

# Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón

SANTIAGO PELAYO HORE

SUMARIO: I. *El Derecho y los pactos sucesorios*: 1. Planteamiento del problema.—2. El Derecho romano; su reacción contra los pactos; razón de la prohibición.—3. El Derecho germánico.—4. Naturaleza y efectos del pacto sucesorio.—5. La solución de la técnica; donación mortis causa.—6. La solución popular; capitulación matrimonial.—7. El Código civil.—II. *Los pactos sucesorios en Aragón*: 8. Característica del Derecho aragonés.—9. Antecedentes.—10. Los Fueros y Observancias.—11. La doctrina.—12. Los Proyectos; el de 1889; el de 1904.—13. El Apéndice.—14. El Anteproyecto de Compilación.—15. El Proyecto del Gobierno.—16. Enmienda al Proyecto.—17. El texto definitivo.—18. Conclusión.

## I

### EL DERECHO Y LOS PACTOS SUCESORIOS

#### 1. *Planteamiento del problema.*

Al correr de los siglos, lo mejor de cada generación se ha consagrado al estudio de la ciencia de lo justo y lo injusto, y así, las instituciones jurídicas han llegado hasta nosotros tan elaboradas, tan acabadas, que resulta natural que su impecable rigor lógico siga atrayendo a quienes sienten el ansia de saber.

Pero esa regla general tiene algunas excepciones desgraciadas: El jurista, habituado a encontrarse frente a teoremas claramente formulados y verse conducido por caminos conocidos que le llevan a soluciones correctas, tropieza de pronto con alguna institución desconcertante, en la que todo son opiniones encontradas, confusión y vaguedades; en tales ocasiones, de poco sirve remontarse a los viejos antecedentes ni compulsar las opiniones contemporáneas; de poco sirve también el propio raciocinio; al final hay que resignarse a reconocer una vez más que lo humano tiene siempre defectos, y que no puede evitarse alguna oveja negra en el mejor rebaño. Una de estas instituciones contrahechas y malformadas, desesperación de legisladores, juristas y estudiosos, es la de los pactos sucesorios. Afortunadamente, no es el propósito de este trabajo afrontar el estudio general de tales pactos, sino tan sólo exponer algunas consideraciones sugeridas por su regu-

lación en la reciente *Compilación del Derecho civil de Aragón*. Con todo, y aunque sólo sea para entrar en materia, es inevitable hacer alguna breve referencia general el problema, antes de concretarse a su planteamiento en el Derecho aragonés.

Históricamente, la admisión de la voluntad del individuo como fuente creadora de relaciones jurídicas no encontró graves dificultades en la esfera de los actos inter vivos; pero que la voluntad pudiese proyectarse como una flecha hacia el futuro, de tal manera que sus efectos sólo se produjesen después de la muerte de quien la emitió, cuando esa voluntad ya no existe, cosa es que costó mucho comprender. El Derecho comenzó operando en la misma forma que suele hacerlo siempre que se encuentra ante cuestiones nuevas, o sea, valiéndose de instituciones ya consagradas. Y así, la voluntad mortis causa, en sus primeros balbuceos históricos, acude para manifestarse a viejas figuras, como la adopción o la compraventa, en las que la concurrencia de voluntades es manifiesta, o, por lo menos, latente en alguna manera. Este fenómeno no debe causar extrañeza, porque la finalidad del Derecho es hacer posible la coexistencia evitando o resolviendo los conflictos entre los hombres y regulando sus relaciones: Pero cuando dos voluntades llegan a un acuerdo, si una de ellas lo rompe, el conflicto ya ha surgido y, con él, la amenaza de que aquel que se considera burlado intente tomarse la justicia por su mano: Así, el que la voluntad, cuando es bilateral, tenga eficacia para poner en marcha todo ese aparato protector que constituye el ordenamiento jurídico, resulta algo que se intuye fácilmente y se siente de manera instintiva. Pero reconocer la misma eficacia motora de la protección jurídica a una sola voluntad unilateralmente emitida, requiere ya un elevado grado de civilización, y aun así, el Derecho, incluso el actual, es más bien parco a la hora de reconocer eficacia a la voluntad unilateral, y no lo hace sino cuando concurren circunstancias especiales.

Admitida la eficacia de la voluntad mortis causa cuando era más o menos concordada, esto es, emitida a través de figuras contractuales o aparentemente contractuales, no tardó en abrirse camino la idea de reconocer también eficacia a la voluntad unilateral prescindiendo de todas esas vestiduras y decoraciones de configuración bilateral. A esa declaración de voluntad mortis causa, unilateralmente emitida, se le denominó testamento.

No es esta la ocasión de investigar cuales hayan sido las razones por las cuales el Derecho se decidiese a admitir la eficacia de la voluntad unilateral mortis causa; habría que remontarse a la idea de propiedad y ésta a su vez apoyarla en la de continuidad de la familia; o simplemente en ese anhelo tan humano de pervivir, de "reinar después de morir".

Inventado y admitido el testamento por los romanos hacia el siglo II a. C., hubieron de plantearse enseguida un grave problema, a saber; la posibilidad de testar, ¿se agotaba con su ejercicio?; ¿no se podía testar más que una vez?; o, por el contrario, ¿podía testarse

cuantas veces se quisiera? Prosperó en definitiva la solución del testamento sin limitación de número, reconociendo la eficacia del último, ya fuese en absoluto declarando que éste revocaba automáticamente los anteriores, ya fuese de una manera relativa admitiendo la eficacia del testamento precedente pero solamente en cuanto resultase compatible con el último.

El principio de la facultad indefinida de testar era y es científicamente correcto, porque el testamento es acto mortis causa, por lo tanto carece de efectos durante la vida del testador y sólo los produce a partir de su muerte. En suma, la eficacia del testamento exige la concurrencia de dos elementos, voluntad y muerte; y como mientras ésta no llega, el testamento es como si no existiese, resulta natural admitir que en vida del testador pueda éste variar su voluntad cuantas veces lo desee. Esta es la razón fundamental del principio de ambulatoriedad "usque ad mortem" de la voluntad testatoria, aunque haya otras que la refuerzan, tales como la posibilidad de que el testador vaya variando su voluntad a tenor de los cambios que experimenten las circunstancias que le llevaron a emitirla.

Sea como fuere, lo cierto es que alumbrado el principio de ambulatoriedad el Derecho se aferró a él y lo ha protegido siempre con la mayor energía, rechazando toda clase de cláusulas ad cautelam, declaraciones de irrevocabilidad, exigencias de juramento, y demás corruptelas. Pero el ingenio de las gentes, encontró una puerta de escape, por cierto hábilmente buscada; si el principio de la variabilidad del testamento, se basaba en su carácter de voluntad unilateral, bastaba con hacerla bilateral para conseguir su inmutabilidad; es decir, bastaba con verter la voluntad mortis causa en el molde de un contrato, haciéndola paccionada, para convertirla en inmutable. Naturalmente, el Derecho captó la manobra, y acudió a evitarla prohibiendo los pactos sucesorios y no admitiendo otro medio válido de disposición mortis causa que el unilateral del testamento.

Todo este proceso se puso claramente de manifiesto en el Derecho romano, pero es notable, que su reacción en contra de los pactos sucesorios, aunque innegable, fue más bien vacilante, como si la ciencia jurídica hubiese advertido que, entre la cizaña que había que cortar, también nacía trigo limpio que convenía respetar.

Las medidas prohibitivas de los pactos sucesorios, en general surtieron efecto, pero había una clase especial de pactos, los convenidos en contemplación al matrimonio, que la costumbre intentaba introducir una y otra vez desoyendo las prohibiciones del Derecho oficial. Ocurre con el Derecho, que en principio, la ley, protegida y sostenida por el poder político, triunfa fácilmente sobre los usos y costumbres; más cuando una misma costumbre insiste machaconamente en dejarse cubrir por la riada legislativa para emerger de nuevo, acaba por derrotar a la ley, y es buen legislador aquel que al advertir la reiteración de una costumbre contra ley, piense que es casi seguro que la razón esté de parte de la costumbre.

Así ocurrió con las prohibiciones romanas en orden a los pactos sucesorios; resultaron eficaces contra ellos, excepto los convenidos en consideración al matrimonio. Habremos de volver sobre las causas de este fenómeno; baste por ahora con señalarlo.

Muy distinta fue la postura de los Derechos de tipo germánico, en los que resulta más difícil seguir la evolución del problema de los pactos sucesorios, porque el Derecho germánico era esencialmente consuetudinario y su fijación en textos escritos fue tardía. Por ello, es explicable, que no encontrando la costumbre demasiado cortapisas para manifestarse y propendiendo siempre hacia el pacto sucesorio, terminase por triunfar en mayor o menor grado la tendencia consuetudinaria tolerante, sobre el Derecho oficial, que entre los germanos tuvo escasas manifestaciones hasta la recepción del Derecho romano y, aun entonces, la influencia de éste fue relativamente débil porque el Derecho romano sea cual fuere su prestigio era al fin y al cabo un Derecho extranjero.

Quedaron así dibujados dos regímenes distintos, el latino, contrario a los pactos sucesorios, aunque tolerante con los de carácter matrimonial, y, el germano, que admite ampliamente y con carácter general los pactos sobre la sucesión. La dualidad de sistemas sigue subsistiendo hoy.

## *2. El Derecho romano; su reacción contra los pactos; razón de la prohibición.*

En el Derecho romano, si bien no se encuentra una prohibición general de los pactos sucesorios, no cabe desconocer su sentido decididamente restrictivo. En lo que se refiere a los pactos sucesorios positivos o de succedendo, su prohibición se infiere de una serie de textos tales como Dig. 34.4.4 y 45.1.61 y Cód. 2.4.34 — 5.14.5 y 8.38.4. La promesa de igualdad por la que el padre se obligaba a no dejar a un hijo determinado menos que a los demás, fue condenada por un Rescripto imperial del año 259 (Cód. 2.3.15), aunque acabó siendo admitida por la Novela 19 del Emperador León que abolió la referida disposición.

En lo que se refiere a los pactos de non succedendo la postura prohibitiva fue mucho más explícita, así Dig. 38.16.16 y Cód. 6.20.3, que no reconocen efectos a la renuncia que la hija dotada haga a los derechos eventuales en la sucesión paterna; lo mismo en Cód. 3.28.35 respecto a la renuncia al derecho eventual a intentar la querella inofficiosi testamenti; y Dig. 35.2.15 referente a la renuncia anticipada a los eventuales derechos sobre la cuarta falcidia; y, sobre todo, en Cód. 2.3.30.

También en lo que se refiere a los pactos de hereditate tertii, el Derecho romano fue explícito al manifestar su postura contraria a tales pactos, según resulta de Dig. 18.4.1, 39.5.29 y 34.9.2; y Justi-

niano generalizó la norma prohibitiva (Cód. 2.3.30), si bien admitiendo la excepción de que el pacto sería válido si el tercero, conociendo el pacto, lo hubiese aprobado y falleciese sin haber revocado tal aprobación.

Pero es curioso observar, como esta proliferación de textos contrarios a los pactos sucesorios, destaca la impresión de que fuesen normas de policía, como si el Derecho escrito, el Derecho oficial, hubiese tenido que estar constantemente en la brecha reaccionando contra manifestaciones consuetudinarias; como si la costumbre hubiere tendido a deslizarse hacia los pactos sucesorios y el Derecho oficial hubiese tenido que reaccionar reiteradamente acudiendo a reprimir esas costumbres que se consideraban indignas de protección y reconocimiento. Más cuando las costumbres se producían con respecto a pactos convenidos en consideración al matrimonio, el Derecho oficial se desprendía de su rigor prohibitivo y se hacía tolerante. De este fenómeno ofrece abundantes rastros el Derecho de Roma: Así, los pactos de "lucranda dote" o de "lucranda donatione propter nuptias", a virtud de los cuales, la dote, normalmente constituida por el suegro, podía serlo a calidad de que en caso de permoriencia de la mujer quedase el marido exonerado de toda obligación de restitución, con lo cual venía a heredar la dote. Véase en tal sentido Dig. 33.4, 23.4.12 y 23.4.30 y Cód. 5.14.6.

