

Dichos pactos sucesorios de división de la herencia paterna y materna en vida de los padres y a favor de los hijos debieron de ser muy utilizados en la práctica porque, ya con el reconocimiento de las constituciones imperiales, el emperador Justiniano en el año 541 en la Novela 102 los admitió bajo la rúbrica: << De los testamentos imperfectos hechos por los padres a favor de los hijos y de la división de los bienes hecha y suscrita por los hijos en presencia del padre y de los bienes de éste>>.

### **2.1.2.- El pacto recíproco de sucesión entre militares**

Los militares constituían cada vez más una clase social privilegiada distinta del resto de los ciudadanos, y como los nobles, también a los militares se les concedió el privilegio de hacer y disponer de sus bienes para después de su muerte como pudieran o quisieran, constituyendo este privilegio uno de los medios más poderosos entre los factores de renovación y desarrollo del derecho testamentario.

El privilegio testamentario de los militares, aún en la época clásica, es una especie de avance de un derecho romano universal y de futuro, no sometido a ninguna norma rígida, sino un sistema jurídico flexible y acomodable a todas las mentalidades<sup>102</sup>.

El testamento militar no estaba sujeto a ninguna forma para que perteneciera en cualquier caso a la voluntad del militar o de los militares, bastando solamente con que esa voluntad se manifestara. Es decir, la voluntad era suficiente por sí sola para que produjera los efectos jurídicos deseados, gozando de una protección absoluta.

---

<sup>101</sup> Según SOLAZZI, S. *L'origine del <<testamentum inter liberos>>*, in *Seritti di Diritto romano*, Nápoles, 1963, T.IV, p. 506, citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 52.

<sup>102</sup> MURGA, J.L., *Donaciones y testamentos <<in bonum animae>>* en el Derecho romano tardío, Pamplona, 1968, p. 232.

El jurista Gayo (D. 29.1.1,2 *De testamento militis*)<sup>103</sup> deja de referirse a un privilegio de los militares, sino que se refiere ya a un verdadero derecho que tienen los militares <<porque sabía muy bien, que en virtud de las constituciones de los Príncipes se observaba un derecho propio y singular en el testamento de los mismos>>. Y como Gayo piensan también Paulo (D. 29.1.40)<sup>104</sup> y Papiniano (D. 29.1.35)<sup>105</sup>, estableciendo ambos que la sola voluntad de los militares es el fundamento de las últimas voluntades de los militares, sin importar la forma en que hiciese, siempre que se demuestre con legítimas pruebas que así se hizo.

Las razones por las que se alegan otorgar este privilegio a los militares, son los caracteres de estas personas: imperitia, simplicitas et ignorantia, aunque, según Arangio Ruiz<sup>106</sup> estos argumentos son insuficientes para fundamentar la plenísima facultad concedida, porque por estas razones se explicaría que los militares testaran como quisieran. Es decir, se les brindaba este derecho por el simple hecho de pertenecer a la clase social privilegiada.

El privilegio de hacer testamento los militares, era considerado como tal, no sólo por su forma, sino también por su contenido, por el hecho de que los soldados pertenecían en su mayor parte a los no romanos, a los nuevos ciudadanos romanos, que se hallaban compenetrados con sus usos tradicionales, de origen griegos casi todos ellos, entre los cuales se encontraba la costumbre de disponer de sus bienes a causa de muerte por actos jurídicos inter vivos y bilaterales. El testamento militar fue por ello uno de los principales

---

<sup>103</sup> Gayo (D. 29.1.1,2): <<De militis testamento ideo separatim Proconsul edicit, quod optime novit, ex Constitutionibus Principalibus propria atque singularia iura in testamenta (7) eorum observari>>.

<sup>104</sup> Paulo (D. 29.1.40): <<Si filiusfamilias miles captus apud hostes decesserit, dicemus, legem Corneliam etiam ad eius testamentum pertinere. Sed quaeramus, si pater eius prius in civitate decesserit relicto nepote ex filio, an similiter testameatum patris rumpatur. Et dicendum est, non rumpi testamentum, quia ex eo temere, quo captus est, videtur decessisse>>.

<sup>105</sup> Papiniano (D. 29.1.35): <<Quaestionum.— Eius militis, qui doloris impatientia veltaedio vitae mori maluit, testamentum valere, vel intestati bona ab his, qui lege vocantur, vindicari, Divus Hadrianus rescripsit. 1.—Militia missus intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit; potest dici solum ita esse testamentum, quod in militia fe eit, si iure militiae fuji scriptum, alioquin si valuit iure eomunni, non esse iure rescissum. 2.—Nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctio; nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testameti (4) est>>.

<sup>106</sup> ARANGIO RUIZ, V., *L'origine dei testamentum militis*, BIDR, Roma, 1906, p. 153, citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 35.

cauces por el que el derecho hereditario griego entró en el Derecho hereditario romano<sup>107</sup>.

Al estar fundamentado el testamento militar en la sola voluntad del testador, y al estar el ejército imperial compuesto por militares de tan variada procedencia, no es de extrañar que se les planteara a los emperadores un caso de disposición de bienes mortis causa por pacto sucesorio. En el año 290 d. C. se planteó que hacer de un pacto sucesorio celebrado por dos hermanos militares en campaña.

El C. 2. 3. 19 De pactis<sup>108</sup> dio el reconocimiento al pacto sucesorio, con un alcance general.

Pero hay opiniones doctrinales que difieren en que dicha ley admitió dichos pactos sucesorios, uno de ellos Vismara<sup>109</sup>, que considera que esta ley no constituye todavía un reconocimiento del pacto sucesorio institutivo exclusivamente limitado a los militares. Diocleciano no lo considera, desde el punto de vista formal un pacto institutivo, sino un testamento. Para Re<sup>110</sup>, esta ley tampoco supone una excepción a la regla general de la prohibición general del Derecho romano de los pactos sucesorios.

Por otra parte, en opinión de Marín Padilla<sup>111</sup> dicha ley si que admitió como válidos dichos pactos sucesorios recíprocos en base a las leyes que regulan el llamado testamento militar o el derecho de los militares a testar como quisieran o pudieran, además de que los emperadores no se refieren a que este pacto

---

<sup>107</sup> MAYR, R., *Historia del Derecho romano* T.I, cit. p. 265.

<sup>108</sup> C. 2. 3. 19 *de pactis*. <<Aún cuando un escrito hecho entre particulares, en el que se expresa que aquél que sobrevive se haga dueño de los bienes del otro, no presenta ciertamente los caracteres de donación hecha eficazmente por causa de muerte, sin embargo, como la voluntad de los militares, que se manifiesta por escrito en los últimos momentos de su vida y sobre la disposición de sus bienes familiares, en cierto modo, hecha en contemplación de su muerte, tiene fuerza de última disposición, y como dices que tú y tu hermano, al marchar a la guerra, pactaseis recíprocamente por causa del común riesgo de muerte, que al que sobreviviese le pertenecieran los bienes de aquél a quien el azar hubiese puesto término a su vida, se entiende que, cumpliéndose la condición, se transfirió a ti por el testamento de tu hermano, que se confirma por patente favor de constituciones de los príncipes, también la totalidad de sus bienes>>.

<sup>109</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milán, 1986, citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, p. 38.

<sup>110</sup> RE, C., *Del patto successorio. Studi e documenti di Storia e Diritto*, anno VIII, fasc. 1º 1887 y anno VII, fasc. 1º, 1886; anno VII fasc. 1º p. 186.

