

Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil *

XAIME MANUEL REQUEIXO SOUTO

Profesor de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El Tribunal Supremo mantiene una doctrina según la cual los pactos de atribución de un bien particular, existente en el patrimonio del otorgante, para ser efectiva después de su muerte no infringen la prohibición de contratar sobre la herencia futura que impone el artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil, porque para que esto se produzca es necesario que el objeto del contrato sea una universalidad y no bienes concretos. En el presente trabajo se pretende aclarar si está justificada la interpretación del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE

Herencia futura, legado, pacto sucesorio, negocios de atribución post mortem, libertad de testar.

ABSTRACT

According the doctrine of the Spanish Supreme Court, agreements of attribution of a particular good existing in the grantor's property and that will be effective after his death, do not violate the prohibition to contract

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER. Cuenta también con una Ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas subvencionado por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

about future inheritance imposed by article 1271, p. 2, Civil Code. Its reasoning is that this prohibition affects to contracts about an universal asset, but not in the case of a specific object. This paper aims to clarify if this interpretation of the Supreme Court is justified.

KEYWORDS

Future inheritance, legacy, succession agreement, attribution agreements post mortem, testamentary freedom.

SUMARIO: I. *Objeto de estudio.* 1.1 La norma general prohibitiva del artículo 1271, ap. 2.º, CC. 1.2. Contexto de la prohibición. Tipos de pactos sucesorios, razones de la prohibición y excepciones en el Código civil.–II. *Desarrollo.* 2.1 Caracteres de esta doctrina jurisprudencial. A) Se recoge en pocas sentencias. B) Su origen es anterior al Código civil. C) Se aplica a una diversidad de negocios. 2.2 Caracteres de los negocios a los que se aplica esta jurisprudencia. A) Irrevocabilidad. B) Onerosidad. C) Efectos en vida. 2.3 Comparación de los negocios permitidos por esta jurisprudencia con otras figuras. A) Con los pactos sucesorios regulados como excepción en el Código civil. B) Con el legado de cosa determinada propia del testador. 2.4 Validez de los negocios de atribución patrimonial *post mortem*. 2.5 Libertad de testar y herencia futura.–III. *Casos conexos.* 3.1 Pactos sobre la herencia de un tercero. 3.2 Pactos sobre la herencia tras la apertura de la sucesión.–IV. *Recapitulación y apéndice jurisprudencial.*

I. OBJETO DE ESTUDIO

1.1 LA NORMA GENERAL PROHIBITIVA DEL ARTÍCULO 1271, AP. 2.º, CC

El Código civil enuncia el principio de la prohibición de los contratos sobre la herencia futura en el artículo 1271, ap. 2.º: «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 precepto suscita críticas, tanto en cuanto la regla general prohibitiva no se considera adecuada, como porque la excepción que contempla no es tal, ya que la partición realizada por el testador constituye un acto unilateral, revocable y, en consecuencia, no tiene naturaleza de contrato, incluso si

concurrer a ese acto los favorecidos y prestan su asentimiento¹. En el caso de que el testador, además de la partición, realice donaciones entre vivos diferidas al momento de su muerte, la transmisión se produce con la perfección de la donación y no hay una disposición sobre la herencia futura².

El Tribunal Supremo mantiene una doctrina sobre esta prohibición del Código civil cuyo tenor es que «se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia (...), pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante» (S. de 22 de julio de 1997, RJ/1997/5807). La formulación de esta doctrina, que se repite casi con los mismos términos, lleva a algunos autores a interpretar que los pactos sucesorios de atribución particular están permitidos por la jurisprudencia. Según ellos el Tribunal Supremo realiza una interpretación restrictiva de la expresión «herencia futura» contenida en este artículo, al considerar que se refiere a la universalidad, y no a bienes determinados, del haber hereditario. En efecto, la posibilidad de admitir la sucesión contractual a título particular en el régimen del Código civil suscita la alarma de los comentaristas: «No se ve motivo legal que permita mantener la eficacia de obligaciones que tengan por objeto regular una sucesión, bien sea de la totalidad de la herencia, bien de bienes concretos de ella»³; «un contrato no deja de ser sucesorio aun cuando verse sobre bienes concretos y determinados»⁴; o que «lo decisivo para determinar cuándo el pacto ha de calificarse como sucesorio no es el objeto universal o singular lo que debe estar en el punto de mira; de hecho, los Tribunales no explican los motivos que llevan a

¹ Sobre las posiciones doctrinales acerca de la excepción *cf.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1269-1270; sobre la conveniencia de reformar la regla, pp. 1283 y ss.

² En este sentido LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, vol. V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1981, p. 383. Volveremos sobre este tipo de donaciones. La STS de 13 junio 1903 (*JC*, 1903, 174) declara que una mera partición hecha, ya entre los interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de este para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición, por ser esta facultad inherente a la testamentifacción activa y porque semejante coartación implica un verdadero pacto sobre la herencia futura que imposibilitaría atender a necesidades imperiosas y legítimas de familia que surjan con posterioridad, debiendo, por lo tanto, limitarse los efectos del contrato al momento en que por defunción del dueño del caudal hereditario deba referirse la partición convenida a un estado de derecho que no esté en oposición con ella.

³ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, 2006, p. 467.

⁴ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. VI, *Sucesiones, Pirámide*, 1976, p. 687, n. 28; en esta fecha también LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general, Sucesión voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 467.

admitir los pactos sobre bienes concretos y tampoco aclaran por qué las causas que llevan a negar validez a los pactos cuyo objeto es una universalidad de bienes no son aplicables a los pactos que tienen por objeto cosas singulares; interpretar la expresión “herencia” del artículo 1271 CC como universalidad de bienes futuros no es más que una de las posibles opciones»⁵. Otros autores, en cambio, consideran que esta doctrina tiene la ventaja de la claridad práctica, pues se trata de verificar en el caso qué características tiene el objeto del contrato en función de la concreción sobre cosas individualizadas o una cuota; en este último caso el contrato sería nulo, y no así en el primero⁶.

Por ello, la pretensión de este trabajo es aclarar si está justificada esta doctrina jurisprudencial y, en tal caso, por qué motivos.

1.2 CONTEXTO DE LA PROHIBICIÓN. TIPOS DE PACTOS SUCESORIOS, RAZONES DE LA PROHIBICIÓN Y EXCEPCIONES EN EL CÓDIGO CIVIL

Los pactos sucesorios se clasifican en tres categorías. El pacto institutivo o de suceder es el de designación de un heredero o legatario: un contratante instituye heredero al otro, o ambos se instituyen recíprocamente o lo hacen en favor de personas que no son parte del mismo. El pacto renunciativo o de no suceder es el que aborta un llamamiento hereditario; el ejemplo más extendido es la renuncia anticipada a la legítima⁷. Y, por último, el pacto dispositivo sobre la herencia de un tercero que, en realidad, no tiene carácter sucesorio porque, al no intervenir el causante, no afecta a su libertad para testar⁸. Todos ellos, en principio, están prohibidos en el Código civil.

La razón principal de la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC es evitar la limitación de la libertad dispositiva *mortis causa* del causante, por la cual puede revocar en todo momento el testa-

⁵ GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, cit., t. I, p. 1269.

⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código civil*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999, pp. 58 y 59. Se muestra comprensivo con esta jurisprudencia HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes*, II, Madrid, 1968, pp. 463 y 465.

⁷ En la práctica los pactos adquisitivos y los abdicativos suelen combinarse formando un negocio jurídico complejo: el pacto principal de institución de heredero y uno o varios abdicativos que lo posibilitan (cfr. BARRÓN ARNICHEs, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, pp. 217 y 222).

⁸ ROCA TRÍAS, E., «Los contratos sucesorios», en *Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, coord. Capilla Roncero, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 294.

mento. La jurisprudencia considera esa libertad un bien tutelable por mandato del artículo 1271 CC (además de por otros preceptos, como el art. 669 CC que prohíbe el testamento mancomunado y, en especial, por los arts. 737 y ss. CC)⁹. Hay, además, una razón moral; se pretendería evitar el nacimiento del deseo de la muerte del futuro causante (*votum mortis*). En general esta razón es minusvalorada por la doctrina porque muchas figuras hacen depender una prestación a favor de otro de la muerte de una persona, como la renta vitalicia, en la que el aleas de la duración de la vida del beneficiado determina lo oneroso de la prestación del obligado, o los seguros sobre la vida. No es, sin embargo, desdeñable su influencia porque con anterioridad al Código civil, continuando la tradición justinianea, el contrato sobre la herencia de un tercero era válido si el causante prestaba su asentimiento y lo mantenía hasta su muerte (v. STS de 10 de febrero de 1961, *RJ*, 1961, 885) y, además, el Tribunal Supremo suele aludir a esta causa. Por último, se aduce una razón de carácter socio-político con origen en la Revolución Francesa. Se trataría de evitar que mediante contratos se reprodujesen las vinculaciones patrimoniales y los mayorazgos que caracterizaron el Antiguo Régimen. Esta última argumentación no está en el fondo de las decisiones del Tribunal Supremo, ni es una prohibición de orden público; y para alcanzar ese objetivo existen otros medios como las legítimas o la prohibición de establecer sustituciones fideicomisarias ilimitadas (*cfr.* art. 781 CC)¹⁰.

Pese a la rotundidad de la prohibición, reforzada por otros preceptos¹¹, el Código civil regula supuestos específicos de pactos

⁹ La STS de 20 de noviembre de 1915 (*JC*, 1915, 96) considera que el párrafo segundo del artículo 1271 CC «prohíbe los pactos sucesorios, aparte de otras razones de orden moral, por la principal de que derogan el principio jurídico sancionado en el 737, de que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables». Nos situamos, entonces, en el ámbito de los pactos institutivos, porque para justificar la prohibición de los pactos de renuncia se aducen otras razones, como la de evitar un consentimiento bajo presión, lo que provoca la crítica de que no se acierta a ver por qué se precisa de una protección especial del derecho a suceder, incluso contra la voluntad de su titular [GARCÍA RUBIO, M.^a P., y HERRERO OVIEDO, M., «Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el libro IV del Código civil de Cataluña. Apertura, innovación y alguna perplejidad», en AA.VV., *El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya (Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Gerona, 2009, p. 469].

¹⁰ Se considera que la razón de contener el Código civil napoleónico esta prohibición fue para evitar que la aristocracia pudiera mantener una posición dominante en materia de propiedad rústica y, en general, que prevaleciese la casa o algún tipo de corporación familiar sobre los individuos; resultando irrelevante el argumento moral de evitar el deseo de la muerte del otorgante (RAMS ALBESA, J., «Comentario a los artículos 1271 y 1272 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. Albaladejo García, M., y Díaz Alabart, S., t. XVII, vol. 1-B, arts. 1261 a 1280 del Código civil, EDERSA, 1993, p. 465). *Cfr.* sobre las sustituciones fideicomisarias los artículos 869 y ss. del *Code civil* francés y los artículos 692 y ss. del *Codice civile* italiano.

¹¹ Con una finalidad similar el artículo 658 CC establece que la sucesión voluntaria se defiende por testamento y el artículo 667 CC llama testamento al acto por el cual una

sucesorios¹². La doctrina de modo unánime acepta como tales los siguientes:

i) La promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero, dado que es irrevocable (*cf.* arts. 826 y 827 CC). Fuenmayor¹³ señala cuatro especies de mejora por vía paccionada: 1) Mejora realizada en capitulaciones matrimoniales, 2) Mejora por vía de donación ínter vivos, 3) Mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero¹⁴, y 4) Promesa de mejorar en capitulaciones matrimoniales, que consiste en realizar más adelante la mejora a favor de alguno de los descendientes.

ii) La donación de bienes futuros, solo para el caso de muerte, hecha en capitulaciones por los futuros esposos (art. 1341, ap. 2.º, CC). Es una excepción al artículo 635 CC, el cual establece que la donación no puede comprender los bienes futuros, que define como aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación¹⁵.

persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, ambos preceptos excluyendo implícitamente la sucesión contractual. El artículo 816 CC declara la nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre quien la debe y sus herederos forzosos (luego toda renuncia, tanto la unilateral como la bilateral, *cf.* TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de legítimas*, coord.ª TORRES GARCÍA, T. F., Atelier, Barcelona, 2012, p. 36), lo cual para LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, t. II, Bosch, 1973, p. 40, no es debido a la futuridad del derecho, sino al aspecto de contrato sucesorio del negocio, lo que ha impulsado al legislador a prohibirlo y no contempla el supuesto de la renuncia contratada entre los coherederos porque es un negocio nulo de pleno derecho que, por tanto, no presenta ninguna singularidad. Ya GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO, 1974, p. 350, consideraba que la renuncia o transacción sobre la legítima futura del artículo 646 del Proyecto de Código civil de 1851 podría entenderse comprendida en la prohibición de los pactos sobre la herencia futura previsto por el artículo 994 del Proyecto, aunque no holgase en el primero. También el artículo 991 CC prohíbe aceptar o repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien se haya de heredar; y, por último, el artículo 1674 CC establece que en la sociedad universal de todos los bienes presentes puede pactarse la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias, pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí sus frutos.