Fuera de la órbita matrimonial, fueron contadísimas las excepciones a la prohibición de los pactos sucesorios, aunque alguna hubo; así, por ejemplo, Cód. 2.3.19, que recogiendo un rescripto del Emperador Diocleciano del año 290, admite la validez del convenio entre dos hermanos militares, en virtud del cual, el que sobreviviese de un combate inminente heredaría al que pereciese en él; o la "societas omnium bonorum" que comprende también las herencias futuras que llegasen a corresponder a uno de los socios (Dig. 17.2.3) y la "divisio parentis inter liberos" admitida en la Novela 18, capítulo 7, y en la 107, capítulo 3; rara institución ésta, de la partición hereditaria hecha en vida, que ha pasado al artículo 1.056 de nuestro Código Civil originando las mismas dificultades interpretativas que debió ya causar en el Derecho romano.

En la monografía de Michaélides-Nouarros sobre los pactos sucesorios en Derecho bizantino, (París, 1937), puede verse una interesante exposición de los fundamentos que pudo tener la reacción del Derecho romano contra los pactos sucesorios, para lo que, apoyándose en las fuentes, tanto literarias como jurídicas, describe el bajo tono moral de las costumbres romanas desde los últimos tiempos de la República y el deseo de acumular riquezas en breve tiempo sin reparar en los medios para conseguirlo; como secuela, la proliferación de cuantiosos préstamos y con ellos la de la usura: Al parecer, no fue infrecuente que los hijos de familia rica acudiesen al préstamo, ya fuese para mantener el fabuloso tren de vida de las clases altas, ya fuese para arriesgarse en especulaciones aventuradas: Los prestamistas no

ignoraban que les sería difícil o imposible recuperar el préstamo mientras el hijo prestatario no heredase a su padre, pero al olor de cuantiosas ganancias los usureros no tenían inconveniente en esperar; la espera, a veces se elevó a la categoría de forzosa, conviniéndose que no se podría reclamar la devolución del capital prestado hasta que después de la muerte del padre del prestatario. Pero esta clase de convenios que exigían ejercitar la paciencia hasta la muerte de una persona, eran peligrosos en Roma, donde la técnica del envenenamiento adquirió notable desarrollo al abrigo de la impunidad que le brindaba el desconocimiento de los análisis y de la autopsia. En el mismo orden de cosas se alineaban las llamadas "instituciones captatorias", que resultaban de las adulaciones u otros medios que los captadores empleaban para inducir a una persona a que testase a su favor, unas veces confiando el captador en que el testador atendería a sus deseos, y otras asegurando sus esperanzas con verdaderos convenios contra los que el Derecho hubo de reaccionar: El senado-consulta macedoniano prohibiendo los préstamos a los hijos de familia, y la ley 61 Dig. 45.1 que prohibía la "stipulatio poenae" para el caso de que no se instituya a determinada persona como heredero en testamento, respondían sin duda al deseo de evitar el "votum mortis" y a garantizar en lo posible la vida humana frente a pactos francamente peligrosos, al menos en aquel entonces.

En las fuentes literarias puede verse esta misma preocupación; así, en Salustio, en Séneca el Rector y, en el propio Cicerón que en su discurso pro Cluentio da una imagen expresiva de la frecuencia de los envenenamientos hacia el fin de la República. Y en cuanto al citado Séneca, contemplando el contrato que otorgan dos hermanos sobre la sucesión de su padre todavía viviente, lo califica de "acuerdo de parricidas": Petronio en el Satiricón dice que los hombres se dividen en dos partes, los testadores y los captadores de testamentos. Y aunque, claro es, que los textos literarios responden a distintas finalidades que los jurídicos y suelen adolecer de manifiestas exageraciones extrañas al Derecho, no cabe duda que tienen un valor de reflejo de costumbres y modos de vivir, que tampoco cabe olvidar.

Todo ello debió ser el origen de la contraposición, entre las costumbres propensas a los pactos sucesorios, y el Derecho oficial reaccionando constantemente contra ellos, unas veces por considerarlos inmorales, contra "bonos mores", otras veces como contrarios al orden público o a las leyes romanas.

Muy posiblemente la postura negativa del Derecho escrito, no sólo obedeció a razones morales sino también a otras de técnica jurídica intuidas con más o menos claridad. Ya se ha dicho que las disposiciones de última voluntad son la resultante de la suma de dos elementos, la voluntad y la muerte; actúa en ellas la muerte como una "condicio", de tal manera, que mientras vive quien emitió la voluntad ésta carece de eficacia y, no es de extrañar, que ello, inclinase al genio jurídico romano a repudiar todo lo que inmovilizase la voluntad mortis

causa, ya fuese el testamento con cláusula de irrevocabilidad, ya fuese el contrato sucesorio.

### 3. *El Derecho germánico.*

Profundas son las diferencias que se advierten en el proceso formativo del Derecho germánico con respecto al romano. Los habitantes del Lazio eran raza de campesinos, con esa fuerte dosis de sentido realista de que suele disfrutar la gente del agro: Pero Roma, que conquistó militarmente a Grecia, se dejó conquistar por ésta en el orden de la cultura y, así, de la conjunción de la maravillosa filosofía de los griegos y el sentido común de los latinos, surgió esa entidad magnífica que es el Derecho romano.

Muy distinto fue el proceso formativo del Derecho de los germanos: La cultura germánica primitiva apenas rebasó la base tribal y, su Derecho, casi siempre consuetudinario, era el Derecho de un pueblo de pastores y habitantes de los bosques, envuelto en una aroma de espontaneidad que ciertamente cautiva, pero lleno de instituciones no bien elaboradas, en muchas ocasiones meros atisbos, simples balbuceos.

Así, por ejemplo, la "güewere", amasijo de la tenencia material de la cosa con el poder jurídico sobre ella, es un concepto embrionario ampliamente superado por la correcta distinción romana entre el hecho físico de la tenencia y el vínculo jurídico o espiritual que somete la cosa al señorío de su propietario. Pero tal distinción conceptual, obra del genio jurídico romano, no la pudo conseguir el Derecho germánico.

La colisión entre varios propietarios de una misma cosa la resolvieron elegantemente los romanos mediante la idea del proindiviso, ininteligible para la mente germánica primitiva que se limitó a considerar a cada propietario como dueño de toda la cosa, a través de la figura de la propiedad en mano común que, en rigor, no significa otra cosa que el fracaso en la solución del problema.

Era natural, que el Derecho germánico, no pudiendo concebir la figura jurídica del testamento tan difícil de entender, solventase la cuestión acudiendo a la compraventa de la herencia, porque la compraventa es hija legítima de la permuta, y ésta, es la institución más visible, tangible y fácil de asimilar, de todo el Derecho privado: Y como la fijación del Derecho germánico fue muy tardía cuando por fin, al influjo del Derecho romano acabó por abrirse paso el testamento, se conservó también el contrato sucesorio. Al llegar la etapa codificadora, se mantuvo al lado del testamento la sucesión contractual con mayor amplitud que en los sistemas jurídicos latinos; ello era explicable, porque los germanos la habían conocido en su larga etapa consuetudinaria, y también porque razones históricas y sociales que no es el momento de analizar, hacen que el germano actual, se sienta profundamente enamorado de su propio germanismo.

Pero, si los vigentes Códigos alemán y suizo admiten con amplitud los pactos sucesorios, configuran cuidadosamente su naturaleza y efectos como institución mortis causa; como convenio que se refiere no a los bienes, sino a la herencia; esto es, a lo que el instituyente tenga al morir; y por lo tanto, sin privarle de la facultad de disponer de sus bienes por actos intervivos.

El artículo 2.286 del Código alemán dice así: "Por el contrato sucesorio no se limita el derecho del causante a disponer de su patrimonio por negocio jurídico entre vivos".

En cuanto al Código civil suizo, en el artículo 484, después de admitir la validez de los pactos sucesorios, añade que el instituyente conserva la libre disposición de sus bienes.

Claro es, que estos Códigos contemplan otros efectos de las disposiciones que el instituyente pueda llevar a cabo después de celebrado el pacto: El Código alemán, en sus artículos 2.287 y 2.288 concede al instituido acciones de restitución o de indemnización, pero únicamente cuando las donaciones, enajenaciones o gravámenes hayan sido otorgadas "con la intención de perjudicar al heredero o legatario contractuales", lo que viene a ser semejante a la postura que todos los Códigos adoptan en materia de fraude de acreedores. Pero, no constando la intención de perjudicar, las disposiciones intervivos que efectúe el instituyente son válidas.

El Código suizo prefiere un criterio menos subjetivo, y así, en su artículo 494 ya citado, permite la impugnación de las disposiciones mortis causa y donaciones que sean incompatibles con las obligaciones resultantes del pacto sucesorio: Por consiguiente, quedan fuera de la posibilidad de impugnación los actos dispositivos a título oneroso.

En suma, ni aún los modernos Códigos germánicos, han querido que hubiese personas humanas que en orden al ejercicio de su libertad patrimonial estuviesen en situación de jubilación. Criterio bien distinto era el del anteproyecto de Compilación aragonesa, según se verá más adelante.

#### 4. *Naturaleza y efectos del pacto sucesorio.*

Las vacilaciones que al Derecho le producen los pactos sucesorios no se limitan a afrontar la cuestión de su admisión o prohibición, ni a dilucidar si deben prohibirse unos y permitirse otros, ni a determinar las razones que abonan que unos sean admitidos y otros rechazados, sino que lo que constituye un verdadero laberinto es construir el pacto sucesorio y determinar su naturaleza y, en especial, los efectos que deba producir, hasta el punto, de que quizá sea la parte del Derecho de mayor confusión y desconcierto.

Comenzando por su naturaleza, es ya motivo de graves dudas si los pactos deban considerarse como negocio mortis causa o intervivos, pues tampoco es seguro ni claro cual sea el criterio diferencial entre

una y otra clase de negocios: Si ese criterio se basa en que los actos mortis causa se otorgan en consideración a la futura muerte de alguna persona, habría que calificar de actos mortis causa, el seguro de vida, la constitución de una pensión o usufructo vitalicio, o cualquier otra figura en que la vida (o lo que es igual la muerte) sea elemento principal; y no cabe duda que esos negocios, al menos hoy por hoy, se consideran como inter vivos, no obstante el relevante papel que en ellos juega la muerte.

Pero si, de acuerdo con lo que parece opinión dominante, son actos mortis causa aquellos que producirán sus efectos solamente después de la muerte del "de cujus", habrá que catalogar como mortis causa los pactos de sucedendo y de non sucedendo y, por el contrario, considerar como inter vivos los de hereditate tertii, puesto que estos últimos producen sus efectos a partir de la muerte del tercero, pero viviendo todavía quienes los concertaron.