<sup>111</sup> MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 38.

fuera un testamento, o que fuera un testamento imperfecto que se perfeccionaba por la sola voluntad de los militares.

No se habla por tanto de testamento, sino de que este pacto tenía fuerza de una última voluntad, concepto éste más amplio que el del testamento, ya que dentro de él se encuentran los legados, los fideicomisos, las donaciones *mortis causa* y, los pactos sucesorios entre los militares. Hay que destacar también que esta ley se encuentra en el título referido a los pactos y no en el dedicado a los testamentos.

Los romanistas<sup>112</sup> que sostienen que al Derecho romano, en general, le repugnaron siempre los pactos sucesorios y que los prohibió, suelen dar otra interpretación a C. 2. 3. 19. Decían que esta ley no era contraria a los principios hereditarios romanos, porque la misma ley considera el acuerdo entre los dos hermanos militares un testamento y no un pacto. Otro de los argumentos es que aunque lo que declararon los dos hermanos militares tuviera la apariencia de un contrato, no lo era, sino dos voluntades independientes, es decir, dos testamentos diferentes e independientes el uno del otro, entre los dos hermanos militares.

### **2.1.3.- La Donación *mortis causa* y los pactos sucesorios**

En el Derecho romano vulgar el instrumento sucesorio fundamental lo constituyó las donaciones *mortis causa*<sup>113</sup> pero otra forma de suceder *mortis causa* fueron los pactos sucesorios que se celebraban válidamente entre padres e hijos y entre estos mismos en los contratos matrimoniales, entre los militares y entre príncipes y nobles familias.

Las disposiciones *mortis causa* se caracterizaban por su revocabilidad, por lo que la figura opuesta no sería un testamento, sino el pacto sucesorio, puesto que los pactos sucesorios son irrevocables.

Las donaciones *mortis causa*, desconocidas como tales en el Derecho romano clásico, fueron adentrándose poco a poco en él, y en el Derecho romano vulgar

---

<sup>112</sup> Diversos autores apoyan esta teoría contraria a los pactos en el Derecho romano como BIONDI, B., *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milán 1946, p. 125 y ss.; BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, Roma, 1930, vol. VI: *Le successioni*, p. 170 y ss.

<sup>113</sup> MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 64.

se produjo el desplazamiento por estas donaciones, no solo de los legados, sino del mismo testamento, creándose, según Ihering, entre las donaciones *mortis causa* y los testamentos, una afinidad funcional<sup>114</sup>. Lo que se produjo en el Derecho romano vulgar según Marin Padilla<sup>115</sup> fue la aparición de una nueva forma de delación voluntaria, la contractual.

La donación *mortis causa*, dice Vismara<sup>116</sup>, es un acto bilateral que asumió, la naturaleza de acto a causa de muerte, aunque nació como un acto entre vivos. La donación *mortis causa* produce los efectos propios de la libre disponibilidad por acto de última voluntad, y no debe considerarse algo distinto. En el Derecho Justiniano la donación *mortis causa* es siempre revocable al arbitrio del donante, a menos que esta facultad de revocar se halle expresamente excluida mediante el oportuno pacto.

Pero para Vismara, que considera que la irrevocabilidad no es un elemento esencial del pacto sucesorio, la donación *mortis causa* es en todo caso, aunque sea revocable o irrevocable, un pacto sucesorio. También Samper Polo<sup>117</sup> considera que la donación *mortis causa* constituye la forma típica del pacto sucesorio, dice que las donaciones *mortis causa* se convierten en verdaderos testamentos contractuales o pactos sucesorios.

## **2.2.-Reconocimiento y validez por Justiniano de los pactos sucesorios**

El Derecho Justiniano supuso una gran revolución, debido a las influencias extranjeras y a la evolución interna y gradual del mismo Derecho romano, que estaba siendo preparado ya por la jurisprudencia romana postclásica. En el Derecho Justiniano, en el año 531, se admiten los pactos sucesorios, invalidándolos solamente si había sido celebrado sin consentimiento de la persona de cuya sucesión se tratara<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. M., *Panorama del Derecho de sucesiones, vol. I: Fundamentos*, Madrid, 1982, pp. 993 y ss.

<sup>115</sup> MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 65.

<sup>116</sup> VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Milán, 1986, p. 114 y ss. citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 67 y ss.

<sup>117</sup> SAMPER POLO, Fco., *Las disposiciones <<mortis causa>> en el Derecho romano vulgar*, Madrid, 1969, p. 187 y ss.

<sup>118</sup> VILLAFUERTE, A., *La Sucesión contractual*, La Paz, Bolivia, 2007, p. 19.

Según Vismara<sup>119</sup> no se encuentra en las fuentes romanas una formulación genérica y abstracta de los pactos sucesorios, sino más bien aplicaciones en hipótesis específicas y en supuestos concretos, tampoco un reconocimiento claro de los pactos sucesorios positivos; ni existió esta pretendida repugnancia del Derecho romano a los pactos sucesorios. Lo que pretende decir Vismara es que en los textos romanos no se encuentra directamente una referencia explícita a los pactos romanos, sino que se puede deducir de determinados preceptos dirigidos a supuestos muy concretos.

De las tres leyes que llevo a cabo Justiniano<sup>120</sup> con los que reconoció los pactos sucesorios en general, se extrae que Justiniano establecía dos clases de pactos sucesorios: los pactos sucesorios celebrados por aquél de cuya herencia se trataba y los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento. La diferencia principal entre estos pactos sucesorios y los que se han comentado anteriormente reside en que los anteriores son celebrados por las personas de cuya herencia se trata. En cambio, lo que contempla la presente ley es lo siguiente: dos o más personas tienen la esperanza de que les llegara por razón de parentesco una herencia ajena. Ante esta situación, deciden celebrar entre ellos un pacto sobre la herencia futura que quizá recibirían. Se dudaba de si estos pactos se debían

---

<sup>119</sup> VISMARA, G., *Storia dei patti successori*, Milán, 1986, p. 126 y ss. citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 72.

<sup>120</sup> C. 8.37 (38).11 *De contrahenda el comittenda stipulatione*: <<Suprimiendo en absoluto la escrupulosa investigación de si uno ha estipulado, o dejado alguna cosa en testamento a título de legado o de fideicomiso para después de la muerte, o para cuando muera, o para un día antes de que muera, mandamos que, aunque se conozca que fue escrito para después de la muerte o para un día antes de que muera, sea, sin embargo, válido a tenor del contrato o del testamento, todo lo que estipularon o pactaron los contratantes en un contrato cualquiera, o todo lo que el testador dispuso en su testamento>>.

C. 4.11.1 *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiunt*: <<Aun cuando la antigüedad rechazaba ciertamente las estipulaciones, los legados y otros contratos referidos a después de la muerte, nosotros, sin embargo, hallamos, entendiendo a la común utilidad de los hombres, que era conveniente enmendar con humanidad también aquella regla de que se servía la antigüedad. Porque los antiguos no concedían que las acciones comenzaran en los herederos o contra los herederos por razón de estipulación o de otras causas referidas a después de la muerte. Pero para que no dejemos la materia del antiguo vicio, nos es necesario quitar de en medio aun la misma regla, a fin de que sea lícito que las acciones y las obligaciones comiencen e n los herederos y contra los herederos, al objeto de que no se impida la latitud de la voluntad de los contratantes por demasiada sutileza de las palabras>>.