¹² ROCA SASTRE, R. M.ª, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, *Sucesiones*, presentados por Garrido de Palma, V., Thomson Reuters, 2009, p. 397, dice que «en la práctica carecen de importancia y los casos legalmente exceptuados de la norma general prohibitiva obedecen casi todos al interés que tuvieron los codificadores por sentar las bases de la unidad legislativa civil».

¹³ FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «La mejora en el sistema sucesorio español», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXII, Universidade de Coimbra, 1946, p. 263.

¹⁴ O sea, pacto dotal o nupcial, indica ROCA SASTRE, *Estudios...*, *cit.*, t. II, p. 406.

¹⁵ La donación de bienes futuros singularmente considerados es válida configurando la donación como obligacional, es decir, celebrar ahora el contrato por el que se regala algo que el donante asume la obligación de transmitir después, figura admitida por la doctrina y distinta de la promesa de donación que no admite la jurisprudencia; entonces, el artículo 635 CC habrá que interpretarlo como la prohibición de donar todos los bienes presentes y los futuros, que equivaldría a dejar ya al donatario la herencia futura (NIETO

Los pactos sucesorios entre esposos o futuros esposos se justifican por prevalecer el favorecimiento del matrimonio sobre otros intereses. Además es habitual referirse a los pactos sociales. El supuesto más recurrido es el artículo 1704 CC por el que se pacta que al morir uno de los socios la sociedad continuará entre los sobrevivientes, y los herederos solo tendrán derecho a una compensación del valor económico de la participación social. Es un caso dudoso y muy debatido por los autores¹⁶.

II. DESARROLLO

2.1 CARACTERES DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El estudio de las sentencias en que se plasma esta línea interpretativa que parece autorizar los pactos sucesorios referidos a atribuciones particulares nos permite establecer un marco de la cuestión conformado por la dimensión, el origen y el objeto de esta doctrina, que exponemos a continuación.

A) Se recoge en pocas sentencias

No obstante la claridad de la fórmula jurisprudencial y el recelo que suscita en un sector de la doctrina por cuanto parece admitir la sucesión a título particular en el ámbito del Código civil, en realidad son muy escasas las sentencias del Tribunal Supremo que aplican esta doctrina para resolver la cuestión objeto del litigio y, además, las pocas que se han dictado son antiguas. Solo podemos indicar las sentencias de 4 de mayo de 1910 (*JC*, 1910, 2), 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28), 16 de mayo de 1940 (*RJ*/1940/416 bis) y 25 de abril de 1951 (*RJ*, 1951, 1615); y las de 3 de marzo de 1964 (*RJ*/1964/1254) y 22 de julio de 1997 (*RJ*/1997/5807) que la citan *obiter*. No por ello esta doctrina deja de tener importancia, los Tribunales inferiores continúan aplicándola en casos recientes; así,

ALONSO, A., «Com. artículo 635 CC», en *Código Civil Comentado*, dirs. Cañizares Laso, A., *et al.*, vol. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 138). La expresión «bienes futuros» del artículo 1341 CC puede asimilarse al concepto de «herencia futura» (BARRÓN ARNICHES, P., *op. cit.*, p. 251).

¹⁶ El artículo 15 de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales y el artículo 110 de la Ley de sociedades de capital (RDLeg. 1/2010) regulan supuestos similares. Las posiciones doctrinales pueden verse en GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, *cit.*, t. I, pp. 1278-1280; en particular sobre el llamado pacto de tontina [de L. Tontii, banquero italiano del s. XVII inventor de esta clase de operaciones (diccionario RAE)], supuesto en el que los socios pactan la atribución de las participaciones sociales tras la muerte del socio entre los supervivientes, sin correspectivo alguno para los herederos.

como veremos, la SAP de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC/2002/2225) o la de Cuenca de 30 de octubre de 2009 (JUR/2009/497002). Por su parte, la Dirección General de los Registros y el Notariado mantiene esta tesis en la Resolución de 21 de enero de 1991 (RJ/1991/592) y admite la compraventa con pacto de supervivencia (Resolución de 19 de mayo de 1917, *Anuario DGRN*, 1917, p. 191).

Debe destacarse que el Tribunal Supremo repite esta doctrina con una connotación formularia, sin fisuras, y en otros tribunales se reitera igualmente con cita casi ritual de estas pocas sentencias, incluso no ajustándose siempre al supuesto de hecho que consideramos (p. ej., tratarse de una herencia ya causada).

B) Su origen es anterior al Código civil

La expresión utilizada por el Tribunal Supremo de que la prohibición de los contratos sobre la herencia futura «se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia (...), pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante» (Sentencia de 22 de julio de 1997, RJ/1997/5807) tiene un origen anterior al Código civil; el Alto Tribunal la utiliza, al menos, para resolver un caso anterior a su entrada en vigor.

En efecto, la Sentencia de 4 de mayo de 1910 (*JC*, 1910, 2) trata sobre un pacto contenido en una escritura de 30 de mayo de 1888 referido a Cataluña, donde regía la legislación romana, por el cual dos hermanas sujetaron a reversión recíproca y para después de su muerte unos bienes determinados. La recurrente alega que el pacto coarta su libertad de testar. La Sala razona que para coartar la libertad de testar no basta con el solo hecho de someter el cumplimiento de una estipulación a una condición determinada; que no cabe atribuir a tal convención el concepto jurídico de pacto sobre sucesión futura porque para llegar a esa calificación de tanta transcendencia es necesario que se trate «no de un grupo o conjunto parcial de bienes propios sino de herencia no diferida, de una universalidad patrimonial». El Tribunal Supremo afirma que estos principios informan la legislación romana recogida en la de Castilla, especialmente en la ley 33, tít. 11, Partida 3.^a (*sic*¹⁷). Considera,

¹⁷ El tít. 11 de la Partida 3.^a solo tiene 29 leyes (*cf.*: *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia*, t. II, Ediciones Atlas, Madrid, 1972, p. 811); tal vez la cita se refiera a la misma ley y título de la Partida 5.^a, que tiene por título «Cómo la promisión et el pleyto que facen los homes entre sí que hereden unos los bienes de los otros, non vale, fueras ende en casos señalados». Esta última prohíbe el contrato sobre la herencia universal salvo que lo «feciesen dos caballeros

asimismo, que la excepción de herencia no causada no se puede dar cuando se trata de «bienes adquiridos o con realidad presente, no por adquirir»; que es lícito contratar sobre cosas y hechos futuros; y que la libertad contractual permite estas estipulaciones que tienen un propósito lícito y moral.

Por tanto, de esta Sentencia sacamos la conclusión de que la doctrina de no considerar herencia futura los pactos con efectos *post mortem* sobre bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante no deriva del texto codificado en 1889, sino de la legislación de origen romana de aplicación con anterioridad a su entrada en vigor.

C) Se aplica a una diversidad de negocios

No hay un único tipo de negocio de atribución de bienes a título particular objeto de esta jurisprudencia. Unos son negocios de división y adjudicación de una herencia ya causada en la que los herederos pactan la atribución de bienes a uno de ellos sometiéndola a determinadas condiciones, como el supuesto anterior de la Sentencia de 4 de mayo de 1910 (*JC*, 1910, 2), en el que a una escritura de inventario y división de bienes se incorpora el pacto por el que las dos hermanas sujetan a reversión recíproca los bienes adjudicados para el caso de fallecer sin hijos en edad de testar. Es también el supuesto de la Sentencia de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) en el que mediante un contrato privado los dos únicos herederos, Manuel Calvo y Antonia Barcia, convienen que a esta le corresponden dos fincas rústicas y a Manuel el resto del capital, pactando que este transmitiría en testamento los bienes sobrantes, después de pagar las deudas, a favor de una sobrina, hija natural de Antonia, y que a los demás sobrinos, hijos también de Antonia, les reconocería alguna cosa. El Tribunal Supremo reconoce la validez del pacto porque «se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó, y no a la universalidad de la herencia que, según el artículo 659 del citado Código civil, se determina a la muerte del causante». Otro negocio es el de renta vitalicia al que se incorporan estipulaciones con efectos *post mortem*. La Sentencia de 16 de mayo de 1940 (RJ/1940/416 bis), para algunos el *leading case* de esta jurisprudencia, trata sobre un contrato por el que se transfiere un capital formado por diferentes bienes a cambio de la obligación de entregar una renta anual durante toda la vida, al que se incorporan las estipulaciones de pagar deter-

entre sí, queriendo entrar en alguna batalla ó en hacienda, si alguno dellos moriese en aquel lugar, el otro que fincase heredarle lo suyo si non dexase el muerto hijos legítimos» y, en el caso de sobrevivir ambos, era revocable (*op. cit.*, t. III, p. 272).

minados créditos de un hermano, y la de dar a la muerte de este determinada distribución de una cantidad igual al importe del capital que se recibe, con deducción de las deudas y gastos del mismo. La cuestión debatida es si la entrega de la cantidad igual al importe de los bienes recibidos a las personas que se indican en el contrato, al fallecer el causante, constituye un pacto sucesorio prohibido por el artículo 1271 CC. El Tribunal Supremo aplica la doctrina que estudiamos y concluye que «no está comprendido en la prohibición aludida, pues se dispuso de bienes conocidos y determinados propios con bastante anterioridad al contrato». En concreto razona el Alto Tribunal: «lo concertado en la cláusula discutida no fue la distribución entre sus hermanos, de no tener hijos, de los bienes cuyo dominio había perdido desde la fecha del contrato, sino la obligación que se aceptó de repartir una cantidad igual al importe de dichos bienes de su propio peculio»¹⁸.

La Resolución de 19 mayo 1917 (*Anuario DGRN*, 1917, p. 191) declara válido el pacto por el que dos esposos compradores por partes iguales y proindiviso de una finca establecen que a la muerte del primero el superviviente adquiere la totalidad de la finca. Es una compraventa con pacto de sobrevivencia, en la actualidad prevista por el legislador estatal¹⁹. Aunque referido a Cataluña, la Resolución se fundamenta en el Código civil: «no es aplicable al caso presente el (...) artículo 1271 del Código civil, que prohíbe celebrar contratos sobre la herencia futura, porque en la recíproca cesión otorgada por los compradores indicados, de igual manera que en la constitución de rentas vitalicias, alimentos, seguros, retiros, usufructos o combinaciones tontinas para auxilios a la vejez, se establecen pactos aleatorios que sin comprender directamente la herencia futura ni estar inspirados en un concepto técnico o vulgar de sucesión hereditaria, ni asumir el carácter odioso del pacto corvino²⁰, se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la

¹⁸ ESPEJO, *op. cit.*, p. 188, nn. 227 y 228, considera que los casos contemplados en las Sentencias de 4 mayo 1910, 8 octubre 1915 y 16 mayo 1940 no son pactos sucesorios prohibidos; también está de acuerdo en que no hay pacto sucesorio SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, 2003, pp. 15 a 17

¹⁹ El artículo 78.3, ap. 1.º, de la Ley 22/2003 concursal dispone que «los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado». El precepto se refiere básicamente a la institución de la compraventa con pacto de sobrevivencia regulada en el Derecho catalán y supone que la declaración de concurso viene a determinar la extinción del pacto de sobrevivencia (*cf.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Com. artículo 78», en *Comentarios a la legislación concursal*, dirs. Sánchez-Calero, J., y Guilarte Gutiérrez, V., Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 1599 y 1600).

²⁰ La denominación de *pactum corvinum* o pacto de los cuervos hace referencia a cómo estos animales se reparten los despojos del muerto (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 382). Es propio del pacto sobre la herencia de un tercero.

adquisición de derechos reales». La Dirección General razona que la reciprocidad de la cesión aleatoria implica la irrevocabilidad de los derechos constituidos por lo que es una condición resolutoria legal; y que «no cabe alegar que aquellos ven disminuida su capacidad para disponer por testamento, pudiendo enajenar fácilmente los bienes propios en perjuicio de los herederos forzosos, porque la constitución de un derecho real sobre bienes determinados, en consideración a la supervivencia, es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o el goce de una facultad *post mortem* sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de los actos entre vivos». Incluso dice, admitida la existencia de dos tipos de donaciones *mortis causa*, unas con entrega inmediata de bienes sujetas a condición resolutoria, otras realizadas en atención a la muerte sin entrega de bienes bajo condición suspensiva y para prevenir los efectos de la sucesión hereditaria, que no cabe incluir en este último grupo tal pacto, entre otras razones, por la creación de derechos reales irrevocables por la mera voluntad²¹.