Por otra parte, si se admite (lo que también es dudoso) que el pacto sucesorio pueda convenirse a título oneroso imponiendo contraprestaciones actuales al instituido, tales como la obligación de alimentar al instituyente, o concertándolos mediante precio, en tales casos no cabe duda de que el pacto empieza a producir algunos de sus efectos en vida del "de cujus" y, por lo tanto, parece hayan de ser calificados de actos inter vivos y no mortis causa: Grave objeción ésta, que algún sector de la doctrina ha tratado de soslayar distinguiendo en el pacto sucesorio a título oneroso dos negocios distintos, a saber: una disposición mortis causa por la que a título gratuito el instituyente nombra heredero al instituido y, una donación inter vivos de éste a favor de aquel en cuanto a la contraprestación actual; pero este rebuscado artificio, podría conducir en el mismo orden de ideas, a calificar a la compraventa de negocio jurídico a título gratuito, en el que el vendedor dona la cosa al comprador y éste a aquél el precio convenido. En la realidad, pacto sucesorio es una unidad, cuyas características no permiten fraccionarlo en una serie de convenios de diversa naturaleza.

Pero, estamos aludiendo a la posibilidad o imposibilidad técnico-jurídica de que el pacto sucesorio se concierte a título oneroso, y aquí la doctrina vuelve a manifestar su perplejidad. Prescindiendo de autores extraños a Aragón, puesto que, en definitiva, en el problema de Aragón ha de desembocar este breve estudio, resulta curioso considerar las opiniones de dos ilustres foralistas miembros de la Comisión redactora del anteproyecto de Compilación aragonesa: En el profesor Lacruz Berdejo, parece latir la idea de que la razón de obligar del pacto sucesorio hay que buscarla en el cambio; así, cuando en un escrito reciente expone un ejemplo en defensa de la sucesión contractual aduce el del hijo que consagra su vida al negocio familiar o al patrimonio de la familia; el pacto le asegura que su sacrificio no será estéril, y que, al fallecer el instituyente, recibirá el negocio o patrimonio a que ha dedicado su actividad personal. Pero esto, es puro

cambio, porque lo que viene a decir el padre instituyente es que asegura a su hijo que el negocio o patrimonio serán para él a cambio de la dedicación del hijo, ya desde ahora, a tales bienes.

Por el contrario, Palá Mediano, parece rechazar la onerosidad del pacto sucesorio, cuando ante la posibilidad de la desagradable figura de la compraventa de la herencia, la rechaza airadamente, imputando a quienes la supongan que ignoran lo que es el pacto sucesorio. Hubiese sido de desear que el ilustre tratadista terminase de explicar en que consiste.

La doctrina extranjera, siempre dentro del tono de vaguedades e imprecisiones que caracteriza la materia de los pactos sucesorios, se inclina, por lo general, a no considerar como tales más que los concertados a título gratuito, esto es, situándolos más o menos en la línea de las donaciones mortis causa; lo que no es incompatible con la posibilidad de que al instituido se le impongan obligaciones y cargas, que también existe en la donación sub modo y en la donación con cargas que, aun siendo parcialmente onerosas siguen siendo donaciones. Resultaría así, que para poder admitir como pacto sucesorio una determinada convención, sería menester que en ella se apreciase como carácter dominante el ánimo de liberalidad por parte del instituyente, aun cuando apareciese más o menos empañado por la imposición al instituido de obligaciones o cargas. Lo que ocurre es, que no deja de ser decepcionante, que a la hora de construir ex novo la teoría de los pactos sucesorios haya que recurrir a una de las figuras jurídicas, cual es la donación onerosa, más borrosa y desvaída, y en la que en definitiva hay que desembocar en criterios cuantitativos y, como tales, poco científicos.

Si son graves las dudas que suscita la naturaleza del pacto sucesorio, no son menores las que plantea la determinación de cuales deban ser sus efectos, en cuyo aspecto, la multitud de criterios dispares puede agruparse en las siguientes categorías:

a) La de quienes entienden que el pacto sucesorio puede ser libremente revocado por el instituyente; con ello, resultaría que el instituido no tendría en vida del "de cuius" derecho alguno sobre el patrimonio o la herencia de éste, sino una mera esperanza de suceder muy semejante a la del heredero voluntario nombrado en testamento. Claro está, que esa esperanza no sería transmisible ni embargable, y su materialización futura en un derecho sucesorio exigiría que el instituyente falleciese antes que el instituido y sin haber revocado su voluntad: En suma, el contrato sucesorio, no sería otra cosa que un testamento, que no obstante su forma, mera forma, contractual, seguirá siendo un testamento, o al menos sometido al mismo régimen que los testamentos.

Este fue el sistema a que el Derecho romano sometió la donación mortis causa, pero es de difícil aplicación al pacto sucesorio, al menos tal como la costumbre ha intentado siempre perfilarlo; y sobre todo,

incompatible con la posibilidad del pacto con causa onerosa, suponiendo que tal posibilidad exista.

b) Pretende otro sector de la doctrina, que el pacto sucesorio es irrevocable unilateralmente, pero este es su único efecto en vida del "de cujus". Así, la posición del instituido vendría a ser muy semejante a la que tiene el heredero legitimario, que es titular de una expectativa (algo más que la simple esperanza) de la que no puede ser privado a no mediar alguna de las causas legales de indignidad o desheredación. Con todo, esa expectativa no llega a ser un derecho, ni aun siquiera condicional y, por lo tanto, no es transmisible ni embargable en vida del "de cujus", ni concede al instituido derecho alguno sobre el patrimonio de aquel hasta que fallezca.

c) Un tercer criterio, entiende que el pacto sucesorio confiere al instituido un verdadero derecho, bien que sometido a la condición de que sobreviva al instituyente, sobre el patrimonio de éste: Como tal derecho condicional es cedible y embargable y no priva al "de cujus" de su capacidad para disponer de bienes determinados por actos intervivos, aunque si le impide revocar unilateralmente el pacto, ya sea testando ya sea concertando con otra persona un nuevo pacto sucesorio. No obstante, parece que el instituido podrá adoptar medidas cautelares contra los actos del instituyente cuando deliberadamente vayan encaminados a perjudicar al instituido. Viene a ser el régimen de la donación mortis causa otorgada con carácter irrevocable, figura un tanto extraña, que ya se ha dicho, no fue admitida por el Derecho romano clásico. Con todo, esta corriente de opinión parece ser hoy por hoy la que se va abriendo camino.

d) Pero un último criterio, reforzando hasta el límite la eficacia del pacto sucesorio, le concede efectos actuales importantísimos; desde luego el pacto es irrevocable, pero además confiere al instituido un derecho no ya condicional, sino puro, y como tal, embargable, cedible y transmisible a los herederos del favorecido. El instituyente pierde incluso la facultad de disponer por actos intervivos de bienes determinados, tanto de los que le pertenezcan al tiempo del pacto, como de los que adquiera con posterioridad por cualquier título; si bien esta pérdida de la facultad de disponer no es absoluta ni se transmite del todo al favorecido por el pacto, sino que pasa a ser compartida por instituyente e instituido requiriéndose el consentimiento conjunto de ambos.

Así, el instituyente, en cuanto a su patrimonio contemporáneo del pacto, lo único que retiene es algo muy semejante al usufructo unido a una especie de veto en cuanto a las enajenaciones de los bienes que lo integran. Hasta aquí, la cosa no choca con la autonomía de la voluntad; pero si se piensa en que todo cuanto el instituyente adquiera en lo futuro, quedará automáticamente sometido al mismo régimen, hay que reconocer que ha perdido toda capacidad de adquirir, excepto el usufructo, por cuanto la nuda propiedad hará tránsito inmediato a favor del instituido; y esto, choca ya abiertamente con las

comunes convicciones en materia de personalidad, que es materia ante la que se estrella la autonomía de la voluntad, y en la que no es imaginable la situación de "clases pasivas".

Pues bien, esta última concepción del pacto sucesorio, es la que se desprendía del anteproyecto de Compilación de Aragón. Ya se verá más adelante como ha quedado en el texto vigente.

En suma, el pacto sucesorio plantea una serie de interrogantes: ¿Es negocio jurídico mortis causa, que sólo produce efecto después de la muerte? ¿O será negocio inter vivos, puesto que puede producir algunos efectos antes de la muerte? ¿Es lícito tan solo en la esfera de la familia, o también fuera de ella? ¿Debe admitirse exclusivamente el pactado en capitulación matrimonial? ¿La premoriencia del instituido deja al pacto sin efecto? ¿El derecho del instituido es transmisible? ¿Pierde el instituyente la capacidad de disponer por actos inter vivos? En fin, gravísimas cuestiones que nunca consiguieron soluciones definitivas y claras.

##### 5. *La solución de la técnica; donación "mortis causa".*

Conviene insistir en la posición romana respecto de la sucesión contractual: Se había proclamado como dogma indiscutible la variabilidad absoluta de la voluntad mortis causa cuando esta se declaraba en forma unilateral a través del testamento. Pero las mismas razones que fundamentaban el principio exigían, por esa lógica tan del gusto romano, prohibir las declaraciones de última voluntad hechas contractualmente, puesto que el efecto natural de todo contrato es vincular irrevocablemente a quienes lo otorgan. Sin embargo, la prohibición de la sucesión por contrato no se formuló categóricamente, y, en todo caso, se admitieron excepciones, pocas aunque indudables, y que se justificaban por diferentes causas; unas veces por razones subjetivas, como el contrato entre militares ante la inminencia del combate; otras veces porque se trataba de pactos accesorios de un convenio principal, como la "societas omnium honorum"; otras, en fin, porque se referían directamente a la institución matrimonial.

Las excepciones eran tan escasas, que no hubieran tenido trascendencia, y en todo caso, el Derecho escrito las regulaba, con lo que quedaban resueltas las dificultades: No era ahí donde estaba el problema, sino en la contraposición entre el Derecho oficial, aferrado a los pactos sucesorios, y la costumbre, tendente siempre hacia ellos, especialmente a los de carácter familiar, reiterada a través de siglos y siglos, en todo el norte de la cuenca mediterránea, es decir, en los territorios más profundamente romanizados.

Cuando cayó el Imperio, fue consecuencia inevitable la debilitación del que había sido su Derecho escrito; no desperdició la coyuntura el Derecho consuetudinario que, por ello alcanzó en la Edad Media su mayor desarrollo.

Preocupó a la técnica jurídica de los romanos, y más todavía a la de los juristas medievales, esta oposición entre el principio de ambulatoriedad de la voluntad mortis causa y la tendencia popular al pacto sucesorio. Por fin, se creyó encontrar la fórmula coordinadora, acudiendo a la figura de la donación, que por ser institución acaballada entre lo unilateral y lo bilateral resultaba especialmente idónea para tal finalidad. Y aun dentro de la donación se acudió a dos figuras, la donación mortis causa y la donación de bienes futuros, cuyos perfiles son todavía más vagos que los siempre imprecisos de toda donación.

Pero las soluciones nebulosas, aunque inicialmente resulten cómodas, acaba por advertirse que su misma vaguedad deja los problemas sin resolver: Así, la donación mortis causa era una institución cuyo concepto no quedaba nada claro. Para Justiniano (*Instituciones*, Libro II, Tit. 7, I) era donación por causa de muerte la que se hacía pensando en la muerte, así, por ejemplo, (y los ejemplos son de Justiniano), cuando la donación se hace de tal modo que si el donante premuere al donatario éste se quede con la cosa donada, mas si el donante sobrevive al peligro previsto, o se arrepiente de la donación, o muere antes el donatario, pueda el donante recuperar lo donado. No resulta fácil determinar si el emperador entendía por donación mortis causa la que se hace en peligro de muerte o la que se otorga para que surta sus efectos después de la muerte. En las Partidas parece latir todavía la idea de que se trata de las donaciones hechas en peligro de muerte: Pero la opinión jurídica medieval acabó por entender que se trataba de la donación que había de surtir efectos después de la muerte del donante, se hiciese o no en contemplación a un peligro inminente.