C. 2.3.30 *De pactis*: <<Los pactos sobre la herencia de un tercero, en vida de éste, era válidos siempre que o bien se hiciesen con su consentimiento, o bien quedasen condicionados a que la muerte del causante de la herencia fuese a parar al previsto destinatario suscriptor del pacto>>.

cumplir debido a su naturaleza, pero según Fadda<sup>121</sup>, el Derecho romano Justiniano lo consideró nulo sólo cuando lo ignoraba aquél de cuya herencia se trataba, es decir, que se considerarían nulos siempre que no hubiese conocimiento ni consentimiento.

### **2.2.1.-Los pactos sucesorios celebrados por aquél de cuya herencia se trata**

En el año 528 el Emperador Justiniano puso punto y final a una larga polémica sobre la validez o no de los pactos sucesorios en el Derecho romano.

Con esta ley, C. 8.37 (38).11 *De contrahenda el comittienda sipulatione*, se entiende que lo que pretendía el emperador Justiniano era acabar con todas las cuestiones que tuvieran que ver con las disposiciones *mortis causa* hechas en contratos o en testamento, a través de la delación voluntaria, esto era, sobre como poder realizar la distribución de la herencia, pudiéndolo hacer tras estas leyes de manera testamentaria o contractual. Es válido, dice, todo lo dispuesto a causa de muerte, ya se haya hecho a través de una estipulación o un contrato o a través de un testamento.

Justo tres años después el emperador Justiniano explicó en la C. 8.37 (38).11 *De contrahenda el comittienda sipulatione* cuáles fueron las razones y los motivos de la Ley anterior. Básicamente viene a decir que por razones de utilidad común a todos los hombres y por humanidad<sup>122</sup>.

En ningún momento en estas dos leyes dice el emperador Justiniano que los pactos sucesorios hechos por aquél de cuya herencia se trataba fueran contrarios a las buenas costumbres, sino que viene a reconocer, con carácter general, que estos pactos sucesorios eran costumbre frecuente entre los ciudadanos de su Imperio, por lo que él los reconoce plenamente y suprime las antiguas leyes.

### **2.2.3.-Los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento**

---

<sup>121</sup> FADDA, C., *Concetti fondamentali del Diritto Ereditario Romano*, vol. II, Milano, 1949, p., 261

<sup>122</sup> MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. p. 73.

A esta clase de pactos se refiere expresamente el emperador Justiniano en la C. 2.3.30 *De pactis*. En esta Ley el emperador Justiniano no hace más que reproducir lo que ya dijo el emperador Constantino en el año 327 (C Th 2.24.2)<sup>123</sup>, refiriéndose a un pacto hecho en vida por una madre y sus hijos, por el que se dividía la herencia de la madre entre ellos, sin su conocimiento. En aquél caso Constantino dijo que nadie tenía derecho a apropiarse de los bienes de una persona viva, ni siquiera para dividirlos, pues ambas cosas atentan contra las buenas costumbres.

Al emperador Justiniano se le planteo la misma cuestión que al emperador Constantino, la de si eran válidos estos pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y sin su consentimiento. El emperador Justiniano dio su opinión, con carácter general, sobre la validez de dichos pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero: <<A nosotros, todos los pactos de esta naturaleza nos parecen odiosos y preñados de tristísimas y muy peligrosas eventualidades, porque qué razón hay para que, viviendo con una persona y sin su conocimiento se celebren estos convenios pactados sobre sus bienes>>. Con lo que para el emperador Justiniano estos pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero eran considerados nulos, por ser contrarios a las buenas costumbres.

Ahora bien, <<es posible que el pacto sucesorio pueda llegar a ser resultado de una transacción cuyo origen se encuentre en una contienda hereditaria, solo desde esta perspectiva y cuando el discurso así lo requiera >><sup>124</sup>.

En relación con la institución de la transacción en materia sucesoria, advierte Domingo Morató<sup>125</sup> que no son objeto de transacción <<las cosas dejadas en

---

<sup>123</sup> C. Th 2.24.2: <<*Idem a. ad Constantium pf. p. Nulli quidem de bonis usurpandis vivorum, nec dividendi contra bonos mores concessa licentia est: sed si praecipiente matre bona eius inter se liberi diviserunt, placuit omnifariam nobis, huiusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur. Dat. iii. id. iun. Constantinopoli, Constantino et Maximo coss*>>.

<sup>124</sup> LÁZARO GUILLAMÓN, C., <<Algunas notas sobre la eficacia de la transacción...>> cit., p. 423.

<sup>125</sup> DOMINGO DE MARATÓ D.R., *El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las instituciones del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, 2.<sup>a</sup> ed. Aumentada y revisada, Valladolid, Imp. Y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, 1877, p. 472 citado por LÁZARO GUILLAMÓN, C., <<Algunas notas sobre la eficacia de la transacción...>> p. 424.

testamento u otra última voluntad, sin haber visto los interesados o alguno de ellos el testamento o codicilo en que la disposición se haya ordenado; porque en ellos la transacción, sin el indicado conocimiento de causa, se prestará a fraudes en perjuicio no tan solo de alguno de los interesados, sino que también en ofensa de la voluntad del testador>>.

El fundamento de la falta de eficacia de la transacción cuando no se conoce el contenido del testamento se encuentra en un texto de Gayo: D. 2.15.6: <<*De his controversiis, qua ex testamento proficiscontur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti*>>.

De este precepto se desprende la imposibilidad de transigir sobre algo que no se conoce, y no la prohibición de pactos sucesorios fundados en la ineficacia de la transacción.

Con lo cual, de lo dicho sobre la transacción, en relación con los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero sin su conocimiento, se desprende que no son válidos puesto que una de las partes, que sería a quien pertenece la herencia que se están repartiendo, no conoce el contenido del pacto, y además, quienes se están repartiendo la herencia no conocen tampoco el patrimonio perteneciente a la persona de cuya herencia se trata.

A pesar de lo dicho, el emperador Justiniano, por razones de utilidad, establece una excepción a la nulidad total de estos pactos sucesorios sobre la herencia de un tercero, pero la misma excepción establecida se convierte en la regla general, ya que no está pensada para un caso concreto o para un supuesto especial. La excepción que puso Justiniano, que antes fue puesta por Constantino, no es más que la *voluntas* de aquél sobre el que se pacta, diciendo así: <<salvo si aquél, sobre cuya herencia se pactó, acomodase a ellos su voluntad, y preservase en ésta hasta el último momento de su vida>>.

La razón de esta excepción es que este caso, al ser el consentimiento de aquél de cuya herencia se trata es revocable, no se le privaba al *hereditandus* de la libertad de testar en otro sentido.

Con relación a esta clase de pactos sucesorios sobre la herencia del que todavía vive, dice Fadda<sup>126</sup> que el Derecho romano clásico los consideró nulos, mientras que el Derecho romano justiniano los consideró nulos sólo cuando lo ignora aquél de cuya herencia se trataba.

---

<sup>126</sup> FADDA, C., *Concetti fondamentali del Diritto Ereditario Romano*, vol. II, Milano, 1949, citado por MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, cit. pp. 80 y 81.