2.2 CARACTERES DE LOS NEGOCIOS A LOS QUE SE APLICA ESTA JURISPRUDENCIA

Nos interesa ahora conocer cuáles son los elementos comunes a los negocios objeto de las sentencias que estudiamos para después poder compararlos con figuras que tengan una naturaleza sucesoria incontestable. Exponemos a continuación los siguientes rasgos: la

²¹ Esta cláusula fue considerada un pacto prohibido por la jurisprudencia francesa hasta la sentencia de la Corte de Casación de 3 febrero 1959, momento en el que la admite al calificarla como una adquisición bajo la condición de supervivencia y no como una cláusula de acrecimiento, según HERRERO OVIEDO, M., «Los pactos sucesorios en el Código civil francés», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Aranzadi, 2009, pp. 455 a 457, que expone esta evolución con las construcciones doctrinales elaboradas para que la cláusula escapara a la prohibición. La aleatoriedad derivada del desconocimiento de quién fallecerá primero, que permite fundar la onerosidad del pacto, se difumina si entre los compradores existe una gran diferencia de edad o uno sufre una enfermedad grave (*op. cit.*, p. 457, n. 71). En el Derecho español es admisible configurar la adquisición con sujeción a dos condiciones simultáneas: una resolutoria de premoriencia y otra suspensiva de sobrevivencia, de modo que la producción del evento (la muerte del primero) produce la adquisición del todo por el sobreviviente, retroactivamente, desde el día de la compra; el automatismo se refleja registralmente en que basta una nota marginal para hacer constar el cumplimiento del evento (art. 23 LH), sin necesidad de nueva inscripción a favor de quien corresponda, porque ese ya tenía inscrito su derecho, aunque suspensivamente (NÚÑEZ IGLESIAS, A., «La práctica francesa del pacto de tontina entre coadquirentes: utilidad y posibilidad», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, 2003, pp. 5442 y ss.).

irrevocabilidad, la onerosidad y la producción de efectos en vida del otorgante.

A) Irrevocabilidad

El carácter irrevocable opone los negocios objeto de la jurisprudencia que nos ocupa a las disposiciones de última voluntad, que son esencialmente revocables. Estas o se establecen en testamento, que es el acto unilateral por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos o parte de sus bienes (art. 667 CC), o en contrato, constituyendo entonces una donación por causa de muerte. En relación a estas últimas, el Código civil determina que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria (art. 620 CC). Producir efectos por muerte del donante significa que la transmisión de la propiedad opera a causa de su muerte²². La aplicación de las reglas de la sucesión testamentaria a las donaciones *mortis causa* supone que son revocables; que el donatario debe sobrevivir al donante, al igual que el heredero para serlo al causante; y, por último, exige el cumplimiento de las formalidades de los testamentos²³. La STS de 9 de junio de 1995 (RJ/1995/4912) se refiere a una donación de un padre en favor de un hijo de parte de una finca, con reserva de la facultad de disponer por cualquier acto y en cualquier tiempo respecto a la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedaría revocada la donación; además, el donatario no podía enajenar ni gravar la finca durante la vida del donante sin contar con autorización expresa de este. La Sala califica esta donación de *mortis causa* porque solo ha de tener efectos después de

²² ESPEJO, *op. cit.*, p. 26, califica la donación *mortis causa* como contrato sucesorio sobre bienes concretos. En cualquier caso, repárese en que la categoría dogmática de contrato sucesorio sobre bienes concretos es más amplia, pues abarca también los realizados a título oneroso.

²³ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9.ª ed., Tecnos, 2001, p. 319, con jurisprudencia que cita sobre la exigibilidad de estas formalidades. La STS de 28 de julio de 2003 (RJ/2003/6961) declara ineficaz una donación de 15 millones de pesetas de madre a hija porque, tratándose de una *mortis causa*, no cumple los requisitos de la plasmación de una voluntad en testamento, ni siquiera en el ológrafo, ya que el documento fue redactado sin autografía total, requisito indispensable. Sin embargo, VALLET entiende que los requisitos de forma que exige el Código civil para las donaciones entre vivos son suficientes para las *mortis causa* y que las reglas establecidas para la sucesión testamentaria tendrán plena vigencia en cuanto al régimen, es decir, a la regulación de la donación *mortis causa* una vez haya sido otorgada (VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, pp. 153 y 154; *cfr.* una nota crítica a su tesis en FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 1082-1095, para quien la naturaleza *mortis causa* de estas donaciones pide imperiosamente para ellas, no solo el régimen, sino incluso la forma de las disposiciones testamentarias).

morir el donante, sin transmisión de presente de la propiedad, ni siquiera a plazo que haya de transcurrir mientras viva, disponiendo para después de la muerte de algo que le pertenece. Considera que ello lleva consigo la sujeción de la donación a las disposiciones de última voluntad, sin cuyo cumplimiento no es válida, y la declara carente de validez. En consecuencia, todo negocio de atribución patrimonial a título gratuito cuyo resultado se produce por el fallecimiento de quien lo realiza ha de asimilarse a la donación *mortis causa*. Como dice Lacruz, el artículo 620 CC se aplica a las liberalidades que no producen ningún efecto antes de la muerte del causante²⁴. De esta manera el artículo 620 CC considera un supuesto de hecho correlativo al artículo 621 CC; el primero se refiere a «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante» y el segundo a «las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos»²⁵.

B) Onerosidad

Los pactos que estudiamos no constituyen liberalidades con efectos *post mortem*, sino negocios onerosos de atribución de bienes con modulación de los efectos en previsión de la muerte de uno de los otorgantes. La atribución de un bien particular a título gratuito que produce el efecto de la transmisión de la propiedad con motivo de la muerte del otorgante, como hemos dicho, debe calificarse de donación *mortis causa* con las consecuencias del artículo 620 CC; con transmisión de presente y posposición de la entrega de la posesión o del usufructo a la muerte del otorgante debe calificarse de donación entre vivos y regirse por las solemnidades que determina el artículo 633 CC, principalmente la de escritura pública cuando recaiga sobre un bien inmueble. Sin embargo, en las SS. de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) y de 5 de junio de 1985 (*RJ*/1985/3095) el pacto se formaliza en un documento privado, la SAP de Cuenca de 30 de octubre de 2009 (*JUR*/2009/497002) se refiere a un documento privado y, en general, en los supuestos

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 201.

²⁵ El antecedente del actual artículo 620 CC en el Proyecto de Código civil de 1851 era el artículo 942, que decía: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del donador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, *cit.*, p. 464, considera que el que dona todo o una parte alícuota de los bienes que deje al morir dispone de los bienes futuros en contra del tenor del artículo 953 de ese texto, y en el comentario a este artículo señala que la donación de bienes futuros es una especie de pacto sucesorio, prohibido por el artículo 944 (p. 470).

de estas sentencias no interesa la forma solemne porque no se está ante donaciones ínter vivos, sino ante otros negocios que no tienen causa de liberalidad, sino onerosa, como la división y adjudicación de una herencia ya causada (SS. de 8 de octubre de 1915, *JC*, 1915, 28, y 5 de junio de 1985, *RJ/1985/3095*).

C) Efectos en vida

En la Sentencia de 5 de junio de 1985 (*RJ/1985/3095*) los herederos de Cecilio, dos hijos y la viuda, pactan que el bazar Colón se atribuya a la madre, estipulando, tras consignar que la titularidad como arrendataria correspondería a la hija María del Carmen, que en el momento del fallecimiento de la madre, la hija adquiriría la propiedad de dicho establecimiento; y en tal momento se llevaría a efecto tasación pericial y la hija debería compensar a su hermano José Luis según lo que resultase. El Tribunal Supremo considera que no es un pacto sobre la herencia futura de la madre porque esta no adquiere el bien con libre disposición, sino con la condición de revertirlo a su muerte a favor de la hija. Y de modo extremo, rozando la contradicción en los propios términos, es el motivo por el que la Sentencia de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) llega a decir: «se consigna el compromiso del Calvo de testar en la forma que se expresa y que podrá llevar a efecto hasta su muerte, llegada la cual es cuando nacerá el derecho de doña Peregrina Barcia de reclamar contra los sucesores del mismo si aquel no hubiese cumplido tal convención». En esta sentencia el derecho nace de la convención y no del testamento. Es decir, si no testa en conformidad con la convención, el testador en cuanto a esa parte estaría disponiendo de bienes que no le pertenecen, por lo que el legítimo propietario podría reivindicarlos. No se trataría de una limitación a la libertad de testar, sino que el testamento tendría por objeto bienes que ya no le pertenecen al causante porque dispuso de ellos en vida. En puridad la cláusula testamentaria sería un reconocimiento o ratificación de una transmisión anterior²⁶.

Es aquí donde hay que situar las atribuciones de bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante, cuya transmi-

²⁶ De esta opinión es ESPEJO, *op. cit.*, p. 59: que la Sentencia de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) estime que no contraviene la prohibición el obligarse a dejar por testamento a determinada persona un conjunto de bienes determinados, propiedad ya de quien se obliga, no conduce a considerar válida la obligación de testar en un determinado sentido, sino a dar validez al contrato en cuanto que, al referirse a bienes concretos y determinados, ni precisa que exista el testamento para hacerlo valer, ni en realidad constituye un pacto sobre la sucesión, sino sobre bienes concretos. En la n. 59 nos ocupamos de la invalidez de la promesa de testar.

sión es irrevocable aun posponiendo su eficacia a la muerte del otorgante. No vulneran la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC porque los bienes a los que se refieren no llegan a formar parte del caudal relicto del otorgante.

2.3 COMPARACIÓN DE LOS NEGOCIOS PERMITIDOS POR ESTA JURISPRUDENCIA CON OTRAS FIGURAS

Cabe preguntarse cuál es la diferencia entre los contratos que estudiamos sobre bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante en el momento de su celebración y otros negocios que tienen carácter sucesorio incuestionable; por una parte, con los pactos sucesorios admitidos en el Código civil y, por otra, con el legado de cosa propia del testador, respecto al cual aquellos pactos comparten el carácter determinado de su objeto.

A) Con los pactos sucesorios regulados como excepción en el Código civil

Las excepciones del Código civil (arts. 826-827 y 1341) a la regla de la prohibición de los contratos sobre la herencia futura permiten que el objeto del pacto sea una universalidad y consista en bienes futuros, mientras que la jurisprudencia parece excluir, como estamos viendo, de la prohibición del artículo 1271 CC los pactos que tienen por objeto bienes determinados y existentes en el momento de su otorgamiento. En efecto, sobre los artículos 826 y 827 CC se considera que «en el supuesto de que el mejorante no señale la cuantía de la mejora, habrá que entender que será de un tercio siempre y cuando en el momento de hacer realidad la promesa no se señale otra cosa», y sobre el artículo 1341 CC «la tesis mayoritaria opta por entender de forma amplia la expresión, incluyendo tanto bienes concretos, como una cuota de ellos, así como la totalidad del patrimonio»²⁷.

²⁷ GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, cit., t. I, pp. 1273 y 1277 respectivamente. Por lo demás es discutido si la promesa abarca solo el tercio de mejora o puede extenderse también al tercio de libre disposición [v. argumentos y jurisprudencia en TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (II)» en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.ª Gete-Alonso, M.ª del C., t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1916 y 1917, que se posicionan a favor de que tal facultad quede referida al tercio de mejora].

Téngase presente que la mejora contractual tiene origen en el Derecho histórico español con la Ley 17 de Toro en 1505, mientras que la mejora testamentaria aparece en la *Lex Visigothorum*, introducida por Chindasvinto (BLASCO GASCÓ, F. de P., *La mejora irrevocable*, Tirant lo Blanch, 1990, p. 15). La referida ley de Toro prevé tres supuestos excepcionales de irrevocabilidad de la mejora entre vivos: la realizada con entrega de bienes,

¿Qué interés se protege prohibiendo un pacto sobre la universalidad? La institución contractual de un heredero no elimina la libertad del instituyente para disponer en vida de sus bienes, solo *mortis causa*. El favorecido adquiere una posición similar a la del legitimario: tiene derecho a una cuota de los bienes relictos si queda alguno. Es una mera expectativa. En cambio sí limita la libertad de testar porque supone una reglamentación para después de la muerte, momento hasta el cual no se puede determinar²⁸, y es irrevocable, pues de no serlo estos negocios se equipararían a las donaciones *mortis causa*²⁹.

En consecuencia, un contrato relativo a una cuota de la herencia, si es oneroso, está prohibido por el artículo 1271, ap. 2.º, CC, salvo las excepciones que acabamos de ver; por el contrario, si es gratuito, podría asimilarse o recalificarse como donación *mortis causa*, pues conforme al artículo 620 CC queda protegida la libertad de testar al conferirle el carácter de revocable propio de los testamentos.

No se puede donar una cuota del patrimonio en vida porque este solo es transmisible por la muerte, sin embargo podría admitirse la validez de una donación *mortis causa* de una cuota porque conforme al artículo 620 CC se regirá por las reglas de la sucesión testamentaria³⁰. La Resolución de 6 de marzo de 1997 (RJ/1997/2033)

haber entregado la escritura ante escribano y haber realizado la mejora en un contrato oneroso celebrado con un tercero (*op. cit.*, pp. 28 y ss.).

²⁸ El contenido de la institución de heredero excede lo patrimonial y limita la libre determinación del causante sobre la sucesión en aspectos de su esfera personal. El heredero –puntualiza LACRUZ– no continúa la personalidad del causante, pero sí, en parte, su esfera estrictamente personal, que pasa a ser suya, y el testador, que tiene facultad de nombrar heredero, en cambio no puede impedir, una vez nombrado, que se haga cargo de todas sus relaciones transmisibles por herencia, salvo los bienes y derechos patrimoniales transmisibles ínter vivos de que hubiere dispuesto a título de legado (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Estudios de Derecho privado común y foral*, t. II, *Obligaciones y Sucesiones*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales-Bosch, Barcelona, p. 407).