Semejante criterio, ni muy claro ni aceptado por todos, condujo a la idea de la posibilidad de la donación de los bienes futuros, entendiéndose por tales los que el donante tuviese al tiempo de fallecer, puesto que era donación en la que jugaba la idea de la muerte, hecha en contemplación a la muerte; y ello era correcto si por donación mortis causa había de entenderse la que produjese efecto después de la muerte; pero no lo era si por donación mortis causa se entendía la hecha en consideración al riesgo de una muerte inminente.

La vaguedad de tales figuras híbridas se manifestaba también al tratar de precisar sus efectos: En Derecho romano, la donación mortis causa era libremente revocable, y aun quedaba automáticamente sin efecto si el donatario moría antes que el donante o si desaparecía el peligro de muerte en contemplación al cual había sido hecha.

No está claro que el Derecho romano previese la posibilidad de la donación de bienes futuros, difícil de encajar en un sistema jurídico en que la tradición (al menos antes de Justiniano) tenía tan relevante importancia para el desplazamiento del dominio. En el Código de Alfonso X tampoco resulta admitida explícitamente tal posibilidad, pues, aunque algunos han creído verla en la Partida V, Tit. IV, Ley 8.<sup>a</sup> (“E por ende decimos, que si alguno por tal razón diese a otro *todo*

lo suyo o gran partida de ello...), es opinión aventurada, porque el Rey Sabio, probablemente, quiso referirse a la donación de todos los bienes presentes, mas no de los futuros, pues así parece abonarlo la expresión "todo lo suyo", que aleja de la mente los bienes futuros, que en el momento de la donación no son "suyos" del donante.

En la Ley 69 de Toro, recogida en la Novísima Recopilación (Libro X, Tít. VII, 2.<sup>a</sup>), parece aceptarse la posibilidad de la donación de bienes futuros, al decir, "Ninguno puede hacer donación de todos sus bienes, aunque la haga solamente de los presentes".

Pero sí resulta cierto, como dice Benito Gutiérrez, que por bienes futuros se entendían los que el donante tendrá en tal época o dejará al morir: Lo que en ningún texto aparece recogido, ni aun siquiera imaginado, es que la donación de bienes futuros signifique que a medida que el donante los vaya adquiriendo por cualquier título hagan tránsito automáticamente al donatario, porque ello implicaría una figura monstruosa sólo concebible en los sistemas que han admitido la esclavitud.

Las donaciones de bienes futuros y, en general, las mortis causa, eran una institución de tan hondo contenido sucesorio, que siguiendo la tendencia, ya iniciada por Justiniano, los sistemas latinos terminaron por equipararlas a los legados, y encajarlas en el Derecho sucesorio, que es donde está su verdadero lugar.

## 6. *La solución popular; capitulación matrimonial.*

Mientras la técnica se enredaba cada vez más en sutilezas y retóricas a propósito de la donación, la costumbre seguía imperturbable canalizando los pactos sucesorios hacia las capitulaciones matrimoniales, dejando al cuidado de los juristas el hallar el fundamento de que la sucesión paccionada se considerase vitanda si se establecía fuera de capítulos, y aceptable si convenida en ellos. Resulta interesante anilizar esta aparente contradicción.

Se podría pensar que se trata de una mera cuestión de forma: La voluntad sucesoria paccionada es válida si vertida en el molde de una clase especial de contrato, el de capitulación matrimonial; y no lo es, si manifestada en cualquier otro tipo de contrato. La cuestión, así planteada, deja el ánimo confuso, pues no se comprende bien cómo un requisito formal pueda convertir en cosa lícita y aceptable lo que sin él se considera inadmisibile.

Pero es que en Derecho la idea de forma, cuestión en sí misma de poca monta, se enlaza directamente con la idea de causa, y esta sí que es trascendental.

En principio, el Derecho objetivo, antes de desplegar su poderosa protección a la autonomía de la voluntad quiere saber la razón de ser de la voluntad declarada. Si esa razón es inmoral, o peligrosa, o necia, o tan fútil que su protección no resulte justificada, o, en fin, si la

razón no existe, el negocio se considera con causa ilícita, inmoral, o no protegible, o simplemente sin causa, y no obtiene la protección jurídica.

Todo esto es sugestivo y correcto; pero ocurre que su materialización en la vida es difícil y confusa. En primer lugar, porque el Derecho, al exigir una causa, se detiene en aquellas razones que socialmente se consideran suficientes para conceder la protección jurídica a la voluntad declarada, pero no puede profundizar en las razones íntimamente subjetivas que en lo profundo de la mente contribuyeron a que la voluntad comenzara a formarse: Son los llamados "motivos" para diferenciarlos de las "causas" propiamente dichas.

Pero fácil es comprender que la frontera entre el simple motivo, jurídicamente irrelevante, y la causa, elemento esencial de la voluntad, no puede ser más imprecisa. A ello se suma que aun dentro del campo de la "causa" su investigación y valoración es extraordinariamente difícil y muchas veces imposible.

Por ello, el Derecho objetivo, en ocasiones, prescinde de la confusa noción de causa como elemento justificativo de la protección al negocio, y la sustituye por la exigencia de una forma determinada, cosa mucho más visible y controlable. El Derecho objetivo, viene a decir, "las razones en que se funda este tipo concreto de negocio son tan evidentes que las protejo sin necesidad de más averiguaciones, pero exijo una forma determinada para tener la certeza de que se trata del tipo de negocio que quiero proteger".

La capitulación matrimonial, ¿es de aquellos negocios jurídicos en que la investigación de la causa es ociosa? Indudablemente, sí; porque su causa no es otra que el matrimonio. Por ello, y por otras razones que ya se expondrán, la capitulación matrimonial es negocio jurídico formal: Ahora bien, el contenido de las declaraciones de voluntad emitidas a través de la capitulación matrimonial puede ser muy complejo: ¿acaso, por la mera circunstancia de contenerse en capítulos matrimoniales, todas las declaraciones de voluntad vertidas en el contrato disfrutan de ese trato especial mediante el cual la forma lo ampara todo sin tener que acudir a la investigación de la causa? En principio, el contenido propio de la capitulación es la regulación del régimen económico del matrimonio; lo que rebasa tal finalidad, podrá haberse deslizado en la capitulación, pero será un negocio distinto que seguirá las normas que le correspondan según su propia naturaleza; se habrá producido una mera coincidencia documental, pero nada más.

Decimos que el contenido típico de la capitulación lo constituye el régimen económico del matrimonio; ¿pero sólo el régimen inter vivos?, o ¿será posible invadir también el terreno de las disposiciones mortis causa? Nos hemos habituado a considerar el Derecho de familia y el sucesorio como dos compartimentos estancos, lo que puede resultar cómodo para redactar un Código o para una exposición didáctica en la Cátedra, pero tiene poco fundamento en la realidad de la vida, en

la que lo familiar y lo sucesorio son dos esferas tan estrechamente enlazadas que quizá sean una sola. La sucesión hereditaria nació como un medio de conservar la familia, y este origen histórico sigue valiéndose como fundamento actual, pues al considerar el fenómeno jurídico de la sucesión mortis causa la doctrina sigue invocando como su principal razón de ser la continuidad del grupo familiar. Mucho sería pedir que al convenir el estatuto de la familia o establecer una donación dotal, los otorgantes supiesen configurar sus pactos con técnica tan exquisita que moviéndose ampliamente dentro del Derecho de familia contornease con rara habilidad la pretendida frontera que lo separa del sucesorio, para no invadir este último en el que la contratación está vedada.

Además, los bienes son accesorio de las personas, y no al revés, y por ello, en la institución matrimonial, allí donde la vinculación es lo personal es tan profunda y rigurosa, no produce repugnancia que se extienda también a lo patrimonial, y aun a lo sucesorio.

Los pactos sucesorios no son mercancía que la costumbre intente pasar de contrabando escondida en contratos matrimoniales, sino que si se permite a la autonomía de la voluntad convenir el régimen económico de la familia, hay que aceptar que dentro de tal regulación debe entrar también lo sucesorio: De no admitir tal posibilidad, el estatuto familiar queda incompleto, la capitulación se convierte en un contrato raquítico, de muy pobres posibilidades, y aun peligroso, puesto que obligará a los otorgantes a difíciles equilibrios técnicos para moverse en lo familiar sin invadir lo sucesorio.

No es, pues, una mera cuestión de forma el que los pactos sucesorios merezcan distinto trato si se convienen en capitulación matrimonial que si se establecen en otro contrato de distinta naturaleza; es más bien que, como ha dicho Roca Sastre, el matrimonio constituye la causa jurídica o razón legitimadora de los pactos sucesorios.

El profesor Castro, atendiendo al interés social de los negocios, distingue los de intercambio, cuyo alcance se limita a las partes, de los propiamente dispositivos, en los que se atiende principalmente a la voluntad del disponente: Pero el primer término de su clasificación trimembre comprende aquellos negocios "que vienen a crear una situación de cierta trascendencia general", tales como los que se refieren al estado civil de las personas, a la creación o funcionamiento de una persona jurídica, etc.; la circunstancia de que en ellos el interés protegible rebasa la esfera individual, lleva a dar más importancia a la publicidad y seguridad, recortando, en consecuencia, la libertad y la voluntad.

Si se trata de encajar el pacto sucesorio en uno de los tres términos de la clasificación del ilustre civilista, habrá que comenzar por rechazar su inclusión entre los negocios de intercambio para alejar el recuerdo de la compraventa de herencia, figura que desazona a todos los juristas, incluso a los más partidarios de la sucesión contractual: Pero habrá también que desechar los negocios en que preponderante-

mente se atiende al poder dispositivo del declarante, porque la finalidad del pacto sucesorio rebasa la del acto de mera disposición mortis causa, que para eso ya está el testamento, sino que atiende a dar estabilidad y fijeza a situaciones familiares que exceden del interés individual. En suma, el pacto sucesorio desemboca en el término de la clasificación que recoge los negocios de "cierta trascendencia social", en los que la publicidad y seguridad cuentan más que voluntad y libertad.

La tendencia universal del Derecho consuetudinario a rechazar los pactos sucesorios, excepto los convenidos en capítulos matrimoniales, resulta, si se considera cuanto se viene exponiendo, que no es infundada ni caprichosa, sino que refleja ese fino sentido más intuitivo que reflexivo, que el pueblo manifiesta a través de sus costumbres, y que le han llevado a mirar con animadversión al pacto sucesorio convenido en cualquier contrato que no sea de capitulación matrimonial, porque en este último concurren las condiciones deseables de publicidad y seguridad, y, sobre todo, porque es negocio que pondera el interés de la familia que se crea y en el que el de los individuos cuenta menos que el del grupo familiar. En suma, porque mucho antes de que los juristas proclamasen que el matrimonio constituye la causa jurídica o razón legitimadora de los pactos sucesorios, el Derecho consuetudinario ya lo había intuido.

La aparente contradicción entre la variabilidad hasta la muerte de la voluntad mortis causa, rigurosamente mantenida siempre y en todo lugar por el Derecho oficial, y los esfuerzos del consuetudinario por introducir los pactos sucesorios convenidos en capitulación matrimonial, va quedando desvanecida; los dos contendientes tenían razón: El Derecho oficial, porque, en efecto, la vinculación que entraña el testamento irrevocable atenta a la idea de personalidad y excede de lo que a la libre voluntad le debe estar permitido: Y el Derecho consuetudinario, porque supo captar que el interés protegible en el pacto sucesorio capitular es preponderantemente el interés de la familia, ante el que se inclina el del individuo. Lo que ocurre es que, en cuestiones de Derecho, los intérpretes experimentan una tendencia, por lo demás explicable, a desembocar en soluciones genéricas, despreciando matices y sfumaturas en los que suele esconderse púdicamente la verdad. Así, los juristas de inspiración romana se sienten inclinados a proclamar a ultranza la variabilidad de la voluntad mortis causa y, por consiguiente, anatemanizan toda clase de pactos sucesorios: Por el contrario, los juristas de tipo germánico, al advertir que el pueblo tiende a consignar pactos sucesorios en sus capítulos matrimoniales, hacen tabla rasa y propenden a considerar lícitos tales pactos, sea cual fuere el contrato en que se establezcan.