## **CAPÍTULO 3: LOS PACTOS SUCESORIOS EN LA PRÁCTICA**

### **3.1.-Los pactos sucesorios como herramienta para asegurar la continuación de la empresa**

Es indiscutible el hecho de que los pactos sucesorios están estrechamente ligados a la familia, puesto que uno de los objetivos principales de la celebración de estos pactos es garantizar una correcta sucesión protegiendo en primera instancia el patrimonio familiar y el interés común de la familia. En este apartado nos centraremos en el análisis de cómo mediante los pactos sucesorios se puede garantizar el correcto relevo en la titularidad sobre el patrimonio familiar, y en especial, al relevo generacional de la empresa familiar. Cuando se habla de sucesión en la empresa familiar se hace referencia al complejo proceso de relevo generacional en la empresa<sup>127</sup>.

#### **3.1.1.-Aproximación de la admisión del pacto sucesorio en la continuación de la empresa**

Nos permitimos recordar que el artículo 1271.2º establece que << Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056>>. Este artículo trata el argumento fundamental en nuestro Derecho común para considerar los pactos sucesorios.

Con respecto a la sucesión en la empresa familiar, lo cierto es que la última reforma acaecida en dicho artículo con motivo de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa no viene sino a distorsionar más el ya de por sí denodado artículo<sup>128</sup>. La única modificación que se ha llevado a cabo en dicho artículo ha sido la introducción en su tenor de “otras disposiciones particionales”, concepto indeterminado al que habría que añadirle, el propósito de la Ley que lo introduce.

---

<sup>127</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Aspectos civiles de la empresa familiar: economía familiar y sucesión hereditaria*, Netbiblo, La Coruña, 2011, p. 37.

<sup>128</sup> CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Dykinson S.L., Madrid, 2014, p. 27.

La Ley en su Exposición de motivos intenta resolver el problema de qué es la supervivencia de la sociedad cuando se produce la sucesión generacional. Para ello introduce en el artículo 1271 C.c. el giro anteriormente referido, “otras disposiciones particionales” es decir que sobre la herencia futura nos pueden realizar otros contratos, salvo practicar entre vivos la división de un caudal, y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056 del código civil. El artículo 1056 C.c. es el que ha resultado más modificado, establece la forma de satisfacer en metálico la legítima a los hijos a los que no se les adjudica la explotación económica, por pretender preservar indivisa la misma, y por último, en el artículo 1046 C.c. referido a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, la preferencia para que se adjudique en el haber del cónyuge la explotación económica que gestione efectivamente, en lugar de la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo.

Se trata, dice la Ley, de “dotar al emprendedor de instrumentos que le permitan diseñar la sucesión más adecuada de la empresa, atendiendo a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado<sup>129</sup>”.

Con estas reformas introducidas en la Ley, según Cremades<sup>130</sup>, es como si el legislador estuviese anunciando la introducción de los pactos sucesorios, pues con ellos el empresario puede diseñar la sucesión más adecuada a la empresa.

Sin embargo, la excepción a la prohibición que quiere contemplar la nueva Ley no puede llegar a considerarse como un verdadero pacto sucesorio, y no lo es porque la partición realizada por el causante en vida no es irrevocable. Esto es así, puesto que la partición realizada por el testado sigue siendo un acto unilateral y por lo tanto no tiene un carácter contractual, no pudiendo considerarse por lo tanto un pacto irrevocable<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Párrafo último del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. En la actualidad se encuentra recogida dicha Ley en los artículos 434 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital (RD Legislativo 1/2010, de 2 de Julio)

<sup>130</sup> CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar...*, cit., p. 28.

<sup>131</sup> CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar...*, cit., p. 34.

Con lo que, a pesar de la intencionalidad de preservar la empresa familiar, cabrá el pacto sucesorio únicamente en los diferentes territorios forales donde se reconocen.

### **3.1.2.-Empresa familiar y protocolo familiar**

Hoy en día todavía no se tiene una definición concreta ni una regulación específica de las empresas familiares. Existe una teoría, denominada teoría de los tres círculos<sup>132</sup>, que es la que nos aproxima al concepto de empresa familiar, en ella se encuentra: la familia, la propiedad y la empresa. Así, una parte de la propiedad es de la familia, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y gestión de la empresa, y además tiene vocación de continuidad como tal, es decir como empresa familiar. A partir de dicha teoría, existe un acuerdo generalizado entre profesionales del sector, académicos y expertos en entender como empresa familiar aquellas sociedades en las que la propiedad o el control de la misma se encuentran en manos de personas que están ligadas entre sí por vínculos familiares<sup>133</sup>. La existencia de estos vínculos familiares entre los socios o las personas que ostentan el control de la sociedad es el elemento que exige en la práctica un trato diferente de la empresa familiar, por ser una sociedad con características especiales, en relación con las demás sociedades puesto que en estas, no existen esos lazos familiares, sino que están unidos nada más que por intereses económicos.

La virtualidad del pacto en el ámbito sucesorio empresarial es lo que nos lleva a tener que analizar la categoría jurídica de lo que viene conociéndose como protocolo familiar<sup>134</sup>.

El protocolo familiar es identificado por las Empresas familiares como la herramienta en la que pueden recoger su visión, su misión y sus valores como “Familia Empresarial”, y el que mejor les permite dotar de organización a la

---

<sup>132</sup> El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, considera la tripartita familia – propiedad – empresa. Es la primera norma societaria que hace alguna referencia a la Empresa Familiar.

<sup>133</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar actual>>, en M<sup>a</sup> T. Duplá Marín y P. Panero Oria (coords.), Fundamentos del Derecho Sucesorio, Marcial Pons, 2018, pp. 535 – 543, en p. 538.

<sup>134</sup> CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar...*, cit., p. 131.

combinación de intereses de la familia como grupo familiar, el interés particular entre los socios y el interés de la empresa como negocio<sup>135</sup>.

La definición legal de protocolo familiar << se encuentra en el artículo 2 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero: A los efectos de este Real Decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad>>.

Hay que hacer notar que el Protocolo familiar se encuentra al servicio de la empresa familiar, es decir no existe protocolo sin una previa empresa familiar. Dicho Decreto no identifica con claridad el contenido que debe tener un Protocolo familiar, sino que hace referencia únicamente a <<lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad>>. Sin embargo, si existe un contenido habitual del protocolo familiar: definir la visión y la misión de la familia y la empresa; los códigos de conducta de los familiares y de los socios de los familiares; las normas de incorporación al trabajo y las relaciones económicas entre la empresa y los socios; composición y funcionamiento de los órganos de gobierno de la Empresa, etc.

Se podría afirmar que el protocolo familiar <<exitoso>> será aquel que sus firmantes hayan suscrito con el convencimiento absoluto de que lo quieren cumplir y en el que asumen libremente los compromisos recogidos en el mismo<sup>136</sup>. Para ello, será clave haber realizado un correcto proceso.

### **3.1.3.-Ordenamientos jurídicos en los que se permite la sucesión contractual**

---

<sup>135</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar...>>, cit., p. 540.

<sup>136</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar...>> cit., p. 541.

Dos de los ordenamientos jurídicos más importantes en relación a la sucesión contractual con respecto a la Empresa familiar son el Derecho civil Gallego y el Derecho civil Catalán.

En Galicia la nueva regulación de los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de Junio, de Derecho civil de Galicia establece ciertas figuras atractivas para la sucesión en la empresa. Dichas figuras son el “pacto de mejora” y la “apartación”.