²⁹ GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, *cit.*, t. I, p. 1276, remarcan que no todas las hipótesis que el artículo 827 CC califica de mejora irrevocable son pactos sucesorios; en la entrega de bienes de presente mediante un contrato atributivo gratuito con pacto de mejora, no hay contrato sucesorio porque los bienes salen del patrimonio del mejorante y no formarán parte de su herencia; solo hay una orden de imputar esta entrega a la mejora. BLANCO GASCÓ, F. de P., *op. cit.*, p. 150, considera que la mejora en cosa determinada sin entrega de presente conlleva que el mejorado haya adquirido un derecho que integra su patrimonio y pueda transmitirlo a sus herederos y negociar con él (no con el título de mejora, sino con su objeto) y se halla facultado para impugnar los gravámenes posteriores y los actos de disposición sobre este; por su parte, el mejorante debe conservar la cosa con la diligencia del artículo 1094 CC.

³⁰ El objeto propio del Derecho sucesorio es la universalidad de la herencia, que no equivale al patrimonio en cualquier momento distinto de la muerte (ESPEJO, *op. cit.*, p. 87). Para algunos autores es imposible un contrato de donación que se refiera a la herencia futura en su conjunto no solo por el artículo 1271, ap. 2.º, CC sino por el artículo 635 CC (*ibídem*, p. 187 y n. 225), mientras que otros, partiendo de que no les son aplicables a las donaciones *mortis causa* los artículos 634 y 635 CC, sostienen que son posibles las donaciones *mortis causa* cuyo objeto fueran los bienes existentes a la muerte del donante (VALLET, *op. cit.*, pp. 151 y ss.).

trata sobre una donación entre esposos, ambos españoles, ante un notario francés del lugar de residencia, por la cual el esposo dona a la esposa, en el caso de que le sobreviva, la plena propiedad de todos los bienes y derechos que compongan su sucesión cualquiera que sea el lugar en el que estén situados. La Dirección General considera válido el contenido del pacto por las siguientes razones: *i)* No media ninguna contraprestación causalizadora que a favor del donante asuma el beneficiario³¹; *ii)* La disposición efectuada es revocable *ex* artículo 620 CC pese a concurrir la aceptación del beneficiario, dado que es una donación que ha de producir sus efectos a la muerte del donante; *iii)* La aplicación del régimen de la sucesión testamentaria determina la irrelevancia jurídica de la aceptación anticipada del donatario (*cf.* art. 991 CC); y *iv)* La presencia del beneficiario en el otorgamiento del testamento no es causa de nulidad. La Dirección General concluye que no hay razón para ignorar jurídicamente la voluntad dispositiva del causante, considerándolo un auténtico negocio testamentario, si reúne las exigencias de forma previstas para la validez de los testamentos, cuestión que no entra a valorar³².

B) Con el legado de cosa determinada propia del testador

Un contrato sucesorio puede definirse como «aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vincu-

³¹ De haberla, sería un contrato a título oneroso prohibido por el artículo 1271, ap. 2.º, CC al tratarse de una disposición de la universalidad de los bienes.

³² Porque no está relacionada directamente con la nota impugnada (art. 117 Reglamento hipotecario). CHECA MARTÍNEZ, M., «Nota a la Resolución DGRN de 6 de marzo de 1997», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998-1, pp. 325 y 326, dice que tanto sea aplicable el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 para determinar la ley aplicable, como en su defecto el artículo 11.1 CC, el resultado es la alternatividad entre la ley española y la francesa, salvo que el artículo 11.2 CC se interprete como excepción al anterior y no como mera previsión complementaria, en cuyo caso sería la ley española en exclusiva. La ley francesa establece la validez de las donaciones *mortis causa* sin necesidad de que adopten la forma de las disposiciones testamentarias, y el notario francés no ha de cumplir los requisitos exigidos por el Reglamento notarial español; de aplicarse la ley española, este autor se inclina por considerar suficiente la forma solemne exigida para las donaciones, es decir, escritura pública para los inmuebles, sin necesidad de revestir la forma de las disposiciones testamentarias, pues en otro caso no se distinguiría en la práctica la donación *mortis causa* del legado.

Como hemos indicado antes, la existencia de las donaciones *mortis causa* tras el Código civil depende de si le son aplicables los requisitos formales de los testamentos, en cuyo caso desaparece como donación y sólo es posible como disposición testamentaria, por tanto unilateral (*cf.* los argumentos y relación de sentencias en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 607 y ss., que se suman a la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria de su actual desaparición como norma general). Por excepción, el artículo 1341, ap. 2.º, CC es la única donación *mortis causa* prevista en el Código civil, pues se otorga para bienes futuros que existan al morir el donante, que por donación dispone de ellos para cuando muera (*ibídem*, p. 616).

lada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación, por tanto, por el causante de modo unilateral»³³. Parece exigirse un cierto contenido irrevocable; en otro caso, no habría vinculación y, por tanto, no tendría carácter contractual³⁴. En cuanto a «ordenación *mortis causa*», supone el establecimiento de reglas para distribuir el caudal relicto, el cual solo se determina a la muerte del testador. En nuestra opinión, para poder hablar de contrato sucesorio su objeto tiene que llegar a formar parte del caudal relicto, y si el contrato recae sobre un bien existente en el momento de celebrar el acuerdo, pero que no llega a integrarse en la herencia porque en el momento de la muerte ha dejado de pertenecer al causante y no se transmite a sus sucesores, no habrá pacto sobre la herencia futura. En contra se podría aducir que en el legado de cosa determinada propia del testador con la muerte del causante se transmite la propiedad y los riesgos al beneficiario, aunque no su posesión (*cfr.* art. 882 CC), y nadie discute que esta figura tiene carácter sucesorio³⁵. Por ello nos interesa ver qué es lo que diferencia a los contratos que estudiamos de este tipo de legado. Podemos señalar los siguientes caracteres distintivos:

i) El contrato sobre una cosa determinada existente en el patrimonio del disponente si es oneroso, no se computa para el cálculo

³³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, I, *cit.*, p. 464.

³⁴ FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *La mejora...*, *cit.*, p. 269, considera que el pacto sucesorio no exige esencialmente la irrevocabilidad, sino que simplemente habrá pacto sucesorio cuando para conocer quién es heredero o legatario debamos acudir a un contrato. Es más, algunos autores parten de que no hay pacto sucesorio cuando desaparece la capacidad de disposición *inter vivos* del otorgante, mientras que es una premisa para su existencia la limitación de la capacidad de disposición *mortis causa* al vincularla a la voluntad del otro otorgante, de tal modo que un testamento posterior no puede dejar sin efecto el pacto sucesorio (*cfr.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, *cit.*, t. I, p. 1281). SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.^a ed., Madrid, 1899, p. 213, considera que «la justicia (...), conforme al Derecho natural, de los pactos sucesorios es evidente» y su único peligro pueden ser las cesiones lesivas, por lo que defiende establecer como precaución para su validez, no recursos rescisorios por lesión, sino que en nada limite la disposición *inter vivos* al otorgante de pacto sobre su herencia futura, la enajenación a un tercero que de su expectativa pueda hacer aquel en cuyo favor se otorgó. De forma expresiva, refiriéndose al heredamiento o pacto de institución, dice ROCA SASTRE, R. M.^a, *Estudios...*, *cit.*, t. II, p. 400, «el instituyente no abdica de su soberanía, sino que sigue siendo dueño de su patrimonio; solo queda limitado para donar, nombrar nuevo heredero o vender de manera fraudulenta».

³⁵ En este legado se produce un doble efecto: el real, por el traspaso *recta via* de la cosa o derecho legado desde el patrimonio del causante al del legatario (el legado se adquiere con la delación; ni un solo momento ha estado la cosa en dominio del heredero, decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861), y el obligacional, con un doble contenido, por una parte transferir la posesión, accesorios y frutos, y por otra custodiar la cosa conforme dispone con carácter general el artículo 1094 CC (GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución de toda la herencia en legados*, Civitas, 1989, pp. 160 y 164). En todo caso, el legatario tiene una acción real a su favor sin necesidad de adquirir la posesión porque el artículo 609 CC no exige tradición en la sucesión testada (*cfr.* REQUEIXO SOUTO, X. M., «Clases de legados», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 1153).

de las legítimas, mientras que cualquier tipo de legado, por su carácter de liberalidad exige la computación. En consecuencia, los legados están sujetos a la posible reducción para satisfacer la legítima (art. 817 CC), a diferencia de los bienes objeto de los pactos de atribución particular *post mortem*, que no lo estarán. El distinto régimen radica en la onerosidad pues, si se tratase de una donación computaría igual que los legados y estaría también sujeta a la eventual reducción; en cuanto a la prelación, las donaciones se respetan mientras pueda pagarse la legítima reduciendo o anulando las mandas testamentarias (art. 820 CC).

ii) El legatario de cosa determinada está sujeto a responsabilidad por las deudas de la herencia. En la herencia beneficiaria «el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores» (art. 1027 CC); si pagados los legados aparecieran otros acreedores, estos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles (art. 1029 CC)³⁶. Por el contrario, los contratos que estudiamos tienen por objeto bienes que no están sujetos a la responsabilidad por deudas hereditarias, mientras que las donaciones ínter vivos responden del pago de la legítima y no de las deudas, salvo que se haya tratado de enajenaciones en fraude de acreedores³⁷.

iii) Tanto en el legado de cosa propia del testador como en un pacto de atribución *post mortem* de un bien existente en el patrimonio del otorgante, el efecto de la transmisión-adquisición puede fijarse en el momento de la muerte del disponente, por la ley en un caso y por la voluntad en el otro. Lo que necesariamente se produce en momentos distintos es el nacimiento de ese derecho. En el legado testamentario coincide también con la muerte del testador, momento en el cual es eficaz el testamento; mientras que en el pacto, si la atribución es pura, el nacimiento del derecho se produce al tiempo de perfeccionarse el negocio³⁸.

³⁶ Preceptos de aplicación a cualquier procedimiento de liquidación hereditaria; la subordinación de los legatarios respecto de los acreedores responde al principio *nemo liberalis, nisi liberatus* (GARCÍA RUBIO, M.^o P., *La distribución...*, cit., p. 204). Obsérvese que en los pactos de que nos ocupamos en este trabajo el beneficiario más apariencia presenta de poder ser calificado a la muerte del otorgante como acreedor que como legatario.

³⁷ La Corte de Casación francesa en Sentencia de 6 de febrero de 1996 declaró nulo un pacto de reconocimiento de deuda que se pagaría a la muerte del deudor con un quinto de su herencia. Fue decisivo que la cantidad de la deuda hubiera de determinarse dependiendo del caudal relicto; si la cantidad fuera el equivalente a la quinta parte de sus bienes actuales, habría sido considerado como un pacto *post mortem* válido, por haber un derecho nacido en vida del deudor del que solo se retardaba su exigibilidad (HERRERO OVIEDO, M., *Los pactos...*, cit., p. 456, n. 69).

³⁸ El legatario de cosa propia del testador goza de las acciones que correspondían al testador y de una personal *ex testamento* frente a la persona gravada dirigida a exigir el

iv) Si el legatario premuere al testador, el legado queda vacante y se integra en la herencia: cuando el legado no tiene efecto por cualquier causa se refunde en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer (art. 888 CC). En los pactos que estudiamos el derecho se transmite ínter vivos al patrimonio del beneficiario y, por tanto, en caso de su muerte a sus eventuales herederos.

Desde un punto de vista dogmático, se considera que el contrato sucesorio tiene como causa la muerte del otorgante, por lo que nada adquiere el llamado antes de este evento, ni por tanto, si le premuere³⁹. Lo que no impide, al igual que en la institución de heredero testamentario voluntario, que en el contrato sucesorio puedan preverse sustitutos para el caso de que el instituido no llegue a tener la condición de heredero.

v) El beneficiario de un pacto de atribución patrimonial *post mortem* tiene derecho a la posesión desde la muerte del otorgante. Como el bien no forma parte del caudal relicto del otorgante, no se transmite la posesión al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (posesión civilísima, *cfr.* art. 440 CC). En cambio, en el legado de que tratamos el favorecido no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o persona facultada para darla (v. art. 885 CC). Esto se explica, además de por la adquisición de la posesión civilísima de la herencia por parte del heredero (art. 440 CC), por el respeto a la integridad de las legítimas y demás derechos de posibles interesados⁴⁰.

cumplimiento de la disposición amparada en el artículo 885 CC (v. GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución...*, *cit.*, p. 158, con jurisprudencia). En los supuestos que comparamos ambos gozarán de las acciones reales correspondientes al propietario y de las personales derivadas respectivamente del testamento y del contrato. El testamento crea un legatario y el contrato un acreedor de la herencia.

³⁹ *Cfr.* ESPEJO, *op. cit.*, p. 28, n. 14. Este autor considera que los Derechos civiles autonómicos admiten la modalidad del pacto sucesorio con efectos actuales o inmediatos debido a que su regulación es una evolución a partir de la donación, por lo cual no se ajustan a una estricta dogmática (*ibídem*).