Pero no son sólo razones teóricas las que sirven de fundamento al entronque entre la idea de pacto sucesorio y de capitulación matrimonial; concurren otras de tipo práctico, nada despreciables. La vo-

luntad no es voluntad más que cuando es libre; y contra esa libertad puede actuar la coacción en sus dos facetas de física y moral.

La coacción física, la violencia, tiene poca importancia para el Derecho civil, porque siendo un fenómeno que se suele presentar con escandalosa evidencia, resulta fácil la impugnación de la voluntad viciada, o mejor, inexistente: ; Pero, qué difícil es investigar el misterioso campo de la coacción moral!; y de esto sí que sabe algo el autor de estas líneas, después de treinta años de autorizar declaraciones de voluntad mortis causa: Al comenzar a ejercer la profesión de Notario, se teme a los problemas que puede plantear el juicio de capacidad de los otorgantes, pero, pronto se advierte, que es materia que suele ofrecer pocas dudas, pues la incapacidad raras veces resiste un ligero examen sin ponerse en evidencia. Pero la coacción moral es mucho más solapada, no tan infrecuente como pudiera creerse, y encuentra fáciles posibilidades en los negocios mortis causa, que han de surtir sus efectos después de la muerte del disponente cuando éste ya no puede venir a explicar lo que ocurrió y se ha llevado a la tumba la clave de la impugnación. Por ello, las leyes extremaron su cautela en los negocios mortis causa, defendiendo celosamente el principio de su variabilidad o revocabilidad "usque ad mortem"; y en esto la coincidencia de los sistemas jurídicos es universal y absoluta.

Ahora bien, si la costumbre pugna por introducir la eficacia de ciertos pactos sucesorios, como tales pactos irrevocables, hay que procurar rodearlos de garantías que aseguren, en la medida de lo posible, que se han otorgado sin tacha ni sombra de vicio de la voluntad: De no ser así, resultaría absurda la postura de juristas y legisladores, aprensivos y escrupulosos vigilantes de la revocabilidad de las disposiciones mortis causa contenidas en testamento, y complacientes espectadores de la irrevocabilidad si la disposición mortis causa se otorgaba en contrato.

Cuanto antecede puede contribuir a explicar que la costumbre, con la imprecisión pero con la sensatez que suele caracterizarla, haya reservado la eficacia de los pactos sucesorios a los convenidos en capítulos matrimoniales: Ello no es casualidad ni capricho, sino que el contrato de capitulación, por el momento y circunstancias en que se otorga, personas que en él intervienen, y formalidades que la ley exige, resulta especialmente tranquilizador en orden a la coacción.

## 7. *El Código civil.*

La antítesis romana entre la postura negativista del Derecho frente a los pactos sucesorios y la admisión de ciertas excepciones concretas, en especial los matrimoniales, ha transcendido en España el vigente Código civil.

La prohibición con carácter general se contiene en el artículo 1.271 del Código, que determina, que sobre la herencia futura no se podrán

celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056. Esta prohibición genérica tiene manifestaciones concretas en el artículo 658, que al enumerar los modos de deferirse la herencia invoca solamente el testamento y la ley, no aludiendo para nada al contrato; y en el artículo 1.674 que prohíbe comprender en la sociedad universal los bienes que cualquiera de los socios adquiera con posterioridad, por herencia, legado o donación.

En contraposición con el criterio prohibitivo, el Código se deja invadir por numerosas excepciones en la órbita del Derecho de familia: Así, el artículo 831, que permite establecer en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges pueda el sobreviviente distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes sin perjuicio de las legítimas y mejoras que el finado hubiere hecho en vida; esta norma es muy similar a la que con mayor amplitud establece el Derecho aragonés y de cuya facultad es frecuentísima hacer uso en Aragón, al paso que en los territorios de Derecho común tan apenas tiene aplicación práctica, lo que seguramente obedece a la facilidad existente en aquella región de poder encomendar la fiducia no sólo por pacto capitular sino también en testamento. El artículo 826 permite la promesa de mejorar o no mejorar, hecha en capitulaciones matrimoniales. El artículo 825 permite que en el contrato de donación entre padre e hijo se pueda establecer que la donación tendrá el carácter de mejora: Y el artículo 174 permite ampliamente el pacto sucesorio en la adopción y, aún, impone con carácter forzoso el efecto sucesorio en el artículo 179 cuando se trate de adopción plena.

Los artículos 1.315 y 1.331 permiten que en capitulaciones matrimoniales puedan los cónyuges pactar sobre los bienes futuros y, en especial, el último de los artículos citados, admite expresamente la donación de bienes futuros para caso de muerte, que indudablemente representa un pacto sucesorio, como así lo reconoció la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de noviembre de 1925; y este criterio parece ser aplicable también a las donaciones matrimoniales que la mujer hubiese hecho al marido a tenor del artículo 1.378 del Código civil, invocando el cual, parece podría establecerse el pacto de lucranda dote que admitía el Derecho romano.

Fuera de la órbita familiar no hay otra referencia que la del artículo 1.674 ya citado, respecto de la sociedad universal, que si bien impide incluir en ella los bienes futuros que se adquieran por herencia o legado, permite la inclusión de sus frutos.

En cuanto a la facultad de hacer la partición de una herencia por acto intervivos reconocida en el artículo 1.056, no puede calificarse de pacto sucesorio, puesto que, de la interpretación jurisprudencial del precepto se deduce que el contrato particional requiere siempre un testamento que le sirva de base, la revocación del cual provoca automáticamente la de la partición intervivos, resultando con ello que lo

que realmente produce el efecto sucesorio no es el contrato sino el testamento que le sirve de base, que como tal testamento es revocable y, por consiguiente, no vincula al testador.

En resumen y, en líneas generales, el Código civil se mantuvo fiel a la postura romana contraria a los pactos sucesorios, excepto los convenidos en la esfera del Derecho matrimonial: Lo que ocurre es que, desaparecido casi por completo el uso del contrato de capitulaciones matrimoniales, puede asegurarse que en la vida real, en territorios de Derecho común no se encuentra hoy otra manifestación de los pactos sucesorios que los convenidos en escritura de adopción, y alguna donación establecida como mejora al amparo del artículo 825: Más frecuente es que a tenor del artículo 1.036 el donante exima al donatario de la obligación de colacionar, que con un criterio amplio podría también considerarse como pacto sucesorio.

## II

### LOS PACTOS SUCESORIOS EN ARAGON

#### 8. *Característica del Derecho aragonés.*

Expuesto queda en líneas generales el planteamiento del problema de los pactos sucesorios y apuntadas las dos posturas legislativas que pueden distinguirse; la latina y la germánica. La primera (Código civil español, francés, etc.) es, en principio, contraria a tales pactos, pero, plegándose a la realidad consuetudinaria, los admite cuando se establecen en capitulación matrimonial: Lo que ocurre es, que dado el escasísimo uso del contrato por razón de matrimonio, el número de pactos sucesorios es casi inapreciable. La posición germánica es favorable a los pactos, ya se convengan en capitulación matrimonial o en otra clase de contrato; en todo caso su admisión en los Códigos alemán y suizo está hecha con la prudencia con que tradicionalmente los configuraba la costumbre en tales países, señaladamente, sin que el pacto prive al instituyente de su facultad de disponer de sus bienes por actos intervivos a título oneroso.

Al entrar en el estudio de la materia en Derecho aragonés, la primera cuestión que se plantea, es la de su adscripción al grupo jurídico latino o al germánico. Para ello, hay que comenzar por apartar la idea, pretendida por algunos, del carácter germanizante del Derecho de Aragón: Las invasiones germánicas en nuestra península, no fueron muy copiosas según las modernas investigaciones históricas; en todo caso se trataba de tribus muy romanizadas que en gran parte eran ya cristianas y hablaban en latín o en una jerga más o menos aproximada a la lengua de Roma; y, en suma, sus huellas, en el arte, en nuestra lengua, en nuestro Derecho y en nuestra cultura, no fueron decisivas. Por lo que se refiere a Aragón, los fundamentos de su Derecho son esencialmente romanos, y en tanto en cuanto ciencia jurídica.

en Aragón no hubo nunca otra que la romana, como acertadamente ha señalado Palá Mediano; sus juristas empleaban la técnica romana; sus bibliotecas albergaban los viejos textos del Derecho de Roma; romanista formado en Bolonia era Vidal de Canellas, autor de la Compilación de Huesca de 1247, cuya división en libros sigue la del Digesto; y hasta el mismo carácter negativista de algunas de las viejas normas jurídicas aragonesas refuerza la idea del romanismo, porque cuando Aragón quería apartarse del Derecho de Roma lo decía claramente, y hasta en cierto tono de protesta.

Lo que más tipifica al viejo Derecho de Aragón no es su pretendido germanismo, o, al menos, no romanismo, sino su carácter popular o, mejor, paccionado entre el Rey y las Cortes. El fermento de la resistencia contra las invasiones musulmanas se refugia en las montañas del Pirineo, pero allí queda estancado durante tres siglos aquel Aragón diminuto, poco más extenso que las riberas del río que le dio nombre. En aquel Reino doméstico el Rey conocía a sus súbditos y éstos a aquél, y el trato familiar hubo de originar cierto clima de camaradería entre el jefe y su pueblo, alineados hombro con hombro en la defensa del estrecho baluarte: Cuando, por fin, a fines del siglo XI arrancó avasalladora la reconquista aragonesa, ya no se perdió nunca aquel aire confianzudo de las relaciones del Monarca con el pueblo. Muy distinto fue el caso de León y de Castilla, que habiendo alcanzado muy pronto una gran extensión geográfica se fortaleció con ella el poder de sus Soberanos. Leyenda o no, la fórmula aragonesa del "Nos, cada uno valiendo como Vos, y juntos mas que Vos", refleja unas convicciones muy distintas de las del Cid castellano, que invitado a rebelarse contra su Rey que le había desterrado, a pesar de todo contesta, "Con Alfonso mio Señor, non querria lidiar".

Esta especial posición del Rey y el pueblo en Aragón, se refleja claramente en el tono en que están redactados muchos de los Fueros: Más que leyes propiamente dichas, son verdaderos contratos, discutidos cláusula por cláusula entre las Cortes y el Monarca.

Es curioso recordar, a guisa de ejemplo, la Declaración del Privilegio General, de Jaime II, en las Cortes de Zaragoza de 1325: El Rey comienza por recalcar su posición eminente, "... vestris supplicationibus annuentes, et condescendere volentes..."; a continuación viene el examen y resolución de los capítulos o peticiones formuladas por las Cortes; "a este capitol, responde el señor Rey...", y sus respuestas, unas veces son otorgando plenamente porque "le plaze muyto", al paso que otros capítulos ya no le placen tanto y concede menos de la petición que contienen: Pero terminada la parte dispositiva, las Cortes le dicen a su Rey que le agradecen mucho sus respuestas, las cuales "cum omnia reverentia admittimus, ac etiam acceptamus et eisden consentimus expresse". Resulta bien extraño para quien no sea aragonés ese lenguaje legislativo con el que el pueblo le dice al Monarca que acepta sus decisiones, eso sí, con reverencia, y que las admite y consiente expresamente.