Por lo que se refiere a los pactos de mejora regulados en los arts. 214 y ss. la ley gallega los conceptúa como aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión de bienes concretos, pudiendo suponer o no la entrega de presente de los bienes a quienes resulten beneficiados, y por tanto la adquisición de la propiedad o no por parte del mejorado<sup>137</sup>. En el caso en que se produzca la entrega de bienes, la ley establece expresamente que esa entrega determina la adquisición de propiedad del mejorado; en el supuesto de que no se realice la entrega de presente de los bienes, la transferencia de dominio no se producirá hasta el fallecimiento del ascendiente.

La nueva configuración de este pacto lo hace especialmente útil para la sucesión en la empresa familiar, siempre que se pretenda el acuerdo sucesorio entre ascendiente y descendientes que son los legitimados para su constitución<sup>138</sup>.

Si el objeto del pacto lo constituye la empresa familiar hay que tener en cuenta que el adjudicatario debe ser un descendiente y será conveniente plasmar en el pacto la finalidad de la transmisión que será el de mantener la continuidad de la empresa familiar como tal.

En el pacto de mejora cabe resaltar “la mejora de labrar y poseer” consistente en que el ascendiente pacta con el descendiente, la adjudicación íntegra de una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril, precisamente con la pretensión de mantener indivisa la referida explotación. Dicho pacto se aproxima al contenido del art. 1056.2 C.c. Se destaca la intención del legislador

---

<sup>137</sup> CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar...*, cit., p. 219.

<sup>138</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Aspectos civiles de la empresa familiar...* cit., p. 44.

para que sea el emprendedor quien diseñe la sucesión que considere más adecuada para la pervivencia de la empresa. El objeto en el C.c. es la explotación económica o acciones o participaciones de una sociedad de capital, mientras que el objeto de la mejora de labrar y poseer lo constituye el lugar o explotación agrícola, industrial, comercial o fabril. La esencia de dicho pacto, estriba en la necesidad de conservar un negocio, donde el personal esté compuesto por aquellos a los que les une un vínculo familiar<sup>139</sup>.

En cuanto al pacto de apartación, hay que resaltar que quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto, queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados (art. 224 LDCG). Dicho pacto entraría por tanto en el perfil de los pactos renunciativos<sup>140</sup>. El apartante del pacto puede adjudicar cualquier bien o derecho en pago de la apartación, independientemente del valor de los bienes que se han otorgado para que se produzca la renuncia. En resumen, se podría decir que se trata de la pérdida de la condición de legitimario a cambio de una contraprestación. Este pacto supondrá en la mayoría de casos en los que se está previniendo la sucesión de la empresa familiar, una cláusula integrada en un pacto de contenido más amplio que la simple renuncia a los derechos como legitimario<sup>141</sup>.

En el ordenamiento civil catalán se permiten los pactos sucesorios con respecto a la continuidad de la empresa familiar, en particular aquí nos interesa, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, que está dirigido a las sucesiones.

El Código Civil de Cataluña ha querido adaptarse a la nueva realidad económica y empresarial y es por eso que, como novedad, se admite la realización de atribuciones particulares. Para Egea<sup>142</sup> el pacto sucesorio de atribución particular se postula como uno de los instrumentos principales con el que planificar la sucesión en la empresa.

---

<sup>139</sup> CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar...*, cit., p. 223.

<sup>140</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Aspectos civiles de la empresa familiar...* cit., p. 46.

<sup>141</sup> CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar...*, cit., p. 228.

<sup>142</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J. *Protocolo familiar y pactos sucesorios: La proyectada reforma de los heredamientos*. InDret, revista para el análisis del Derecho, Barcelona 2007, p.4.

En la continuación de las empresas familiares el primero de los objetivos es el de mantener las participaciones o acciones sociales dentro del núcleo familiar, es decir, que esta no vaya a parar a manos de terceros. Esto resulta obvio ya que el concepto de “empresa familiar” nos sugiere que el objetivo será el de mantener el control de la empresa dentro de la familia. Por consiguiente, para asegurar que el control de la empresa lo realice la propia familia, será necesario que se establezca una adecuada regulación de la transmisión de la empresa familiar. El segundo objetivo tiene que ver con el debate sobre quién, de entre los familiares, está más capacitado para gestionar, liderar y asegurar la unidad de la empresa. Por el bien de la empresa, hay que focalizar de manera objetiva la atención en aquél que tenga más cualidades, compromiso, profesionalidad, etc. para dirigir la empresa<sup>143</sup> .

En definitiva, el problema que gira en torno a la sucesión de las empresas familiares es el hecho de que éstas suelen ser poco estables y esto hace que sea difícil que sobrevivan a las sucesivas generaciones. Esto se debe a que, o bien son adquiridas por inversores no familiares o bien porque simplemente desaparecen. De ahí la importancia de formalizar un protocolo familiar para evitar que sean adquiridas por terceros y se mantengan sucesivamente en el núcleo familiar. Aquí es donde entra en funcionamiento el protocolo familiar, y este una vez firmado por todos los socios otorga un pacto sucesorio, como regla general, de atribución particular, en virtud del cual regulen de forma conjunta, su sucesión sobre las acciones o participaciones sociales<sup>144</sup>. Y bajo dicho protocolo familiar, todos los socios se garantizarán el cumplimiento recíproco de la transmisión de la propiedad de las acciones o participaciones sociales recogidos en el protocolo familiar, puesto que no podrán modificar la regulación de su sucesión en estos términos, sin el consentimiento del resto de otorgantes<sup>145</sup> .

### **3.2.-El fideicomiso de residuo y la empresa familiar**

---

<sup>143</sup> FERNANDO CERDÀ, A., *La successió contractual: La successió en l'empresa familiar*. Ponència a les VX Jornades de Dret Català a Tossa. Tercera Ponència, 25 i 26 de setembre de 2014. Universitat Pompeu Fabra.

<sup>144</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar...>> cit., p. 541.

<sup>145</sup> Artículo 431.12 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

### **3.2.1.-Concepto de fideicomiso de residuo y su delimitación con el fideicomiso ordinario**

Para empezar a hablar del fideicomiso de residuo en primer lugar es preciso establecer, aunque sea brevemente, la delimitación entre el fideicomiso de residuo y el fideicomiso ordinario.

Ambas instituciones, tanto el fideicomiso ordinario como el fideicomiso de residuo existen desde el Derecho romano. Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico se reconocen dos de las figuras propias de la época justiniana: el fideicomiso ordinario y el fideicomiso de residuo<sup>146</sup>.

En nuestro Código el fideicomiso de residuo es posible, situándolo dentro de las sustituciones fideicomisarias contempladas por la ley, aunque carece de una regulación específica.

El fideicomiso de residuo puede ser definido como aquella disposición de última voluntad por la que se instituye heredero fiduciario a una persona, pero en vez de ordenarle que conserve entera la herencia fideicomitada para que, en su día, pase íntegra al fideicomisario (segundo heredero) que designa el testador, se le permite disponer de todo o parte de los bienes, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución del fideicomiso, solo los bienes de que el fiduciario no haya dispuesto, incluso llegando a no adquirir ninguno, si es que hubiese dispuesto de todos<sup>147</sup>.

En cambio en el fideicomiso ordinario el heredero tiene una específica obligación de conservar los bienes. A esta obligación hay que unir la de administrar la herencia para su mejor conservación.