⁴⁰ La Resolución de 25 de mayo de 1971 (RJ/1971/3402) establece que en el caso de un legado de la esposa en favor del esposo con autorización de que tome la posesión de la finca sin que haya de pedírsela a los herederos, tal autorización no puede tener aplicación en el supuesto de que existan legitimarios, dado el carácter imperativo de las normas que protegen sus derechos.

Es indiferente que se sostenga que por el artículo 440 CC se transmite la posesión al heredero, la llamada civilísima (*cfr.* STS de 3 de junio de 1947, RJ, 1947, 902), o que no se transmite la posesión, que es un hecho, sino solo las consecuencias jurídicas de la posesión del causante (*cfr.* ROCA SASTRE, R. M.^a, «La adquisición hereditaria de la posesión», en sus *Estudios sobre sucesiones*, t. I, Instituto de España, Madrid, 1981, pp. 167 y ss.); lo que nos interesa es contrastar la diferente posición jurídica del beneficiario del pacto y del legatario en relación al heredero.

En definitiva, supuesto que legado contractual será lo que diga el legislador que es en cada ordenamiento concreto que lo regule, cabe plantearse si los caracteres de la figura del legado testamentario pueden darse en un contrato dentro de un sistema que no lo contempla de forma específica como el Código civil. De entrada, un contrato a título gratuito por el que se atribuye una cosa propia en favor de otro para el momento de la muerte del otorgante-causante, que es el negocio jurídico que reflejaría esta hipótesis, debe ser calificado, conforme al artículo 620 CC, como una donación *mortis causa* y declararse esencialmente revocable⁴¹.

2.4 VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS DE ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL *POST MORTEM*

El Código civil admite los contratos traslativos de facultades patrimoniales que producen sus efectos con la muerte del otorgante; p. ej., las donaciones con cláusula de reversión a favor del donante o de terceros (art. 641 CC), las condicionadas a la supervivencia del donatario, las realizadas reservándose el usufructo vitalicio o las que contienen una cláusula de retención hasta la muerte. En todos estos casos hay una transmisión *inter vivos* irrevocable y solo se pospone a un momento futuro la entrega de la posesión o de facultades del dominio (v. g., el usufructo)⁴². Pero hemos de insistir en que los bienes objeto de estos negocios no llegan a formar parte del haber hereditario del otorgante y, por ello, no son contratos sobre la herencia futura⁴³.

La Resolución de 21 enero 1991 (RJ/1991/592) contiene una explicación clara sobre este punto. Un esposo con el consentimiento del cónyuge –los disponentes son, por tanto, los dos cónyuges

⁴¹ ESPEJO dice que los posibles contratos sucesorios sobre bienes concretos no cabrían más que a través de la donación o de liberalidades con efecto equivalente. Si surten efectos desde que se concluyen no son propiamente contratos sucesorios; y si no los surten, deben regirse por las normas de la sucesión testamentaria por no existir en nuestro ordenamiento otra forma de disponer de los bienes *mortis causa*. No hay un régimen propio de los contratos sucesorios, ni tampoco de las donaciones *mortis causa* (*op. cit.*, pp. 187 y 188, n. 226).

⁴² GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Donaciones por causa de muerte», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 1222. En la donación con reserva de usufructo pueden aumentarse los derechos del usufructuario en el título constitutivo conforme autorizan los artículos 467 y 470 CC.

⁴³ En las donaciones con cláusula de reversión a favor de un tercero cumplida la condición o el plazo no nace para el donatario una mera obligación de entregar sino que se opera un cambio de dominio *ipso facto* en virtud de la realización del hecho reversional (NIETO ALONSO, A., «Com. artículo 641 CC», en *Código...*, *cit.*, vol. II, pp. 176 y 177). Cuando el hecho reversional es la muerte del donatario la transmisión también es automática, sin que sus herederos adquieran facultades dominicales sobre el bien. Lo mismo ha de entenderse que sucede en los pactos que estudiamos.

(*cf.* art. 1378 CC)–, dona la nuda propiedad de dos fincas gananciales a la hija «reservándose para sí el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo con su esposa». El registrador inscribe la donación y deniega la del pacto de atribución sucesiva del usufructo porque al tratarse de un bien ganancial –argumenta– debería extinguirse con la sociedad de gananciales. Afirma que la única calificación que admite este pacto es de donación entre cónyuges *mortis causa* y, por tanto, la denegación de la inscripción se impone por imperativo de los artículos 620 y 1271 CC. Por su parte la Dirección General rechaza la calificación de donación *mortis causa* porque en esta el objeto donado no queda vinculado en vida del donante, conservando la libre disposición; explica que existe una donación entre vivos en la que hay una situación de pendencia dado que la muerte es en la intención del donante término del pago: «como ya decía Antonio Gómez para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa “te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte”, “te doy tal finca reteniendo el usufructo durante su (*sic*) vida”». La Dirección General indica que cabe una donación entre vivos no solo cuando se confiere la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra (art. 640 CC), sino también cuando el donante de la nuda propiedad retiene para sí el usufructo (*cf.* arts. 492 y 634 CC) o cuando el donante confiere el usufructo a otra persona, pero solo para después de la muerte del donante, que queda como primer usufructuario. En general cabe cualquier combinación parecida siempre que haya intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que solo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente. En relación al artículo 1271 CC la Dirección General es terminante: «no cabe hablar en la hipótesis del caso de contrato sobre herencia futura, pues nada se estipula en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir, sino solo sobre bienes concretos y ya existentes. Si su titular podía disponer de ellos enteramente con no menor razón podrá disponer solo de derechos limitados, aunque su plena efectividad quede condicionada o aplazada a la muerte del disponente. En estos casos, como ocurre con la donación de nuda propiedad, la transmisión se produjo en vida del disponente y la muerte solo significa la actualización de las potencialidades del derecho ya transmitido»⁴⁴.

⁴⁴ Dice RIVERO HERNÁNDEZ, F., a propósito de esta resolución («Comentario a la Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 26, 1991, p. 381) que el usufructo conjunto es un solo usufructo, aunque tenga varios titulares actuales, con la principal particularidad de que, fallecido uno de los titulares, continúa en la cabeza del otro u otros; porción del fallecido que pasa en virtud de lo previsto

El Código civil permite hacer, como estamos viendo, donaciones con una clara finalidad sucesoria. La donación con reserva del usufructo o la de entrega *post obitum* tienen el objetivo de distribuir los bienes para después de la muerte. Las funciones son similares a la de los pactos sucesorios y el ordenamiento las admite –nótese– sin recelo⁴⁵.

En esta línea la STS de 27 de marzo de 1957 (*RJ*, 1957, 1573) califica de donación entre vivos la realizada en capitulaciones matrimoniales, originando un crédito desde el otorgamiento, de exigibilidad diferida hasta la muerte de ambos donantes, por lo que constituye una deuda de la herencia, precisando que «no dejaría de ser deuda de la herencia porque solo fuera exigible después de la muerte del deudor, circunstancia que no exonera de serlo, ya que al ocurrir ese acontecimiento, la transmitió a sus herederos [la deuda]». En definitiva, a los efectos de este estudio, podemos concluir que el instituido en un pacto sucesorio a título particular en el régimen del Código civil ejercerá su derecho en la sucesión en una posición similar a la de los legatarios testamentarios, mientras que el beneficiario de una atribución patrimonial *post mortem* la ejercerá contra la herencia en su condición de acreedor.

2.5 LIBERTAD DE TESTAR Y HERENCIA FUTURA

Las objeciones a los pactos que nos ocupan se centran, como hemos dicho, en la posible limitación de la facultad dispositiva del testador. Hay que decir que la libertad de testar se concibe, en una primera aproximación, como la permisión para disponer por testamento del propio patrimonio sin reserva de bienes o equivalente a favor de determinadas personas; en un sentido técnico, implica asimismo la libertad de donar y desprenderse de los propios bienes en vida sin contraprestación⁴⁶. Esta concepción se obtiene al contraponer la libertad de testar con su límite legal más evidente, que son las legítimas⁴⁷. Es decir, la legítima es un límite para todas las dis-

en el título constitutivo, con el régimen específico del artículo 521 CC, y «excluida, por tanto, del régimen sucesorio *mortis causa* a que esté sujeta la herencia del fallecido».

⁴⁵ ALBÍEZ DOHRMAN, K. J., *Negocios atributivos post mortem*. Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 24 y 25, partiendo de que la razón de ser de los negocios de atribución *post mortem* es permitir que su objeto no entre después en el caudal relicto del otorgante, al contrario de la sucesión por causa de muerte que implica una reglamentación del caudal relicto, destaca –y desarrolla– dos vías contractuales para lograr este efecto sin que entre en colisión con el sistema sucesorio: la donación entre vivos condicionada a la supervivencia del donatario y la estipulación a favor de tercero a causa de muerte.

⁴⁶ Cfr: LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 420.

⁴⁷ La condición de legitimario tiene en principio origen legal porque no depende de la voluntad del causante, con la particularidad de que en los casos de fecundación *post*

posiciones gratuitas, tanto *mortis causa* como ínter vivos, porque el patrimonio sobre el que se calculan es la suma del activo líquido hereditario más las atribuciones gratuitas realizadas en vida (*relictum* más *donatum*, v. art. 818 CC⁴⁸). Esto no implica que el testador que haya entregado en vida bienes, a su juicio, suficientes para pagar a sus legitimarios, tenga libertad absoluta para disponer en su testamento, debido a que el cálculo de sus legítimas debe hacerse referido al momento de su muerte, y entre el otorgamiento del testamento y su fallecimiento puede haber incrementos patrimoniales que eleven la cuantía de las legítimas, convirtiendo en inoficiosas sus disposiciones testamentarias patrimoniales⁴⁹. Pese a este

mortem, al requerir el consentimiento del varón causante, se transmuta en un supuesto que puede considerarse voluntario (v. TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)» en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1844 y 1845). Por lo demás, a efectos prácticos, hay otras limitaciones a la libertad de testar en cuanto que la ley puede prever que bienes del difunto pasen necesariamente a otras personas; son el derecho de reversión del artículo 812 CC, la reserva troncal del artículo 811 CC y la reserva binupcial de los artículos 968 y ss. CC (ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, 9.^a ed., Edisofer, 2008, pp. 400 y ss., que las titula «otras limitaciones a la libertad de disponer *mortis causa*»). Existe, con todo, una diferencia importante en relación a las legítimas: las reservas recaen sobre bienes determinados. Aceptando el criterio que seguimos en este trabajo de que para hablar de pacto sobre la herencia futura es necesario que tenga por objeto un bien que forme parte del caudal relicto, como en estos casos los bienes no se llegan a integrar en el *relictum* del reservista, en puridad no se limitaría su libertad de testar (*cf.* supra STS de 5 de junio de 1985, RJ/1985/3095); en cambio, en las legítimas sí porque se fijan por cuotas. Dice LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, 4.^a ed. revisada por RAMS ALBESA, J., Dickinson, 2009, comparando reserva y legítima, que esta no recae sobre los bienes singulares, sino sobre el patrimonio personal general del causante; se calcula no sobre los bienes que pueda ganar o perder durante su vida, sino sobre lo que resta a su muerte más el *donatum*, mientras que en la reserva unos bienes individualizados y concretos quedan vinculados a ciertos sucesores y con una obligación superior a la de la legítima, como la obligación de conservar los inmuebles (p. 447); y aun que el reservatario «recibe el caudal reservable, en principio, como procedente del causante de la reserva, y por tanto con responsabilidad por sus deudas y no por las del reservista» (p. 450).

⁴⁸ La tendencia actual es limitar temporalmente las donaciones computables para el cálculo de la legítima; el artículo 451-5 del Código civil de Cataluña las restringe a las otorgadas por el causante en los diez años anteriores a su muerte (*cf.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia», en *Tratado de legítimas, cit.*, pp. 219 y 220, que resalta esta línea en la legislación alemana, la cual tras la reforma en 2009 del parágrafo 2325.3 BGB mantiene la computación de las donaciones hechas en los últimos diez años, pero reduciendo el importe de la computación a razón de un diez por ciento cada año transcurrido desde la donación).

⁴⁹ Se ha planteado si la legítima tiene entidad para constituir una tercera forma de llamamiento al lado de la testamentaria y la intestada dado que el texto del Código civil solo alude a estas últimas como modo de adquirir los derechos reales (art. 609) y en el artículo 658 se refiere a la sucesión voluntaria, que llama testamentaria, y a la dispuesta por la ley, que llama legítima, de acuerdo con TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 183 y ss., donde expone las diferentes posiciones doctrinales y para quien el sistema legitimario del Código civil no tiene sustantividad propia para construir con carácter general una especie de sucesión legal entre la testada y la intestada; si bien, sí como título específico de adquisición *mortis causa* en los casos de incumplimiento de la legítima, pues la vocación legitimaria, a

significado, cuando en este trabajo nos planteamos que un pacto relativo a un bien determinado pueda limitar la libertad de testar es desde otra perspectiva. No se trata de determinar la cuota sobre la que tiene libertad de disposición el testador, sino si es lícito que sobre un bien que el causante conserva en su patrimonio hasta su muerte no tenga facultad para regular su atribución por testamento porque ya ha dispuesto de él con anterioridad en un contrato. Como acabamos de ver, la respuesta afirmativa a esta cuestión viene dada por la validez de las atribuciones patrimoniales *post mortem*.