Este sentido de cosa discutida y pactada es la nota característica del viejo Derecho aragonés, y no su pretendido germanismo. Lo que ocurría era que la Corona tendía a reforzar su posición trayendo a colación el Derecho romano, y no sólo porque le convenía arroparse con la teoría romana del "imperium", sino porque rodeado el Rey de una cámara de juristas, y como tales romanistas, le interesaba apoyarse en el Derecho de Roma, que por su difícil técnica y hasta por estar escrito en latín colocaba al Rey y sus letrados en favorable situación respecto del elemento popular.

Muy significativo es el hecho de que la Compilación de Huesca, inicialmente redactada en romance, fue más tarde (en 1300) traducida al latín por orden de Jaime II, y lo mismo se hizo con el Libro X de los Fueros, y con los aprobados en Zaragoza en 1367 y en Tamarite en 1375: Don Juan I ordenó la traducción al latín del Libro XI, aprobado en Monzón en 1390, y lo mismo hubo de hacer Don Martín I con el Libro XII, aprobado en Zaragoza en 1398, y así sucesivamente. Y en cuanto al Derecho supletorio en defecto del Fuero, si don Vidal de Canellas, en el proemio a la Compilación de Huesca, se remitía a lo que juzgasen los "naturales sesos de buenos omes e leales", que luego fue el célebre "naturalem sensum vel equitatem", se acabó por entender que el sentido natural y la equidad no eran otros que los deducidos del Derecho romano.

En cambio, el pueblo intentaba resistir la romanización aferrándose a la costumbre y a la razón natural, porque así podía intervenir en la administración de la justicia y en la legislación, hablando en su lenguaje llano y eludiendo en lo posible técnicas abstrusas que no conocía y una lengua que había dejado de ser viva. Pero, como era de esperar, triunfó la tendencia regia favorable al romanismo, siquiera de vez en cuando quebrada por algún grito de protesta popular, "de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem".

En suma, el viejo Derecho aragonés no fue germánico, ni tan siquiera mezcla de germánico y romano, sino que su esencia y su estructura son esencialmente romanas, bien que modalizadas y en ocasiones rectificadas por la fuerte intervención que el pueblo tuvo siempre en la labor legislativa.

## 9. *Antecedentes.*

La sucesión contractual fuera de capítulos matrimoniales no aparece planteada ni en los textos legales aragoneses, ni en la doctrina jurídica de aquel antiguo reino, ni en los diferentes proyectos legislativos o compiladores. Si en Aragón hubiese sido admitida la sucesión contractual extrafamiliar, es innegable que no sólo el derecho escrito, sino especialmente la doctrina, al llegar al estudio de las sucesiones habrían distinguido los tres tipos de sucesión, testamentaria, intestada y contractual; pero es inútil buscar manifestaciones de esta

trilogía, pues tanto el derecho positivo como el científico reiteran una y otra vez que la sucesión se defiende por testamento o por la ley; las referencias a pactos sucesorios sólo se encuentran en el capítulo de la sociedad conyugal paccionada, nunca en el de las sucesiones. Pero conviene examinar el problema, en el viejo derecho aragonés, en la doctrina y en los proyectos legislativos.

#### 10. *Los Fueros y Observancias.*

En todo el copioso derecho escrito aragonés no se encuentran otras referencias a la cuestión que la Observancia 2.<sup>a</sup> De testamentis; y el Fuero IV De donationibus.

Por lo que se refiere a la Observancia 2.<sup>a</sup>, su traducción es la que sigue:

*“Obsérvese que el último testamento siempre vale, aunque el primero estuviese garantido con juramento de no revocarlo o de que el difunto no pudiera mudarlo, porque el testador, mientras vive, puede mudar su testamento.”*

La Observancia, en términos muy semejantes a los de todos los Derechos, antiguos o modernos, consagra solemnemente el principio de que la voluntad mortis causa es variable mientras viva quien la emitió, protegiéndolo rigurosamente, por cuanto se declara ineficaz el juramento con que el testador hubiese pretendido vincularse; y resultaría incomprensible en un Derecho de tan hondo sentido práctico como el de Aragón proclamar cuidadosamente el principio de la ambulatoriedad de la voluntad mortis causa si se emitía en testamento y dejar abierto el amplio cauce de los contratos para que esa misma voluntad pudiese emitirse en forma irrevocable. La Observancia, bien que referida solamente al testamento, tiene un valor dogmático o de principio que no cabe desconocer.

Se ha expuesto ya que la antítesis entre la libre revocabilidad de las disposiciones mortis causa y la costumbre de establecer en capítulos matrimoniales pactos sucesorios y, como tales, no revocables unilateralmente, procuró solucionarla el Derecho medieval en casi todos los países acudiendo a confusas figuras de donación mortis causa o de donación de bienes futuros. No fueron excepción a esta corriente los juristas aragoneses, pero la imprecisión de semejantes remedios debió exigir que a fines del siglo XIV el Rey Don Martín dictase el Fuero IV de Donationibus que por ser el único antecedente legislativo que invocan los partidarios de la sucesión contractual extrafamiliar merece la pena transcribir; la traducción del Fuero dice así:

“FUERO IV.—La donación que es hecha por alguno, de sus bienes en general, o también de los bienes habidos y por haber, a alguna persona que no sea hijo suyo, o hijos suyos, legítimos y naturales, en la cual el donante no deje nada a su hijo o hijos legítimos y naturales ya nacidos, no valga si tenía hijos o hijas legítimos y naturales al tiempo

de la donación; y esto, cuando se hace instancia por ellos contra la misma donación. Y si después de la donación, nacen alguno o algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hubiere hecho mención en el tiempo de dicha donación, por este solo hecho, dicha donación se hace nula y tenida por no hecha.”

El Fuero refleja claramente su carácter restrictivo respondiendo a los recelos y preocupaciones que al buen sentido de los aragoneses produjeron siempre los confusos perfiles de la donación. Por ello, el antiguo Derecho de Aragón en materia de donaciones en general, amontonó precauciones, tales como la fianza de salvedad, la necesidad de que el donatario tomase posesión de los bienes donados en el término máximo de un año, o la exigencia de la insinuación judicial. Este trámite de la insinuación, regulado en el Fuero V De donationibus, no fue, como en otros países, un mero formalismo a efectos de publicidad, sino que implicaba en Aragón un severo expediente judicial al que el juez ponía término mediante “decreto” en el que libremente se pronunciaba en el sentido de conceder o denegar su autorización para la donación, después de rigurosos trámites procesales, entre los que no faltaba la declaración de testigos, que tanta importancia debía tener cuanto el propio Fuero V prohibía que los testigos que hubiesen depuesto en el expediente judicial actuasen después como testigos en la escritura de donación. Es decir, algo parecido a lo que hoy ocurre con los expedientes de adopción, en los que la intervención judicial no es la que solemniza la adopción, que para eso está la escritura pública, sino que el juez examina si la pretendida adopción es o no conveniente para el adoptando, lo que representa un control estatal que no existe normalmente en el Derecho de obligaciones y contratos.

El correr de los siglos arrastró la fianza de salvedad, la insinuación judicial y demás garantías de la donación; pretender que de esta desbandada general lo único que el desuso respetó fue la mera alusión a la donación de los bienes por haber, contenida en un Fuero del siglo XIV dictado para evitar peligros y abusos, enérgicamente restrictivo, y querer levantar sobre cimiento tan endeble nada menos que el edificio de la sucesión contractual, parece realmente excesivo.

En materia de donaciones de bienes futuros es menester formarse idea clara de cual sea su verdadero contenido, porque tales donaciones aparecen, por regla general, englobadas en esa institución consuetudinaria común en las costumbres pirenaicas que se conoce con el nombre de “heredamiento”. Los heredamientos tienen múltiples facetas que dificultan elaborar un concepto unitario de la institución: En ocasiones, el heredamiento contiene una donación actual de bienes presentes, ya sea de bienes concretos ya sea de todos los que en ese momento tenga quien lo otorga; y esto es pura y simplemente donación: Otras veces, esa donación normal se matiza con reservas de usufructo o de facultades dispositivas. Pero hay veces que el heredamiento se refiere a bienes concretos y determinados que el heredante

no tiene todavía, pero que espera adquirir, generalmente a título de herencia, y en estos casos empieza a ser ya difícil determinar si el heredante pierde la facultad de disponer por actos intervivos de esos bienes determinados, o si, por el contrario, cuando los adquiriera pasarán automáticamente al heredado. Mas cuando el heredamiento se refiere a todos los bienes futuros, lo que se está donando es la herencia del heredante, esto es, no ya bienes concretos y determinados, sino todo el complejo patrimonial que el heredante deje al fallecer: Se trata, pues, de donación de la herencia; pero la herencia la componen los bienes que una persona tiene a su muerte y, en principio, no obstaculiza este tipo de heredamientos a la libre facultad del heredante de disponer por actos intervivos de sus propios bienes, ya que de lo único que se desprende es de la facultad de disponer de su herencia por testamento o de transmitirla abintestato.

Este carácter de la donación de los bienes futuros, entendida no como donación de bienes sino como donación de herencia, es el consagrado por todos los regímenes jurídicos que la han conocido, y es el que late en el sistema jurídico aragonés, en el que, por ejemplo, Sessé (Decis. 360, núm. 16), por no citar autores modernos, lo reconoce claramente al decir con frase elegante que tales donaciones “in sui principio sunt contractus, in effectu vero ultimae voluntates”. Y es notable que este principio, admitido incluso por los modernos Códigos civiles germánicos, como el alemán y el suizo, apareciese desconocido en el anteproyecto de Compilación y sustituido por un nuevo principio general, el de que el instituyente pierda la facultad dispositiva intervivos con respecto a todos sus bienes, tanto los que tenga al presente como los que en lo futuro adquiriese por cualquier título oneroso o lucrativo, cuya novedad resultaba de consecuencias incalculables.

Y no hay más precedentes de los pactos sucesorios, o de algo que se les asemeje, en todo el viejo Derecho escrito de Aragón.

### 11. *La doctrina.*

En la doctrina jurídica aragonesa, tanto antigua como moderna (hasta llegar a la reciente etapa de elaboración de la Compilación), no se encuentra un solo autor que al exponer los modos de deferirse la herencia distinga como tales el testamento, la ley y el contrato, sino que la doctrina se muestra unánime en exponer dos formas de suceder, la testamentaria y la intestada: Ello no es obstáculo para que en el capítulo referente a la sociedad conyugal paccionada los autores estudien y expongan los pactos matrimoniales de trascendencia sucesoria conocidos especialmente en el Alto Aragón; pero nótese que los autores los exponen siempre como pactos matrimoniales, convenidos en capitulaciones.