En definitiva, el fiduciario de residuo puede, por definición, gastar, consumir y disponer de los bienes fideicomitados en su personal y exclusivo interés y beneficio, en estos supuestos el disponente le ha querido favorecer a él antes

---

<sup>146</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar...>> cit., p. 537.

<sup>147</sup> DIAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo: Su condicionalidad y límites*. Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 29.

que al fideicomisario y a éste solo en segundo lugar y de forma subordinada a aquél<sup>148</sup>. En ello consiste la peculiaridad del fideicomiso de residuo.

### **3.2.2.-Relación entre el fideicomiso de residuo y la empresa familiar**

La relación entre el fideicomiso de residuo y la empresa familiar es de relevancia en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no está permitida la sucesión contractual, como es el caso de nuestro Código civil, puesto que en los mismos los firmantes del protocolo familiar solo contarán con la herramienta del testamento para regular su sucesión *mortis causa* sobre las acciones y participaciones sociales. Con lo que, en estos casos, será indispensable haber realizado debidamente el proceso del protocolo familiar y que los afirmantes hayan asumido de forma libre, voluntaria y con absoluto convencimiento, que el contenido de su testamento es una voluntad inalterable<sup>149</sup>.

Dando por válida la premisa de que el testador no modificará su voluntad y asume el fiel compromiso de respetar el pacto alcanzado en el protocolo familiar, surge la problemática de si, una vez fallecido el testador sus descendientes beneficiarios, asumirán tan bien dicho compromiso aceptado por ellos. Con lo que nos preguntamos si existe alguna posibilidad de blindar dicho compromiso por parte de los descendientes del testador inicial. La respuesta se encuentra en el Derecho romano, puesto que, la figura para dotar de garantía la conservación de la empresa familiar en sucesivas generaciones es el fideicomiso<sup>150</sup>.

Mediante la regulación de un fideicomiso sobre las acciones o participaciones sociales, se podrá garantizar la preservación de la empresa familiar en las líneas descendientes, con el límite legal del segundo grado que establece tanto la legislación vigente del Derecho catalán y del Código Civil<sup>151</sup>.

Esta solución jurídica que dota de seguridad al titular de las participaciones en el momento de la elaboración del protocolo familiar puede no ser tan

---

<sup>148</sup> CUENA BOY, F., *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los Códigos civiles*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2004, p. 26.

<sup>149</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar...>> cit., p. 542.

<sup>150</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar...>> cit., p. 542.

<sup>151</sup> Artículo 426.10 de la Ley 10/2008, de 10 de Julio, del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, referido a las sucesiones; y el artículo 781 del C.c.

beneficiosa, puesto que el bloqueo de la propiedad puede suponer a su vez, la muerte del negocio por su limitación en la transmisión<sup>152</sup>. Es por esto, que se debe de tener cuidado a la hora de regular el fideicomiso sobre las participaciones o acciones sociales, y en su caso, optar por el fideicomiso de residuo, que conlleva unas instrucciones particulares, que puede facilitar la transmisión de las participaciones o acciones sociales.

---

<sup>152</sup> PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar...>> cit., p. 543.

## CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado las conclusiones a las que llegamos son las siguientes:

PRIMERA. Se podría decir que a pesar de la prohibición generalizada establecida en nuestro Código Civil se llega a la conclusión de que en realidad los pactos sucesorios se practican con mayor frecuencia de lo que se infiere del ordenamiento jurídico general, puesto que como hemos visto existe la regla general de la prohibición del artículo 1271.2º del Código Civil en el que se prohíben los pactos institutivos, renunciativos y dispositivos.

SEGUNDA. En el mismo ordenamiento se encuentran diversas excepciones, en las que sí que tiene cabida la sucesión contractual, como los pactos de mejorar o no mejorar que se pueden realizar mediante capitulaciones matrimoniales y que de las mismas se desprende que puede tener efecto la mejora realizada para un futuro, también las mejoras por contratos celebradas con un tercero del que se necesita el consentimiento, para que se pueda dar el requisito de irrevocabilidad; por otro lado, también encontramos como excepción a la prohibición la donación de bienes futuros por razón del matrimonio, en el que permite donarse entre los cónyuges bienes presentes y también bienes futuros para el caso de muerte.

TERCERA. La doctrina que defiende la prohibición de los pactos sucesorios es cada vez menor en la actualidad, y lo hace sobre todo en base a que el pacto sucesorio transgrede la libertad de disposición de los causantes sobre todo por la nota característica que lo define: la irrevocabilidad. La irrevocabilidad como hemos visto implica que una vez se ha llevado a cabo el acto sucesorio no es posible modificar dicho acto de forma unilateral, siempre habrá que realizarlo de forma bilateral, esto es, con la otra parte que forma el contrato sucesorio. Estos autores argumentan que por culpa de la irrevocabilidad del pacto sucesorio que transgrede la libertad de disposición puesto que al ser irrevocable mengua la capacidad de modificarlo por el causante en un futuro.

CUARTA. Por contra, los argumentos que sostienen la admisibilidad de los pactos sucesorios son cada vez mayores, defendiendo que el pacto sucesorio

es beneficiario para los herederos, sobretodo porque dicha institución da seguridad jurídica con respecto a la obtención de un patrimonio en el futuro para los herederos y además ayuda a la conservación del patrimonio familiar, como ocurre en la sucesión de la empresa familiar. El problema es que ninguno de los autores que están a favor de la admisibilidad de los pactos sucesorios da una solución a dicha prohibición.

QUINTA. Estamos a favor de la doctrina que quiere admitir los pactos sucesorios, puesto que la irrevocabilidad al fin y al cabo trata de dar seguridad en cuanto a lo que se desprende de la misma es que si el acto es irrevocable es más difícil que el causante en un futuro quiera modificar el pacto sucesorio. Nuestro derecho al final tiene muchas excepciones a la sucesión contractual, dando como resultado la práctica habitual de los pactos sucesorios. Con lo que la solución más beneficiosa sería la permisibilidad de los pactos sucesorios en nuestro ordenamiento mediante una reforma del Código Civil que los permitiera.

SEXTA. Nuestro ordenamiento jurídico es deudor del Derecho romano ya que la tradición romana no acepta la sucesión contractual porque para ellos tiene una naturaleza jurídica que va en contra de sus creencia de que el *paterfamilias* debe tener total libertad, hasta el día de su muerte, para ordenar la sucesión de sus bienes, por tanto, no podían admitir, que se le limitara el poder de disposición sobre los bienes del causante. Aún así el Derecho Romano va evolucionando hacia un ordenamiento más permisivo de los pactos sucesorios debido a la influencia de la diversidad de culturas llegando a ser extendida su utilización a todos los ciudadanos romanos. Dicha evolución culmina con el Código Justiniano en el que el emperador reconoció la institución del pacto sucesorio, no de un modo general sino para determinadas circunstancias concretas como por ejemplo los pactos celebrados sobre la herencia de un tercero.

SÉPTIMA. Cuando la cultura romana se arraiga en la Península Ibérica encontramos la misma prohibición, con lo que se ha mantenido la tradición romana en nuestro derecho. No se encuentra en nuestro ordenamiento un precepto que contemple la sucesión contractual, por lo que los únicos medios

de distribución sucesoria admitidos expresamente en nuestro código son el testamento y la ley. Podríamos pensar que el Derecho común ha rechazado la sucesión contractual al no incluirla en algún precepto, aún así, el legislador en ocasiones puede ser ambiguo y dar lugar interpretaciones como hemos visto, por lo que, si bien no admite la sucesión contractual de una manera clara, tampoco podemos decir que el Código civil los prohíba de la manera tan restrictiva que se pretende hacer creer.