Abundando en esta última perspectiva suele destacarse el carácter formal de la libertad de testar, que se manifiesta en la posibilidad de revocar las disposiciones de última voluntad (art. 737 CC). El testador es libre, se dice, porque en un momento futuro puede establecer otro régimen para su herencia, luego un contrato que en vida le impida esa mudanza aparece como contrario a la libertad de testar. Y este es el origen de una confusión: la mutabilidad de una ordenación patrimonial es un presupuesto de la existencia de los actos de última voluntad que, dada su valoración positiva, tiende a extenderse a los actos *inter vivos* si los efectos se suspenden hasta el momento del fallecimiento del otorgante; cuando es justamente el principio contrario, la inmutabilidad, lo que hace posible la existencia de los contratos y, por ende, de la libertad de contratación⁵⁰. Por lo tanto, una donación entre vivos o un contrato oneroso de atribución de bienes no limitan la libertad de testar por el hecho de que el patrimonio que pueda ser distribuido por testamento sea menor. Estos negocios están amparados por la libertad de pactos (art. 1255 CC), que implica la posibilidad de vincularse en vida tanto con entrega de presente como *post mortem* al momento del fallecimiento.

La admisibilidad de los pactos que estudiamos en esta jurisprudencia suscita, además, otras cuestiones. En la doctrina es frecuente afirmar que un contrato no deja de ser sucesorio cuando versa sobre bienes determinados⁵¹. Aceptando que este aserto dogmático se pueda aplicar al régimen dispuesto por el Código civil, una tesis justifica la jurisprudencia que es objeto de estudio

diferencia de la abintestato, llama al perjudicado y no a los restantes sucesores legales, además se abre en la medida del perjuicio, manteniéndose el testamento en lo restante; casos de vocación legitimaria que se amplían con las sucesivas reformas legislativas (*cf.* TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de legítimas*, cit., pp. 32-34). La jerarquía de normas en sede sucesoria es, en cualquier caso, rigurosa: legítima, sucesión voluntaria y abintestato (TORRES GARCÍA, T. F., *Legítima, legitimarios...*, cit., p. 190).

⁵⁰ Los contratos son obligatorios desde su perfección (art. 1258 CC) y su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC).

⁵¹ V. *supra* ap. 1.1.

en este trabajo mediante el argumento de que la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC no se refiere al contrato sucesorio en general, sino al contrato sobre herencia futura⁵². Es un criterio diferente al de los autores que comprenden dentro de la expresión «herencia futura» tanto un objeto particular como uno universal. Por estos motivos nos interesa precisar qué se ha de entender por «herencia futura».

El calificativo de «futura», sin duda, es pertinente porque excluye de la prohibición la herencia ya causada, respecto a la cual no se debate la admisibilidad de todo tipo de pactos; así, p. ej., el ya heredero puede vender su cuota hereditaria⁵³. Es por tanto el término «herencia» el que debe ser objeto de interpretación para determinar si la prohibición sobre su contratación hace referencia solo a un objeto universal o comprende también uno particular. De entrada la palabra «herencia» es utilizada, entre otros, por los artículos 33 CE, 658 y 1271 CC. En la norma fundamental se reconoce el derecho a la herencia cuyo contenido se delimitará por la función social, de acuerdo con las leyes. El contenido esencial de este derecho constitucional es la libertad de testar o, en su caso, de contratar *mortis causa*, y el derecho a suceder de los parientes, que puede ser delimitado por el legislador⁵⁴. No se duda de que el término «herencia» en la Constitución de 1978 equivale a sucesión *mortis causa* en general, abarcando el título universal y el singular⁵⁵. El Código

⁵² ESPEJO, *op. cit.*, pp. 56 y ss., considera que el artículo 1271, ap. 2.º, CC prohíbe el acto contractual cualificado objetivamente: el referido a la herencia futura, puesto que solo habla de «herencia» y no de bienes concretos y determinados que se encuentren en el patrimonio del contratante. Con todo, advierte que «tener un objeto singular no garantiza que un contrato sea *inter vivos*, pues para ser tal debe tener alguna efectividad en vida del disponente, aunque no debe exigirse la producción *ante mortem* del efecto propio y típico del contrato, sino que basta la producción de algunos efectos, aunque sean los propios del negocio condicional o a término suspensivos, y aunque la condición sea potestativa para el disponente, del tipo no revocar o no disponer» (*op. cit.*, p. 189).

⁵³ «El concepto de herencia futura viene referido a aquella en que no se ha producido la muerte del causante» dice la STS de 15 de abril de 2011 (RJ/2011/2313), que se estudia en el ap. 3.2. El artículo 1067 CC regula el derecho de retracto entre herederos y el artículo 1531 CC la venta de herencia.

⁵⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La sucesión en general», en *Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, coord. Capilla Roncero, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 31 y 32; es decir, entre las contradicciones del Derecho sucesorio polarizadas alrededor del individuo, la familia y el Estado, la garantía constitucional de la herencia preserva al individuo un ámbito de poder sobre sus bienes más allá de su muerte (*id.*, «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 3, 1994, p. 50); véase del mismo autor, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988. Esta referencia constitucional es interpretada como garantía de la propiedad privada, que seguirá siendo privada cuando fallezca el propietario y se convierta en herencia (DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *Diario La Ley*, n.º 7675, 2011, p. 1).

⁵⁵ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «El Derecho de sucesiones y las normas constitucionales», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1150.

civil en las disposiciones generales sobre las sucesiones presenta en el artículo 659 una definición de herencia como objeto de la sucesión: «todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte»⁵⁶. Este concepto de herencia se identifica con el patrimonio del causante, la universalidad o conjunto de derechos y obligaciones que son objeto de la sucesión⁵⁷. El término «herencia» con el significado de universalidad está presente en el artículo 1674, ap. 2.º, CC, que prohíbe que los socios pacten que se hagan comunes los bienes adquiridos posteriormente *por herencia, legado o donación*, diferenciando, pues, entre adquisición por herencia y por legado. Por tanto es defendible la interpretación de que el artículo 1271, ap. 2.º, CC prohíba solo la contratación sobre la universalidad del *relictum*, lo cual, sin embargo, a nuestro juicio no es suficiente para aceptar la validez de los contratos sucesorios sobre bienes particulares en el ámbito del Código civil porque otros preceptos los vetan, como veremos a continuación.

En efecto, es mayoritaria la tesis según la cual la nulidad del pacto institutivo en una cuota o en un bien particular de la herencia, además de la prohibición del artículo 1271 CC, proviene de que el Código civil fija un sistema de delación de la herencia que desconoce el llamamiento voluntario que no sea testamentario, salvo las excepciones vistas, conforme a la letra del artículo 658, ap. 1.º, CC: «la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley»⁵⁸. Esto

⁵⁶ Definición de herencia que acoge el diccionario de la RAE: «conjunto de bienes, derechos y obligaciones que, al morir alguien, son transmisibles a sus herederos y legatarios». Advierte LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos...*, V, *cit.*, 2009, p. 26, que el artículo 659 CC no está dirigido a fijar el contenido de la herencia, sino el ámbito del fenómeno hereditario.

⁵⁷ Una cosa es que la concepción de la herencia como *universitas iuris*, en el sentido de una entidad que trasciende a la pluralidad de las relaciones que la componen, sea rechazable y otra que no sea un patrimonio que se somete a un mismo régimen jurídico para su administración, aceptación o para diferenciarlo del patrimonio del heredero con el cual no se confunde cuando se acepta a beneficio de inventario (DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, IV, *cit.*, 2006, p. 297). Por su parte ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso...*, V, pp. 10 y 11, distingue cuatro acepciones de la palabra «herencia»: *i*) Patrimonio del difunto, dejando fuera los derechos y las obligaciones que se extinguen al morir el titular, *ii*) Patrimonio que va a los herederos, dejando fuera los legados, *iii*) La parte activa o, en su caso, el saldo hereditario, excluyendo el pasivo que se concibe como carga de la herencia, y *iv*) En el sentido de sucesión *mortis causa*. En las tres primeras acepciones la herencia es la masa o conjunto, el objeto, mientras en la cuarta es el hecho de suceder.

⁵⁸ ESPEJO, *op. cit.*, p. 62, considera que la inadmisibilidad de un pacto sucesorio a título particular no puede derivarse del artículo 1271, ap. 2.º, CC. De los preceptos citados supra en la n. 11 puede extraerse el principio general de prohibición de los pactos sobre la herencia tanto a título universal como particular en el Código civil (*cf.*: arts. 1.1 y 1.4 CC sobre la aplicación de los principios generales del Derecho). Para CAÑIZARES LASO, A., «Com. artículo 667 CC», en *Código Civil Comentado*, dirs. Cañizares Laso, A., *et al.*, vol. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 284 y ss., el artículo 667 CC, según el cual el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de

nos hace concluir que los pactos sobre bienes determinados que estudiamos o no son sucesorios o, de serlo, deberían considerarse nulos⁵⁹.

Una opinión de menor peso en contra de la admisión de la sucesión contractual a título universal considera que no es defendible la creación de un título irrevocable de contenido incierto. Según este criterio, la institución de heredero o el legado de cuota no pueden contractualizarse en el sistema del Código civil porque son contrarios al principio de que la determinación del objeto del contrato no pueda depender de la voluntad de uno solo de los contratantes. Sin embargo, esta tesis es difícil de sostener porque no explica que el Código civil prevea excepciones en las que admite los contratos sucesorios (arts. 826, 827 y 1341 CC), ni que los ordenamientos autonómicos puedan permitir los contratos sucesorios cuando siguen la misma regulación sobre el objeto del contrato que el Código civil. Este argumento advierte, con todo, de la posibilidad de fraude por parte del otorgante, para lo que pueden preverse remedios⁶⁰.

ellos se llama testamento, no contiene una definición de testamento, sino una auténtica norma que expresa que el único cauce para disponer de los bienes para después de la muerte en el Derecho estatal es el testamento, a diferencia de aquellas Autonomías que admiten también los pactos sucesorios y las donaciones *mortis causa*, en conexión con el artículo 658 CC que establece que la sucesión se defiere por testamento o por ley.

⁵⁹ Un contrato por el que una persona se obliga a testar en determinada forma debe considerarse nulo. Sin necesidad de acudir al artículo 1271 CC, la prohibición general de los pactos sucesorios que se deduce del articulado del Código civil, salvo las excepciones vistas de los artículos 826-827 y 1341 CC, conduce a esta solución. El Tribunal Supremo ha abordado la validez de la promesa de instituir heredero (tal vez legatario) en las Sentencias de 16 de noviembre de 1932 (*RJ*, 1932, 1289) y 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28), esta que ya conocemos (v. aps. 2.1.C y 2.2.C). En la primera se trataba de la promesa de instituir heredero a quien había sido previamente designado heredero en un testamento ológrafo ineficaz a causa del ahora promitente. El Tribunal Supremo dice que no concede relevancia a la promesa «ora se estime como una determinación libérrima, ora como un propósito de desagravio y reparación en favor del heredero instituido en el testamento ológrafo indebidamente retenido por el supuesto oferente, constituye (...) un pacto sobre herencia futura, prohibido». La contradicción entre las dos sentencias es aparente, pues en la primera se pretendía dotar de consecuencias jurídicas a una promesa genérica de institución, mientras que en la segunda supone que hay unos bienes cuyo destino se predetermina para cuando el otorgante fallezca. «si bien el pacto se formaliza incorrectamente como obligación de testar en un determinado sentido» (ESPEJO, *op. cit.*, pp. 62 y 63). Consecuentemente, el pacto por el que uno se obliga a instituir legatario en un bien existente sería válido si de ese pacto se deriva un derecho actual. En cambio, ¿por qué la promesa genérica es ilícita? La protección de la libertad para testar en todo momento se traduce en la validez del último testamento pese a que contravenga la promesa genérica, salvo en el caso de la promesa de mejorar o no mejorar de los artículos 826 y 827 CC. Diferente es el planteamiento en el Derecho inglés, donde si T incumple el contrato con P de dejarle una propiedad específica en su testamento, P no puede evitar que T revoque su testamento presentando una demanda por incumplimiento, pero está legitimado para reclamar los daños de T o, después de su muerte, de los herederos por la pérdida del beneficio prometido (PARRY & KERRIDGE, *The law of succession*, 12.^a ed., Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 96).

⁶⁰ V. BLANCO GASCÓ, F. de P., *op. cit.*, pp. 146 y ss., donde estudia los actos del mejorante que el mejorado irrevocablemente en cuota conforme a los artículos 826 y 827 CC podría impugnar por considerarlos perjudiciales a su derecho.