Conviene detenerse en la opinión de dos foralistas muy conocidos:

El primero de ellos es el insigne tratadista don Marceliano Isabal, que ya en los años de su fecunda vejez tuvo destacadísima intervención en la elaboración del Apéndice foral; el segundo, don José Luis Lacruz, perteneciente a la joven generación contemporánea, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

Isabal, en su conocida obra "Exposición y Comentarios a los Fueros y Observancias", es el primer autor de Derecho aragonés que, en el libro de las sucesiones, después de dedicar sendos capítulos a la testamentaria y a la intestada, consagra un capítulo especial a la sucesión contractual. Este autor sigue el método tradicional de los foralistas aragoneses del siglo XIX, consistente en exponer las instituciones que consideran vigentes en el Reino articulándolas a manera de código o compilación, y dedicando a cada artículo los comentarios oportunos. Pues bien, en el capítulo de la sucesión contractual, no hay en la obra de Isabal más que comentarios o consideraciones generales sobre el tema, pero no existe ni un solo artículo, porque tan escrupuloso autor no consiguió encontrar un solo precepto. Esto, de por sí, es ya sobradamente significativo, pero lo más son los comentarios que dedica a la materia. Así, cuando afirma que en favor de los pactos sucesorios no puede señalarse un texto explícito y terminante aunque "algo" (sic) pueda verse en tal sentido en el Fuero IV De donationibus. Más adelante añade que fuera del Alto Aragón no existe la costumbre de pactar la sucesión contractual en capítulos matrimoniales (fuera de capítulos ni siquiera se le ocurre a Isabal plantearse el problema); y concluye afirmando que si se suscitase controversia judicial sobre la eficacia de la sucesión contractual (siempre en capítulos matrimoniales), habría que fundamentar la institución, si se trataba del Alto Aragón, apoyándola en la costumbre, y si el problema se planteaba en cualquier otro lugar del Reino invocando el principio "standum est chartae": Pero ese principio a que en última instancia apela Isabal es el comodín o clavo ardiendo al que se aferra el foralismo cuando no encuentra precedentes que invocar.

Por lo que se refiere al profesor Lacruz, conviene referirse a una publicación en la que se recoge el temario para las Jornadas de Derecho Aragonés de junio de 1961: El tema de la sucesión contractual se encomendó como ponente al profesor Lacruz, el cual plantea, al formular el temario de su ponencia, una serie de cuestiones muy sugestivas y, entre ellas, la de si deben establecerse los capítulos matrimoniales como única forma para el pacto sucesorio, o han de permitirse otras. Pero es sobremanera significativo lo que se contiene en la pregunta segunda, que se formula así: ¿Debe regularse sólo el "heredamiento" o, en abstracto, el pacto sucesorio? Y dice la ponencia:

*"Lo primero significaría recoger en el Apéndice las costumbres altoaragonesas: Lo segundo obliga a construir de nueva planta una regulación. En apoyo de esta segunda solución, cabe alegar que, desaparecidos los prejuicios que se oponían a la admisión de la sucesión por contrato, es lógico que, esta tenga lugar en el futuro en el Código*

*civil, y para entonces la Compilación aragonesa debe ofrecer un modelo que, sin dejar de servir de marco a una especialidad consuetudinaria importantísima, pueda abarcar asimismo los otros supuestos en que se otorga un contrato sucesorio."*

En resumen, Isabal, autor representativo de la doctrina tradicional, confiesa honradamente que de la sucesión contractual no hay precedente alguno en el Derecho escrito como no sea ese "algo" que creía ver en el Fuero IV De donationibus, precedente tan endeble que el propio autor lo rechaza; que fuera del Derecho escrito no hay otra cosa que la costumbre de los valles del Alto Aragón de pacto sucesorio contenido en capítulos matrimoniales; que tal costumbre no existe en el resto de Aragón; y que en todo caso, esto es, en los valles del Pirineo, se trata de pactos contenidos en capítulos matrimoniales.

Pero si de ahí nos trasladamos a la doctrina foralista de estos últimos años, resulta que el profesor Lacruz Berdejo, conocido partidario de los pactos sucesorios, confiesa honradamente que referirlos solamente al "heredamiento" significaría recoger la costumbre altoaragonesa, pero admitirlos con más amplitud sería "construir de nueva planta su regulación", e invoca como apoyo de semejante "obra nueva" que con ello la Compilación aragonesa ofrecería un modelo que podría ser útil para el futuro Código civil.

## 12. *Los Proyectos.*

Al extenderse el movimiento codificador, Aragón se aplicó a la tarea de encuadrar su Derecho en el molde técnico de un código. A este deseo responden trabajos individuales, por cierto muy meritorios, y estudios y proyectos colectivos. Prescindiendo de los primeros en aras de la brevedad y concretando la atención en los segundos, son los siguientes: El Proyecto de 1889, el de 1904, al Apéndice de 1925 y el Proyecto de la Compilación ahora ya en vigor.

### *El Proyecto de 1889.*

Este proyecto no alude en ningún momento a la sucesión contractual fuera de capítulos matrimoniales, sino que se basa en la clásica distinción entre sucesión testamentaria y sucesión intestada: Así, el artículo 70 se limita a establecer que "a falta de herederos testamentarios, o cuando no se ha dispuesto de toda la herencia, se defiere ésta, en parte o en todo, según los casos, a las personas naturales o jurídicas con sujeción a las reglas del presente capítulo"; ninguna mención de la sucesión contractual.

En cambio, en el título III, que dedica al contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, regula, como no podía menos de hacer, los pactos sucesorios por razón de matrimonio, pero siempre en ca-

pítulos matrimoniales. Así, el artículo 90 comienza diciendo: “Los ascendientes de los cónyuges pueden instituir a éstos, *en las capitulaciones que otorgan para su matrimonio*, herederos de todos sus bienes.” En el artículo 91 se lee: “Los contrayentes pueden establecer *en sus capitulaciones matrimoniales* los pactos que estimen convenientes sobre sucesión de sus bienes presentes y futuros.” El 92 establece: “También pueden los cónyuges *pactar en sus capitulaciones matrimoniales* que el sobreviviente de ellos...”: En una palabra, en todo el articulado del proyecto de 1889 no se contiene referencia alguna a la posibilidad de pactos sucesorios establecidos en contrato que no sea de capitulación matrimonial. ¿Cómo imaginar que los competentes foralistas de 1889 iban a olvidar figura jurídica de perfiles tan llamativos y extraordinarios? Lo que ocurrió fue que no se plantearon la cuestión porque en Aragón no se conocía la sucesión contractual como no fuese convenida en capítulos matrimoniales y, por ello, sólo en capítulos la regularon.

#### *El Proyecto de 1904.*

Conocido como “proyecto Gil Berges”, fue mucho más amplio y ambicioso que el de 1889; también de técnica más depurada. Pero conviene tener en cuenta para su mejor comprensión que el proyecto de 1904 intentaba reaccionar contra la tendencia unificadora del Derecho civil. Por ello, no sólo procuró recoger la mayor cantidad posible de instituciones forales, sino que su articulado abandona frecuentemente el lenguaje rotundo y recortado propio de una ley, para proporcionar explicaciones o comentarios, de tal manera, que a la vez que proyecto de Apéndice es también un alegato en defensa del Derecho aragonés: No debe olvidarse esta interesante faceta al analizar el sentido de muchos de sus artículos.

No debe tampoco olvidarse que hacía ya ocho años que se había publicado el Código civil alemán, conocido por los compiladores aragoneses de 1904 y al que alude la exposición de motivos, “*La Comisión, en suma, va bien acompañada. El Código del Imperio Alemán, la última palabra de la ciencia jurídica al decir de muchos jurisconsultos, ha coincidido por rara casualidad con los más eximios escritores aragoneses del siglo pasado*”.

Pues bien, el proyecto de 1904 en su libro III, título II. “De las sucesiones”, distingue tres capítulos: el primero, “De la sucesión testamentaria”; el segundo, “De la sucesión intestada”, y el tercero, “Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él”.

Si se hubiese querido admitir como normal la sucesión paccionada, ¿cómo no dedicarle un capítulo especial, igual que a la testamentaria, lo mismo que a la intestada?: No cabe decir que fue olvido, o falta de técnica inadmisibles en los eminentes juristas de 1904; pura y simplemente no hablaron de la sucesión contractual porque es institución

que en Aragón nunca tuvo vida propia, sino dependiente del matrimonio, reflejada en capitulaciones, e integrando por tanto la materia de la sociedad conyugal paccionada.

Sin embargo, hay que destacar un artículo del proyecto, el 274 que hace una referencia a la sucesión contractual, única que se contiene en los cuarenta y tres artículos que el proyecto dedica a la sucesión por causa de muerte. Y conviene mucho destacar esa aislada e imprecisa referencia, porque es el grano de arena que desde el proyecto de 1904 se incrustó en el Apéndice de 1925 y desde entonces empezó a crecer increíblemente hasta transformarse en el grave problema que motiva este trabajo.

Dice el artículo 274: "Cuando fallezca una persona sin que haya otorgado testamento en alguna de las formas reguladas en la sección primera del capítulo anterior, o sin haber ordenado su sucesión por contrato y más especialmente en capitulación matrimonial a tenor de lo dispuesto en la sección sexta, capítulo III, título II, del libro primero ...se deferirá la herencia por ministerio de la ley: 1.º A los descendientes legítimos...".

La exégesis del texto transcurrido no resulta difícil: Los autores del proyecto quisieron decir que en Aragón la herencia se puede deferir de tres maneras: por testamento, por ley y por capitulación matrimonial; pero como la capitulación es contrato, dijeron y dijeron bien, que el lado de la sucesión testamentaria y de la legítima, existía también la contractual; pero a seguida, tuvieron buen cuidado en aclarar que no se trataba de cualquier clase de contrato, *sino precisamente, específicamente, y más especialmente*, del contrato de capitulación matrimonial otorgado a tenor de lo dispuesto en la sección 6.ª capítulo III, título II del libro I, libro que lleva como rúbrica "De la familia", cuyo título II se denomina "Del matrimonio con relación a los bienes", siendo su capítulo III el designado "De la sociedad conyugal paccionada".

La cuestión quedaba así centrada con bastante claridad, sucesión contractual sí, pero no la convenida en cualquier clase de contrato, sino precisamente en capitulación matrimonial.

Si aquellos ilustres foralistas hubiesen querido decir otra cosa, lo hubiesen hecho sin remilgos; les hubiese bastado con hablar de sucesión por contrato, puesto que en el género contrato va comprendida la especie capitulación matrimonial; pero si se remitieron "más especialmente" al contrato de capítulos, es porque respondían a su convencimiento de que el Derecho aragonés, si ha conocido los pactos sucesorios, ha sido siempre apoyados en el matrimonio, engastados en el contrato de capitulaciones.

Pero, continuando la exposición de los demás artículos en que el proyecto de 1904 se refiere a los pactos sucesorios, se advierte que todos ellos parten siempre de la base de que estén convenidos en capitulaciones:

Así, el artículo 98: "Es lícito a los cónyuges en Aragón regular

por contrato la participación que hayan de tener los descendientes inmediatos en sus sucesiones...”; es decir, concibe el pacto sucesorio como pacto entre cónyuges.

El artículo 99, insiste: “Pueden por tanto disponer en general *por su propia capitulación...*” (sigue una serie de pactos de trascendencia sucesoria).

El artículo 100, se refiere, no ya a los pactos capitulares entre cónyuges, sino a los que otorguen los ascendientes, pero aún en este caso exige que sea en capitulación matrimonial: “Pueden igualmente los ascendientes *por la capitulación que se otorga con ocasión del matrimonio de uno de sus sucesores forzosos*: 1.º Establecer a favor del contrayente al heredamiento universal...”.

El artículo 101, dice: “*Por ninguna capitulación matrimonial se regularán más de dos transmisiones de sucesión, a saber...*”.

El artículo 104 en su apartado 2.º “...los inmuebles o raíces descritos *en la capitulación...*”: Y en su párrafo 3.º “...ninguna otra causa que no sea de las enumeradas *en la capitulación...*”.

Añade el 105: “Si en lugar de instituir los ascendientes a un solo sucesor, instituyesen a dos o más conjuntamente *en la misma capitulación...*”.