OCTAVA. En relación a estas excepciones hemos querido hacer referencia al final de la exposición del trabajo de la utilización en la práctica de los pactos sucesorios, ya que tienen un uso más habitual en nuestro derecho común del que se cree, sobre todo en el ámbito de la empresa familiar. Se permite en nuestro ordenamiento los pactos sucesorios realizados en las empresas familiares para fomentar precisamente la continuación de la empresa familiar dentro de la familia, y evitar que se pierda la tradición. El pacto sucesorio con respecto a la empresa familiar se llevara a cabo mediante un protocolo familiar, entendido como aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares en la que tengan un interés común. A través del protocolo familiar que se haya suscrito por todos sus firmantes se podrá afirmar que se ha llevado a cabo la sucesión de la empresa familiar de una forma exitosa.

NOVENA. En definitiva y a pesar de la prohibición generalizada que se desprende de nuestro derecho, lo cierto es que no es posible concebir hoy en día una realidad en la que no se practiquen pactos sucesorios, por lo que, bajo mi punto de vista es necesario que se realice una reforma en el sentido permisivo de los pactos sucesorios. Sería beneficioso para la sociedad que se realizara una regulación más permisiva en nuestro derecho de los pactos sucesorios, puesto que como hemos visto a lo largo de la explicación hay bastantes excepciones a la prohibición que se realizan de una manera mucho más habitual de lo que se cree en la sociedad y si hubiera una regulación más permisiva se utilizaría todavía más en la práctica siendo beneficioso para ambas partes, ya que los pactos sucesorios no sólo sirven para disponer del patrimonio después de la muerte del causante, sino que además tienen una función de gestión adecuada del patrimonio en vida del causante.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N., *Aspectos civiles de la empresa familiar: economía familiar y sucesión hereditaria*, Netbiblo, La Coruña, 2011.
- ARANGIO RUIZ, V., *L'origine dei testamentum militis*, BIDR, Roma, 1906.
- BIONDI, B., *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milán 1946.
- BONET, Compendio de Derecho civil, V, Madrid, 1965.
- BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, Roma, 1930, vol. VI: *Le successioni*.
- BONFANTE, P., *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco*, Torino, 1926, vol. I.
- BRAGA DA CRUZ, G., *Os pactos sucesórios na História de Direito Português*.  
Revista de Faculdade de Direito de Sao Paulo, 1965.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La prohibición de los contratos sucesorios*,  
J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho civil, VI-2, 7ª, Madrid, 1973.
- CASTILLEJO Y DUARTE J., *La forma contractual de Derecho de sucesiones*, Madrid,  
1902.
- CERDÁ GIMENO, J., *La prohibición de la sucesión contractual*, Tirant lo Blanch, 2007.
- CIAN Y TRABUCCHI, Comm. Breve al C. c., Padova, 1989.
- CONDOMINES VALLS, <<Formas nuevas de sucesión>>, del Colegio notarial de  
Barcelona, 1946.
- CREMADES GARCÍA, P., *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa  
de los pactos sucesorios*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.
- CUENA BOY, F., *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición  
romanística hasta los Códigos civiles*. Servicio de publicaciones de la  
Universidad de Cantabria, 2004.
- DE LOS MOZOS, J.L.: *"Derecho civil español, común y foral". T. VI. Derecho de  
sucesiones. Vol. III. Madrid, Reus 1971.*
- DÍAZ ALABART, S., *El fideicomiso de residuo: Su condicionalidad y límites*. Librería  
Bosch, Barcelona, 1981.
- DÍEZ – PICAZO., *Lecciones de Derecho civil*, IV, Madrid, 1967.
- DÍEZ-PICAZO L., Y GUILLÓN A., <<La sucesión contractual y la sucesión  
intestada>>. Sistema de Derecho civil, volumen IV, *Derecho de familia y  
derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2006.

- DOMINGO DE MARATÓ D.R., *El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las instituciones del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, 2.<sup>a</sup> ed. Aumentada y revisada, Valladolid, Imp.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. *Protocolo familiar y pactos sucesorios: La proyectada reforma de los heredamientos*. InDret, revista para el análisis del Derecho, Barcelona 2007.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código Civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.
- Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.
- FADDA, C., *Concetti fondamentali del Diritto Ereditario Romano*, vol. II, Milano, 1949.
- FERNANDO CERDÀ, A., *La successió contractual: La successió en l'empresa familiar*. Ponència a les VX Jornades de Dret Català a Tossa. Tercera Ponència, 25 i 26 de septiembre de 2014. Universitat Pompeu Fabra.
- GARCÍA HERREROS E., *La sucesión contractual*, Madrid, 1902.
- GAS, «Pactos sucesorios», RJC, 1953.
- HERRERA CAMPOS, R., <<La sucesión contractual>>, en SÁNCHEZ CALERO F. J., (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 779-785.
- LACRUZ J.L., <<La aportación de los Derechos forales españoles a un derecho sucesorio rural>>, *En estudio de derecho privado común y foral*, tomo II, 1992, pp. 395-396.
- LACRUZ J.L., *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.
- LACRUZ, *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 1971.
- LÁZARO GUILLAMÓN, C., <<Algunas notas sobre la eficacia de la transacción en el Derecho hereditario>> en M<sup>a</sup>T., Duplá Marín y, P. Panero Oria (Coords.), *Fundamentos del Derecho sucesorio*, Marcial Pons, Colegio notarial de Cataluña, 2018, pp. 423 - 432.
- MANRESA, J.M<sup>o</sup>., *Comentarios al Código civil*, tomo IX, Madrid, 1969.
- MARIN PADILLA, M<sup>a</sup>.L., *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.
- MAYR, R., *Historia del Derecho romano* T. II, Barcelona - Buenos Aires, 1926.
- MAYR, R., *Historia del Derecho romano* T.I.

- MAZEAUD, *lecciones, trad. esp.*, IV-2, Buenos Aires, 1965.
- MOLINA PORCEL, M. *Derecho de sucesiones*, 2007.
- MURGA, J.L., *Donaciones y testamentos <<in bonum animae>>* en el Derecho romano tardío, Pamplona, 1968.
- PELAYO HORE, S., “*Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón*”, ADC, vol. 20, nº4, 1967.
- PÉREZ VELENZUELA, P., <<El fideicomiso en la empresa familiar actual>>, en M<sup>a</sup> T. Duplá Marín y P. Panero Oria (coords.), *Fundamentos del Derecho Sucesorio*, Marcial Pons, 2018, pp. 535 – 543.
- RAMS ALBESA, J., <<El contrato sucesorio>> *Elementos de derecho civil V, sucesiones*, Madrid, 2001.
- RE, C., *Del patto successorio. Studi e documenti di Storia e Diritto*, anno VIII, fasc. 1<sup>o</sup> 1887 y anno VII, fasc. 1<sup>o</sup>, 1886; anno VII fasc. 1<sup>o</sup>.
- Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, considera la tripartita familia – propiedad – empresa. Es la primera norma societaria que hace alguna referencia a la Empresa Familiar.
- ROCA – SASTRE MUNCUNILL R.M<sup>o</sup>., *Derecho de sucesiones*, III, Barcelona, 1994.
- ROCA SASTRE, R.M<sup>a</sup>., *Estudios de derecho privado*, II (Sucesiones), Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, R41948.
- ROCA TRÍAS, E., «*Los contratos sucesorios*», en *Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, Capilla Roncero, F. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SAMPER POLO, Fco., *La disposición <<mortis causa>> en el Derecho romano vulgar*, Madrid, 1968.
- SAMPER POLP, Fco., *La disposición <<mortis causa>> en el derecho romano vulgar*, Madrid, 1968.
- SOLAZZI, S. *L'origine del <<testamentum inter liberos>>*, in *Seritti di Diritto romano*, Nápoles, 1963, T.IV.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. M<sup>a</sup>., *Estudio sobre donaciones*, La donación <<mortis causa>>, Madrid, 1978.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. M<sup>a</sup>., *Panorama del Derecho de sucesiones, vol. I: Fundamentos*, Madrid, 1982.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, Valladolid, 1939.
- VILLAFUERTE, A., *La Sucesión Contractual*, ADEQ, La Paz: Bolivia, 2007.
- VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Milán, 1986.

VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986.

VOLTERRA. E., *Diritto romano e Diritto orientali*, Bologna, 1937.

## ABSTRACT

The *mortis causa* succession according to our common civil right is: the executor and the legal or *ab intestato*. However, the contractual succession is also possible to be found in our rights, as it is permitted in the different regional legislations, in spite of the fact of the supposed general prohibition that is visible in our Civil Code. It is referred to as “supposed” because, despite the prohibition, many exceptions about the contractual succession can be admitted.

Presently, the contractual prohibition in our legal system follows the classical prohibition of three covenants: institutive, renunciative and dispositive.

It is also discussed the exceptions within the contractual succession. Our rights permit those covenants which do not make reference to any future succession, that is, a succession which is not still opened.

With regard to those exceptions that can be admitted in our rights, we can name some of them:

Firstly, in our rights it is permitted the contractual succession in the cases of promises of improvement and not improvement. This would be an unilateral act from those who promise, although that promise has to be visible through matrimonial contracts. This promise is receptivus, that is, the person who will receive the improvement should consent it. In this sense, we can say that the improvement will be irrevocable since it is accepted. Therefore, the promisor is obliged to fulfill this improvement.

Another exception would be the donation of future assets by reason of marriage as a supposed of the contractual succession. This is because in this assets it is allowed the pact celebrated about the future testator.

The effects of the donation refer only to those cases in which there is a death, and therefore this would be the only circumstance under which those effects

can be determined. Future assets should be understood as those assets which exist in the patrimony of the donor in the moment of their death.

With regard to those who are allowed to conduct the donations, from the precept we can see that the donation of future assets will only be carried out between the contracting parties, that is, those who got married.

With regard to those who can be the beneficiary, the law is clear enough and it claims that only the other spouse will be able to be the donee and that the donation will not be able to subsist if the donee dies before the donor.

Concerning the exceptions of the successor pact mentioned before, it has been created different positioning on the part of the doctrine (authors). Some against the admissibility of the successor pacts and others supporting it.

The main reason why the successory contracts are forbidden in our rights is the irrevocability, which, however, is the main characteristic of the successor pact, as the successor covenant is also a contract, the article 1256 of the Civil Code will be applied. Therefore, “the validity and the fulfillment of the contracts cannot be let to the judgement of the contracting party”. That means that the contract would only be able to be modified or revoked if it concurs the will of the people who have consented it. That is, once a contract has been consented, it will not be able to be modified if there is not a concurrence of the will of all the parts.

The doctrine criticises the successor pact mainly because they consider that it reduces the operative freedom. As has been mentioned before, the successor pacts are irrevocable and that impedes that, if afterwards the originator wants to revoke it, he or she will not be able to do it unilaterally, but he or she will have to do it together with the other parts that have entered into the contract.

The doctrinal positioning will also be discussed, which sustain the admissibility of the successor pacts as they are considered to offer a legal certainty for the preservation of the family wealth. For example in some cases such as those of the children of a matrimony, the successor pacts are a way to ensure that those

children will receive their patrimony in the future, and it is also favourable for the person who dies and leaves the pact prepared, as that person states clearly before dying who will be the heir of the patrimony.

Also the different types of legal systems in our country have been discussed along this work which, conversely, do admit in its respective foral order the institution of the successor pact, being it the civil law of Catalonia, the civil law of Aragon, the civil law of Galicia, the civil law of Navarra and the civil law of the Basque country. All those legal systems do clearly allow the contractual succession in certain cases which are proved by their respective regional law.

In the second chapter of this work, it is discussed how this institution was regulated in the Roman Law, and the influence that it had in our regulation, being the main rule in this regulation the prohibition of the institution of the successor pact, always with some exceptions.

At first, the successor pact was considered to be a privilege by the nobility (as for example the pact between soldiers) but the evolution of the Roman Law led to an increase of the use of the successor pacts, not only as a privilege of the nobility but also for all the Roman citizens, until the appearance of the Justinian Code in which the emperor recognised the institution of the successor pact, not in a general way but for specific circumstances as for example the pacts which were celebrated on the heritage of a third person.

Therefore, when the Roman culture became ingrained in the Iberian Peninsula, the same prohibition could be found, what means that the Roman tradition was maintained in our rights.

In our law it cannot be found the precept that complements the contractual succession, therefore the only means that by which the distribution of the succession is admitted in our Civil Code are the testament and the law. It could be thought that the common law is a systematic law that rejects the contractual succession as it does not include it in any precept, however, the legislator in some cases can be ambiguous, and therefore, if the legislator does not admit

the contractual succession in a clear way, it could not be said that the Civil Code will prohibit it in the restrictive way that they pretend.

Finally, regarding the exceptions mentioned before all along the work, it is also discussed the practical use of the successor pact, as it has a broadest place in it, especially in the environment of a family company. This is against what is pretended to be shared with the prohibition of the general Civil Code.

The successor pact is used empirically in very common fields as it is the succession of the familiar company, and its relationship with an institution that comes from the roman law as it is the remains trust.

The successor pacts that take place in the familiar companies to encourage the continuity of the family company within the family level, and avoid the tradition to be finished, are allowed in our legal system. The successor pact regarding the family company will be conducted through a familiar protocol, which is defined in the 2nd article of the Royal Ordinance 171/2009: For the purpose of this Royal Ordinance, family protocol is understood as a set of pacts subscribed by the associates between them or with third parties with which they share familiar connections that affect an unquoted company, in which they have a common interest in order to achieve a common model of communication and consensus when they have to take a decision to regulate the relations between the family, property and company that affect the entity". Through the familiar protocol that has been signed by all the signatories, it will be able to be affirmed that it has been successfully conducted the succession of the familiar company.

Ultimately and despite of the generalised prohibition that is emitted in our law, what is true is that in these days it is not possible to conceive a social reality in which there are not successor pacts. Therefore, as I see it, a reform on the permissibility of the successor pacts should be carried out. That reform would not be easy to be conducted because it is a complex work.

However, it would be more beneficial for society that a more permissive regulation of our rights on the successor pacts would be carried out, because as

it has been seen in the previous explanation, many different interpretations of the prohibition are conducted in a more usual way than it is thought in our society. If there was a more permissive regulation, it would be even more used in practice, as it is beneficial for both parts, because the successor pacts are not only useful to obtain the heritage after the death, but they also to have the function to adequately manage the wealth of the death.