Téngase en cuenta, por lo demás, que un legado testamentario no implica siempre sucesión en una relación jurídica. En el legado de renta anual o en el de cosa ajena el legatario no sucede en un derecho del testador, sino que se crea *ex novo* una relación obligatoria por la aceptación del heredero⁶¹. El carácter sucesorio –en sentido amplio, no literal– de estos legados no es puesto en duda porque se presupone que la persona gravada satisface esas prestaciones con cargo a los bienes relictos ya que, en otro caso, no tendría interés en aceptarlo⁶². Este esquema es trasladable a los contratos, lo que nos permite apreciar su *carácter sucesorio*. La creación por pacto de la obligación de realizar una prestación *post mortem* en favor de un tercero es válida. La única objeción se produce si la satisfacción de la prestación es a cargo del *relictum*. Un legado contractual de pensión con cargo a los bienes de la herencia cae bajo la prohibición general de los contratos sucesorios del Código civil; en cambio con cargo a bienes transmitidos en vida del otorgante, no (v. *supra* Sentencia de 16 de mayo de 1940, RJ/1940/416 bis). Una diferencia, de nuevo, es el momento en que se constituye el derecho de pensión: en el legado después de la muerte del testador y en el pacto de atribución *post mortem* a un tercero en el de la perfección del contrato, si es puro; mas lo determinante del carácter sucesorio es que en el contrato se reglamente el caudal relicto⁶³.

⁶¹ Una obligación que no está en la herencia, destaca Díez-PICAZO, *Sistema...*, IV, *cit.*, 2006, p. 297. Refiriéndose al Derecho catalán NAVAS NAVARRO, S., «Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción (Aproximación desde el Derecho de sucesiones catalán)», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. 1, 2011, p. 69, n. 97, diferencia entre pactos sucesorios de atribución particular de eficacia real y de eficacia obligatoria; solo los primeros implican que se instituya a un sucesor, mientras en los segundos el instituido es un adquirente de un derecho de crédito. Si el testador constituye vía testamento un derecho real sobre una cosa de la herencia a favor del legatario, no hay sucesión tampoco, porque ese derecho no existe antes de la aceptación del legatario, si bien no tiene carácter obligacional porque el artículo 609 CC declara la sucesión testada como modo de adquisición de la propiedad y demás derechos reales sin necesidad de tradición (REQUEIXO SOUTO, X. M., «Clases de legados», *cit.*, p. 1190).

⁶² Si el designado en testamento acepta por un mero deber de gratitud para con el testador, sin contraprestación patrimonial, p. ej., dar una determinada formación artística a un sobrino del testador en agradecimiento a la recibida de este, no podría tener la condición de legatario, porque en nada sucedería, y el artículo 660 CC define al legatario como el que *sucede* a título particular. Desde otra perspectiva, la atribución de una ventaja económica no constituye un elemento indispensable de la disposición a título de legado; en apoyo de tal criterio se cita el legado gravado con otro legado, condición, carga o modo que absorba el íntegro valor de la atribución originaria (GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución...*, *cit.*, pp. 132 y 133); no obstante, en este caso, al margen de la desventaja económica, hay sucesión en bienes o derechos del caudal relicto.

⁶³ No todas las titularidades del difunto se atribuyen por la sucesión hereditaria. Hay relaciones que se transmiten por reglas propias como los títulos nobiliarios que, conforme a su legislación especial, se desvinculan del fenómeno sucesorio, o el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos que por medio del derecho de predetracción se atribuye al sobreviviente y no integra el caudal relicto (MARTÍN PÉREZ, J. A., «Com. artículo 659 CC»

III. CASOS CONEXOS

3.1 PACTOS SOBRE LA HERENCIA DE UN TERCERO

Los pactos sobre la herencia de un tercero, como si A vende a B lo que le corresponda en la herencia futura de C, que todavía está vivo, están también afectados por esta doctrina del Tribunal Supremo diferenciadora en cuanto a la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC entre bienes determinados y universalidad de bienes. Presentan, además, la particularidad de que el fundamento de la prohibición de estos pactos dispositivos no puede encontrarse en la protección de la libertad de testar: es pacífica la precisión de que no constituyen en rigor pactos sucesorios, en la medida en que no coartan la libertad para testar del causante porque no es parte en el contrato, si bien puede prestar su asentimiento⁶⁴. Por tanto la única razón real de su prohibición, entre las tres que indicamos, es la de evitar el llamado *votum mortis*.

En el Derecho anterior al Código civil esta convención era válida si intervenía el tercero en el contrato prestando su asentimiento y lo mantenía hasta su muerte. La STS de 10 de febrero de 1961 (RJ, 1961, 885) en relación a unas escrituras de 1887 declara la validez de un pacto sobre la herencia de tercero porque el consentimiento del causante se mantuvo invariablemente durante su vida, en aplicación de las Partidas (ley 13, título 5, Partida 5.ª⁶⁵). La redacción del artículo 1271, ap. 2.º, CC es muy similar a la de la segunda y definitiva promulgación del Código civil en vigor desde el 14 de agosto de 1889; solo se ha añadido el inciso «y otras dis-

en *Código Civil Comentado*, dirs. Cañizares Laso, A., et al., vol. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 659, donde indica más casos).

⁶⁴ Como no tienen por objeto ordenar la sucesión salen del ámbito del Derecho sucesorio y pertenecen al puro Derecho de obligaciones (DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, IV, cit., 2006, p. 466).

⁶⁵ Esta ley tiene por título: «Cómo puede home vender el derecho que espera heredar en los bienes de otri», para lo cual «decimos que lo non pueden facer si non nombraren las personas de aquellos que han fiuza de heredar, fueras ende si fecieren la vándida con otorgamiento et con placer dellos mesmos, et que duren todavia en este placer fasta que mueran» (*Las Siete Partidas...*, cit., t. III, pp. 181 y 182). Sin embargo a continuación permitía la venta en caso de no nombrar a los causantes: «mas si non las nombrasen, poderlo hien vender en esta manera, diciendo así; que todas las ganancias et derechos que les han de venir por razon de heredamiento, onde quier que les vengan, que las venden, diciendo á quien et por quanto». Ante esto último GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, *Tratado de las obligaciones*, 1.ª ed., reimpresión facsímil de la original impresa en 1869, Lex Nova, Valladolid, 1988, pp. 259 y 260, razonaba: «mas aunque omitiendo el nombre disminuye el peligro de un mal deseo, ¿cómo se venden los derechos hereditarios sin que esté en el ánimo de los contrayentes el nombre de la persona? La expresión es una cosa accidental: la venta de una herencia futura en todo caso debe ser nula».

posiciones particulares» mediante la Ley 7/2003 de la sociedad limitada nueva empresa, que da nueva redacción al artículo 1056 CC. Existe un cambio importante, sin embargo, en el texto del artículo 1271, ap. 2.º, CC en relación a la primera promulgación del Código civil porque se suprimió la indicación de que la prohibición regía «aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate»⁶⁶. Por lo tanto, actualmente el ap. 2.º del artículo 1271 CC no declara expresamente la prohibición de los pactos sobre la herencia de un tercero, por lo que es –en teoría– posible una interpretación favorable a su admisión en cuanto no limitan la libertad de este para testar.

Conforme a lo que hemos dicho, estos pactos no forman parte del Derecho de sucesiones sino en exclusiva del de obligaciones⁶⁷. Pese a ello, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 1951 (*RJ*, 1951, 1615) declara que el pacto sobre una universalidad de bienes que habrían de adquirirse a la muerte del causante

⁶⁶ La Ley de bases de 11 de mayo de 1888 autorizó al Gobierno a publicar un Código civil (art. 1) y estableció que posteriormente el Gobierno habría de dar cuenta a las Cortes de cualquier modificación en relación al proyecto redactado por la Comisión, sin que entrase en vigor hasta los sesenta días siguientes a esa comunicación (art. 3) y aun habilitó al Gobierno para declarar prorrogado ese plazo (art. 4). Por Real Decreto de 6 de octubre de 1888 se dispuso la publicación del Código civil y por otro de 11 de febrero de 1889 se prorrogó su entrada en vigor hasta el 1 de mayo de 1889. Posteriormente la Ley de 26 de mayo de 1889 ordenó hacer y publicar una edición reformada del Código civil, lo que se llevó a cabo por Real Decreto de 24 de julio de 1889, al que siguió la publicación de la exposición en la que se expresaban los fundamentos de las reformas por Real Orden de 29 de julio de 1889, si bien no alude a la justificación de la modificación llevada a cabo en el artículo 1271, ap. 2.º, CC, a diferencia de otras reformas del Código civil.

La redacción primitiva del artículo 1271, ap. 2.º, CC era: «se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate» (*Código civil*, INEJ, Madrid, 1967, p. 348, con Prólogo del Excmo. Sr. D. Federico de Castro y Bravo). Esta excepción estaba presente en el Anteproyecto del Código civil de 1882-1888, en su artículo 1284, ap. 2.º, [cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Colegios notariales de España, 2.ª ed., 2006, p. 389] y en el artículo 994 del Proyecto de Código civil de 1851, en ambos con el mismo tenor. GARCÍA GOYENA justifica el rechazo de esta excepción porque en ningún caso alejaba los inconvenientes de índole moral, y dejaba subsistir todos en los pactos sobre la legítima, pues los mismos padres promoverían tales pactos y renunciaciones (*Concordancias...*, cit., p. 530).

⁶⁷ La cuestión a resolver es la licitud de su objeto y de su causa, para, en su caso, afirmar su único carácter contractual y, por consiguiente, su absoluta regulación por la doctrina de los contratos, dice SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, p. 91. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *Estudios de Derecho civil*, t. II, Aranzadi, p. 1245, afirma que ciertas convenciones relativas a la herencia futura –los pactos sobre la herencia de un tercero– no son alcanzadas por la prohibición de los pactos sucesorios sancionada por el artículo 1271, ap. 2.º, CC porque en las primeras no concurren las circunstancias que movieron al legislador a mirar con recelo a los últimos. No obstante, el artículo 1674 CC, referido a la sociedad universal, establece un criterio contrario a los pactos sobre la herencia de un tercero al prohibir que los socios pacten que se hagan comunes lo que adquieran posteriormente por herencia o legado, aunque sí sus frutos, como señala SÁNCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, p. 54, que refiere que para algunos autores la admisibilidad del pacto en relación a los frutos constituye una excepción a la prohibición general del artículo 1271, ap. 2.º, CC.

constituye un pacto sobre la herencia futura prohibido por el párrafo segundo del artículo 1271 CC porque no se concreta en «bienes conocidos y determinados, existentes en el dominio del cedente cuando el compromiso se otorgó». La Sentencia deja dudas acerca de si la prohibición opera por el solo hecho de que los bienes objeto del pacto no forman parte del patrimonio del cedente en el momento del contrato, sino que pertenecen a una tercera persona viva, o si es debida a que el objeto es una universalidad y no bienes determinados. En el caso se trataba de la cesión que dos hermanas hacían a una señora de la mitad de los bienes muebles e inmuebles que recibiesen por «herencia de doña M. P., procedentes de la de doña M. A. P., antes N., consignada en documento privado»⁶⁸.

La cuestión aparece con otro tenor si examinamos la doctrina de las Audiencias Provinciales, proclive a ampliar el ámbito de su admisibilidad. En efecto, algunas resoluciones admiten los pactos sobre la herencia de un tercero cuando se refieren a bienes concretos y determinados. La SAP de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC/2002/2225) trata sobre la validez de un contrato por el que las tres únicas hijas de la futura causante pactan el 26 de octubre de 1984, en vida de la madre, que, a cambio de percibir un 1.200.000 pesetas en aquel acto, «se comprometen a vender a don Secundino B. P., la totalidad de sus herencias en el lugar acasurado denominado “A Carballeira”, sito en (...), herencia proindivisa en dicha propiedad, que les correspondan por su madre doña Socorro A. Q.». El Juzgado declaró la nulidad radical del contrato de compraventa (las partes lo habían titulado «de compromiso») por infracción del artículo 1271, ap. 2.º, CC. La Audiencia Provincial, en cambio, lo consideró válido, con base en el siguiente razonamiento:

«La cuestión estriba en que la doctrina del Tribunal Supremo, de forma constante, reiterada, mantenida en el tiempo, y sin ninguna fisura, ha establecido que el artículo 1271-2 se refiere exclusivamente a la prohibición de pactos sobre la universalidad de una herencia, que según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes. Pero proclama la validez del pacto cuando se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante, o que hubieren de adquirirse por título de heredero (SSTS de 2 o de 8 de octubre de 1915; 26 de octubre de 1926; 16 de mayo de 1940; 25

⁶⁸ El pacto dispositivo, en todo caso, no puede ser gratuito porque contravendría la prohibición del artículo 635 CC de disponer por donación de bienes futuros, según SÁNCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, p. 168, que se muestra partidario de su admisión cuando tenga carácter oneroso, configurándolo como un contrato sometido a la condición suspensiva de recibir el disponente la herencia del tercero, pp. 164 y ss.

de abril de 1951; 3 de marzo de 1964 y 22 de julio de 1997). Aunque la Sala muestra alguna reserva sobre la interpretación, teniendo en consideración la uniformidad jurisprudencial estima que debe aplicarse. El siguiente eslabón sería establecer si la venta por parte de las hermanas P. A. de “la totalidad de sus herencias en el lugar acasurado denominado de ‘A Carballeira’ (...), herencia proindivisa en dicha propiedad, que les correspondan por su madre doña Socorro” puede considerarse que se está transmitiendo una universalidad, o por el contrario, son bienes conocidos, determinados o determinables teniendo en consideración que se está refiriendo a unas fincas concretas y determinadas, que compondrían esa herencia aún indivisa, pero no a la totalidad de sus derechos en la herencia de su difunta madre, debe estimarse que el pacto era lícito, al no estar prohibido por el artículo 1271-2 del Código Civil.»

En igual sentido, la SAP de Cuenca de 30 de octubre de 2009 (JUR/2009/497002) considera, aunque es un razonamiento *obiter*, que un pacto suscrito por los hijos de la causante en vida de esta «no alcanza ni comprende la universalidad de la herencia de doña Ricarda sino que, por el contrario, se refiere a un pacto sobre los derechos (participaciones) que pudieran ostentar los herederos sobre un bien concreto y determinado que existe, en ese momento, en el dominio de la causante, pacto al que no alcanza la prohibición contenida en el artículo 1271.2 del Código Civil». La Audiencia Provincial de Cuenca dice que el Tribunal Supremo declara esta «doctrina constante, uniforme y reiterada en el tiempo, sin fisura alguna» relativa a «derechos conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante, o que hubieren de adquirirse a título de heredero». Y lo hace con cita de las SSTS anteriores de 1926, 1940, 1951, 1964 y 1997.

Hay que resaltar que de las SSTS de 8 de octubre de 1915 (JC, 1915, 28), 26 de octubre de 1926 (JC, 1926, 67), 16 de mayo de 1940 (RJ/1940/416 bis), 25 de abril de 1951 (RJ, 1951, 1615), 3 de marzo de 1964 (RJ/1964/1254) y 22 de julio de 1997 (RJ/1997/5807), solo la Sentencia de 25 de abril de 1951 (RJ, 1951, 1615) se refiere a un pacto sobre herencia de un tercero, como hemos visto⁶⁹. La Sentencia de 22 de julio de 1997 (RJ/1997/5807) pudiera considerarse un pacto entre futuros herederos de un bien en vida del causante, no obstante sus derechos definitivos no traen causa del pacto sino de la herencia después causada. En el supuesto dos hijos de la titular de una administración de loterías pactan que

⁶⁹ La STS de 9 de julio de 1940 (RJ/1940/693), siguiendo a la de 13 de junio de 1903 (v. supra n. 2), a la que cita, permite entender que el pacto entre futuros herederos es válido, calificado como partición entre vivos al amparo del artículo 1056 CC, siempre que se ajuste a la norma de un testamento o a la ley y sin que pueda coartar la libertad para testar del dueño del caudal.

«aun cuando figure oficialmente a nombre de uno u otro de los comparecientes o de sus herederos, sea de propiedad por iguales mitades indivisas de ambos, percibiendo también por mitad los beneficios que dicha Administración produzca». El Tribunal Supremo consideró que el documento no contenía una operación divisoria anticipada de los herederos, sino una previsión en cuanto a la titularidad del negocio, dada la especialidad de la normativa administrativa sobre loterías⁷⁰.

En conclusión, estas sentencias de las Audiencias Provinciales declaran que los pactos sobre la herencia de un tercero son válidos porque recaen sobre bienes concretos y determinados y no sobre una universalidad, en atención a la doctrina que hemos visto del Tribunal Supremo. Sin embargo la interpretación del Alto Tribunal, excepto en la STS de 25 abril 1951 (RJ, 1951, 1615), se refiere a pactos de institución o de suceder en los que el bien concreto forma parte del patrimonio actual del otorgante. No parece que el criterio del objeto universal/particular deba aplicarse a los pactos sobre la herencia de un tercero o dispositivos, en cuanto los bienes jurídicos protegidos, y en su caso infringidos, (libertad de testar, evitar el *votum mortis* y las vinculaciones de patrimonios) lo serán por igual.

3.2 PACTOS SOBRE LA HERENCIA TRAS LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

Aunque no es una cuestión controvertida, debe recordarse que los pactos sobre una herencia ya causada no son objeto de la prohibición, incluso en el supuesto de que el otorgante del pacto vea declarada su condición de heredero con posterioridad al contrato. Para hablar de herencia futura es necesario que en el momento del pacto el causante esté vivo; en otro caso, la herencia ya está abierta, aunque la persona que contrata sobre ella no esté aún declarada heredera y esa condición sea determinada con posterioridad por anulación del testamento y posterior auto de declaración de herederos. Es el supuesto de la STS de 15 de abril de 2011 (RJ/2011/2313) que considera válida la cesión parcial de los dere-

⁷⁰ La transmisión *mortis causa* de las administraciones de loterías no opera a través de las reglas de la sucesión ordinaria, sino en virtud de normativa propia, lo que plantea el problema de que, si el nuevo titular también es heredero, tenga una situación ventajosa respecto a los coherederos. Véase la normativa y la jurisprudencia sobre ello en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Dos casos de sucesión *mortis causa* excepcional: las administraciones de loterías y las expendedorías de tabaco», en *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, coord.^a Torres García, T. F., Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, 2004, pp. 193-216.

chos en una herencia cuando ya había fallecido la causante, aunque la cedente no estaba declarada heredera, sino que esta posición jurídica se determinó tras la anulación del testamento y el subsiguiente auto de declaración de herederos⁷¹. El Tribunal Supremo afirma con nitidez la validez de los pactos sobre derechos hereditarios cuando la herencia está ya causada, sean sobre bienes particulares o sobre una cuota⁷², por la razón de que no hay herencia futura, con indiferencia de que aún no se haya realizado la partición (v. SS. de 24 de enero de 1957, *RJ*, 1957, 366, y 16 de junio de 2011⁷³, *RJ/2011/4637*); en particular, es válida la renuncia a la legítima una vez abierta la sucesión, la cual incluso es frecuente⁷⁴. Se resalta esta cuestión porque suele alegarse por las partes la prohibición del artículo 1271 CC.

Por lo demás, la Sentencia de 20 de noviembre de 1915 (*JC*, 1915, 96) declara válido y que no infringe el artículo 1271 CC una donación condicionada a que la donataria renuncie en el plazo de tres meses a todos los bienes que le correspondan por la muerte del marido, si ella le sobrevive, porque la renuncia es una vez causada la herencia. Del mismo modo en la sustitución fideicomisaria al morir el testador la herencia queda abierta para los sucesivos fideicomisarios por lo que es válido el contrato sobre los derechos de estos (STS de 3 marzo 1964, *RJ/1964/1254*)⁷⁵.

⁷¹ «Doña Milagrosa era conocedora de que era única heredera de doña Adelina, ya fallecida (abierta la sucesión) lo que quedó confirmado con la declaración de nulidad del testamento por sentencia de 1998 que había otorgado esta y por la declaración de herederos, del año 2000. Ambos actos judiciales no fueron constitutivos de su derecho a la herencia, sino declarativos de la certeza de tal derecho (así, artículo 991 del Código civil) que es retroactiva al momento de la muerte de la causante (como disponen los arts. 657 y 661 del Código civil)» (S. de 15 de abril de 2011, *RJ/2011/2313*).

⁷² La STS de 30 de enero de 2012 (*JUR/2012/42723*) admite la renuncia de un coheredero expresamente limitada a los derechos sobre el único bien identificado en el caudal relicto, sin que sea extensiva a los que pudieran aparecer posteriormente. En relación al carácter expreso de la renuncia no es necesario que se emplee literalmente dicho término o el de «repudiación», a modo de fórmula sacramental (R. de 10 de octubre de 2011, *RJ/2012/692*, con cita de jurisprudencia).

⁷³ Los recurrentes en la STS de 15 de abril de 2011 (*RJ/2011/2313*) son los mismos que en la STS de 16 de junio de 2011 (*RJ/2011/4637*); la primera tiene origen en la demanda tramitada en un Juzgado en la que se pedía la declaración de la validez del contrato de cesión de derechos hereditarios, a la que se contestó e interpuso demanda reconvenzional, y la segunda procede de una demanda en otro Juzgado en la que se pedía hacer entrega a cada uno de los demandantes del 9,75% del montante total de la misma herencia, a la que se contestó y también se presentó demanda reconvenzional. El Tribunal Supremo, por lo que nos interesa para este estudio, expresa en las dos la misma doctrina.

⁷⁴ Esta renuncia impide recibir lo que corresponde en virtud del título sucesorio, no que el renunciante mantenga en su patrimonio las atribuciones recibidas en vida del causante, aun como donaciones en concepto de anticipo a la legítima (TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de legítimas*, *cit.*, p. 38).

⁷⁵ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 384.

IV. RECAPITULACIÓN Y APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Del estudio de las sentencias que recogen la doctrina sobre la no prohibición por el artículo 1271, ap. 2.º, CC de los pactos sobre bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante con efectos *post mortem* podemos hacer, a modo de resumen, unas consideraciones, que exponemos a continuación. Previamente, queremos recordar que esta línea interpretativa tiene un origen anterior a la entrada en vigor del Código civil.

De la escasa jurisprudencia que establece esta doctrina sobre el ap. 2.º del artículo 1271 CC se deduce que estos pactos no son de sucesión contractual a título particular, sino negocios de atribución patrimonial entre vivos con transmisión de presente, por tanto irrevocable, y efectos pospuestos a la muerte del otorgante, que no se configuran como donaciones porque tienen causa onerosa. Para que se trate de pacto sucesorio es decisivo, en nuestra opinión, que los derechos sean hereditarios y en estos supuestos tratados el pacto recae sobre un bien que no llega a formar parte del *relictum* por voluntad del otorgante. La institución en una cuota de la herencia implica la determinación de su objeto después, en el momento de la muerte del otorgante; el pacto sobre un bien existente en el patrimonio del otorgante, con independencia de la pendencia de los efectos, está ya determinado en el momento de la perfección.

Un contrato será sucesorio cuando en él se instituya heredero o legatario. Esto no obsta, está claro, a que un legislador particular llame pacto sucesorio a otra figura. Conforme a nuestro criterio, el favorecido por un contrato sucesorio en el régimen del Código civil tiene que tener una responsabilidad en la liquidación de la herencia igual, al menos, a la del legatario de cosa determinada, lo que implica sujeción del bien al pago de acreedores y legitimarios. Estos caracteres no se dan en los pactos objeto de la jurisprudencia que hemos estudiado.

A los efectos meramente especulativos, de entenderse que estos pactos que estudiamos son sucesorios, cualquiera que fuese la interpretación del artículo 1271, ap. 2.º, CC en relación a si afecta a los pactos con objeto singular, aquellos estarían prohibidos porque del articulado del Código civil (arts. 658, 667, 816 y 991) se extrae el principio general de prohibición de los pactos sucesorios, a salvo las excepciones expresas (arts. 826-827 y 1341 CC).

La aplicación del criterio de permitir los pactos sobre la herencia futura cuando se refiere a bienes concretos y determinados y prohibirlos cuando recaen sobre una universalidad en relación a la herencia de un tercero, como hacen las Audiencias Provinciales, no

se justifica en el plano de los bienes jurídicos protegidos porque, tanto que estos pactos tengan un objeto concreto o una universalidad, no afectan a la libertad para testar del causante, el *votum mortis* está presente por igual y las implicaciones en el orden socio-político son nulas. En los pactos sobre la herencia de un tercero la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC debe ser o aplicada o inaplicada a la totalidad de ellos, sin encontrarse justificación para hacer diferencias en razón de que tengan un objeto particular o universal.

**

En el texto se han citado las siguientes resoluciones de los Tribunales y de la Dirección General de Registros y del Notariado.

- STS de 13 de junio de 1903: *JC*, 1903, 174.
- STS de 4 de mayo de 1910: *JC*, 1910, 2.
- STS de 8 de octubre de 1915: *JC*, 1915, 28.
- STS de 20 de noviembre de 1915: *JC*, 1915, 96.
- STS de 26 de octubre de 1926: *JC*, 1926, 6.
- STS de 16 de mayo de 1940: *RJ/1940/416 bis*.
- STS de 3 de junio de 1947: *RJ*, 1947, 902.
- STS de 25 de abril de 1951: *RJ*, 1951, 1615.
- STS de 24 de enero de 1957: *RJ*, 1957, 366.
- STS de 27 de marzo de 1957: *RJ*, 1957, 1573.
- STS de 10 de febrero de 1961: *RJ*, 1961, 885.
- STS de 3 de marzo de 1964: *RJ/1964/1254*.
- STS de 5 de junio de 1985: *RJ/1985/3095*.
- STS de 9 de junio de 1995: *RJ/1995/4912*.
- STS de 22 de julio de 1997: *RJ/1997/5807*.
- STS de 28 de julio de 2003: *RJ/2003/6961*.
- STS de 15 de abril de 2011: *RJ/2011/2313*.
- STS de 16 de junio de 2011: *RJ/2011/4637*.
- STS de 30 de enero de 2012: *JUR/2012/42723*.
- SAP de A Coruña de 26 de abril de 2002: *AC/2002/2225*.
- SAP de Cuenca de 30 de octubre de 2009: *JUR/2009/497002*.
- RDGRN de 19 de mayo de 1917: *Anuario DGRN*, 1917, p. 191.
- RDGRN de 25 de mayo de 1971: *RJ/1971/3402*.
- RDGRN de 21 de enero de 1991: *RJ/1991/592*.
- RDGRN de 6 de marzo de 1997: *RJ/1997/2033*.
- RDGRN de 10 de octubre de 2011: *RJ/2012/692*.