En fin, para que seguir. Pero todavía, si del texto del proyecto se vuelve a su exposición de motivos se comprueba la reiteración de que los pactos sucesorios son siempre pactos matrimoniales, hechos con ocasión de matrimonio, o en contemplación a un matrimonio ya celebrado o por celebrar, y, en todo caso, recogidos en capítulos matrimoniales. Así, cuando dice, “Los heredamientos universales y las dotes, donaciones o mandas en equivalencia de las legítimas, *deferidos o asignadas en la capitulación...*”. Y más adelante, cuando glosa el Fuero IV De donationibus, añade: “La aparición del Fuero de referencia consentía ejecutar *en estipulaciones convenidas con ocasión de matrimonio*, lo mismo que consentían ejecutar por acto de última voluntad los “De testamentis nobilium” y “De testamentis civium”, a saber, la elección por los padres de un heredero entre sus hijos...”.

En resumen, en el completísimo proyecto de 1904, no se encuentra la más pequeña alusión, a la posibilidad de pactar sobre la sucesión hereditaria, fuera de capitulación matrimonial. ¿Y cabe suponer que algo tan grave, se omitiese inadvertidamente? Sería ofender la memoria de los eminentes juristas que lo redactaron, los cuales, dicho sea en honor a la verdad, supieron atenerse a su propósito de no inventar, sino meramente compilar.

### 13. *El Apéndice.*

El Apéndice de 1925 se inspiró directamente en el proyecto de 1904. Ni que decir tiene, que la estructura del texto en orden a la regulación de la sucesión por causa de muerte era la tradicional,

a saber, un capítulo dedicado a la sucesión testamentaria, otro dedicado a la sucesión intestada, y ausencia de capítulo especial que se refiera a la sucesión contractual: Eso sí, también de acuerdo con la tradición aragonesa, determinación y regulación de ciertos pactos sucesorios matrimoniales en el capítulo dedicado a la sociedad conyugal paccionada. Ahora bien, al abrir el capítulo de la sucesión intestada, aparecía otra vez aquel adverbio ciertamente ambiguo, “y más especialmente”, del artículo 274 del proyecto de 1904, pero ahora, en el Apéndice de 1925 sustituido por otro, “señaladamente”, que en lugar de desvanecer la imprecisión, la agudizaba.

Decía el artículo 34 del Apéndice: “Para que tenga lugar la sucesión legítima, además de lo estatuido al efecto en el Código (inexistencia o ineficacia de testamento) se necesita que la sucesión del causante no esté ordenada tampoco por contrato, y señaladamente por capitulación matrimonial”: Y no hay, en el capítulo que el Apéndice dedicaba a la sucesión hereditaria, ninguna otra referencia directa ni indirecta, a la sucesión contractual. Todas las demás menciones del Apéndice atinentes a pactos sucesorios, están contenidas en el capítulo dedicado a la sociedad conyugal paccionada, o sea, a los capítulos matrimoniales: Así, el artículo 58, primero de los que integran la sección reguladora de la sociedad conyugal paccionada, admite los pactos matrimoniales, esto es, capitulares, por los que se regula la sucesión de los cónyuges y de su descendencia; y el artículo 60 recoge una serie de pactos sucesorios consuetudinarios que por su propia naturaleza son todos los pactos matrimoniales, con la sola excepción del “acogimiento” y la “dación” de que luego se hablará.

No puede haber la menor duda de que el Apéndice no pensó nunca en la posibilidad de pactos sucesorios fuera de los convenidos en capitulaciones matrimoniales; de no ser así, sus autores hubiesen destacado, con el necesario vigor la sucesión contractual; hubiesen regulado, de una parte, la sucesión testamentaria, de otra parte, la legítima, y de otra, la contractual; hubiesen determinado, siquiera fuese someramente, el alcance y efectos del pacto sucesorio; se hubiesen planteado el problema de si se admitían toda clase de pactos, tanto de sucediendo como de no sucediendo, o si debía traerse al texto legal la prohibición, clásica en la ciencia jurídica, del pacto de hereditate tertii. Pero nada de esto hicieron, sino que se limitaron a referirse a determinados tipos de pactos sucesorios, y no en el capítulo de la herencia, sino en el de la sociedad conyugal paccionada.

Lo que ocurre es, que como decía Jeremías Bentham, “las palabras de la Ley hay que pesarlas como si fuesen diamantes”; el no haber recordado esta máxima el proyecto de 1904 con su “más especialmente” y el artículo 34 del Apéndice con su “señaladamente”, introdujo ese motivo de confusión que a jurista tan eximio como Castán, le hacía decir en su conocida obra, “...es de observar que el artículo 34, con fórmula que quizá va más lejos que la propia tradición foral, parece autorizar el pacto de sucesión hereditaria entre toda clase

de personas, mientras que el 58, *ajustándose más estrictamente a los precedentes forales*, sólo habla de la sucesión de los cónyuges y sus descendientes”.

Algunos sectores de la doctrina jurídica aragonesa, posterior al Apéndice, han creído ver en las palabras del artículo 34, “por contrato, y señaladamente por capitulación matrimonial”, una misteriosa puertecilla conducente al sótano donde debía yacer el tesoro de la sucesión contractual aragonesa. Pero en el sótano no había nada, no se hallaba precedente alguno, y entonces ha ocurrido lo que es frecuente en materia de sótanos oscuros, que la imaginación cree ver en ellos lo que en realidad no existe. En todo caso, puede afirmarse que todo el problema de la sucesión contractual fuera de capitulaciones, la doctrina aragonesa lo ha planteado con posterioridad a la promulgación del Apéndice; con anterioridad, no se suscitó jamás en la historia del Derecho de aquel antiguo Reino.

#### 14. *El Anteproyecto de Compilación.*

La Comisión de juristas aragoneses al redactar el anteproyecto de Compilación se encontró frente al problema de los pactos sucesorios que evidentemente tenía que afrontar, puesto que la redacción del artículo 34 del Apéndice foral daba lugar a dudas, o mejor dicho, había dejado subsistente la duda de siempre y de todos los sistemas jurídicos; ¿deberían rechazarse los pactos sucesorios como regla general, relegando a la costumbre los de carácter consuetudinario?: Y en cuanto a estos últimos, ¿deberían quedar encerrados en el molde de las capitulaciones matrimoniales? La Comisión optó por la valiente postura de admitir los pactos sucesorios libremente, fuesen o no consuetudinarios, dentro o fuera de capítulos, y se aplicó a la tarea de regularlos tratando así de rellenar un vacío casi universal que venía arrastrándose desde el comienzo de los tiempos.

Tan peligrosa labor, era natural que hubiese de dar lugar a vacilaciones y controversias en el camino legislativo que el anteproyecto tenía que recorrer hasta verse convertido en ley. Y como el órgano asesor en estas cuestiones es la Comisión general de Codificación, en ella habría de plantearse la revisión de una materia que forzosamente tenía que llamar la atención.

Aunque sea subjetivizar el problema, conviene destacar quienes fueron los miembros integrantes de la sección de la Comisión de Codificación encargada de estudiar y dictaminar el anteproyecto de Zaragoza. Se trataba de D. José Castán Tobeñas, D. José Lorente Sanz, D. Francisco Bonet Ramón, D. Pablo Jordán de Urries y Azara, D. Marcelino Cabanas Rodríguez y el autor de estas líneas: De estos seis miembros, el señor Lorente, el señor Castán y el autor, son aragoneses nacidos en aquel antiguo Reino, cuya vecindad civil siguen ostentando, aunque algunos de ellos tengan su vecindad administra-

tiva en Madrid; D. Pablo Jordán de Urries y Azara ostenta unos apellidos, cuya vinculación con Aragón es notoria; D. Francisco Bonet Ramón, es oriundo de Valencia, que no hace falta recordar perteneció a la Corona de Aragón; solamente el señor Cabanas, Secretario General de la Comisión de Codificación, no tiene vínculo especial con la región aragonesa.

El anteproyecto dedicaba el título III a la sucesión mortis causa, dividiendo el título en capítulos, y, entre ellos, uno consagrado a la sucesión testada, otro a la intestada y, por primera vez en la historia jurídica de Aragón otro capítulo regulando la sucesión contractual, por cierto, conteniendo este último mayor número de artículos que cada uno de los otros dos.

En el capítulo referente a la sucesión contractual, había dos artículos, los números 55 y 61, que en el texto de la Compilación ocupan respectivamente el lugar de los artículos 99 y 102, aunque con su contenido notablemente variado. Pues bien, es interesante transcribir lo que decían los referidos artículos 55 y 61 del anteproyecto; cuyo texto era el siguiente:

“*Artículo 55.*—Los pactos sobre la sucesión futura, otorgados por la persona de cuya sucesión se trata, son válidos y vinculan a los otorgantes con tal que consten en escritura pública.

En igual forma serán válidos, sin el consentimiento del causante, los pactos que sobre la porción legítima de su herencia otorguen todos los parientes legitimarios a que se refiere el artículo 67.”

“*Artículo 61.*—Salvo pacto en contrario, el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos intervivos, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido.

Podrá disponer por donación o testamento para asignar dotes y legítimas al haber y poder de la Casa.”

La simple lectura de estos dos preceptos ofrecía perspectivas realmente llamativas. El artículo 55 tomaba francas posiciones en el viejo problema de si los pactos sucesorios habían de quedar relegados a la sociedad conyugal paccionada, esto es, a las capitulaciones matrimoniales, o si debían admitirse los celebrados en otra escritura pública entre cualesquiera personas cónyuges o no, parientes, o incluso extraños; el precepto adoptaba sin ambages ni rodeos este último criterio, el de la máxima amplitud; con ello, el sistema aragonés se desgajaba del tronco jurídico latino y se adscribía al germánico. No quedaba aquí la cosa, sino que, ya en la pendiente de los criterios amplios, se admitían incluso los pactos de hereditate tertii, aquellos que Séneca había llamado “acuerdos de parricidas”.

Pero lo realmente impresionante era el artículo 61 que privaba al instituyente, no ya de la facultad de disponer mortis causa que ese es el efecto propio y natural del pacto sucesorio, sino también de la facultad de disponer por actos intervivos a título oneroso de todos sus bienes, y no sólo de los que tuviese al tiempo de concertar el pacto

sino también de los futuros que por cualquier título adquiriese con posterioridad.

Lo que este precepto representaba, era alarmante, pues convertía al instituyente en un verdadero incapaz que ya no podría efectuar por sí solo ningún negocio jurídico patrimonial, desde vender una finca hasta encargarse un vestido, tomar una localidad en un cinematógrafo o consumir en un bar una modesta cerveza: El instituyente tendría que ir siempre acompañado del heredero instituido como si este último fuese el tutor o el amo del primero, puesto que, sin consentimiento expreso del instituido no podría el instituyente disponer de cosa alguna ni aun siquiera del puñado de calderilla que llevase en el bolsillo: El hijo de familia que a los veintiún años vendiese su herencia para comprarse un coche deportivo, habría de reservar en él un asiento para el avisado usurero que le hubiese facilitado el dinero, puesto que sin su consentimiento no podría pagar la gasolina para satisfacer su capicho juvenil. El hombre que en un momento de arrebato pasional instituyese heredera contractual a una mujer de dudosa reputación, que es lo que se dice cuando ya no ofrece duda, ninguna no podría efectuar desembolso ni acto dispositivo alguno sin solicitar en cada momento el consentimiento de aquella mujer. Claro está, que se trata de ejemplos que no resultaban gratos, pero la culpa no es de los ejemplos sino del anteproyecto que facilitaba el plantearlos: Se ha dicho que eran falsos porque el hijo de familia no puede contratar con un tercero sobre la herencia que espera recibir de su padre, pero no se comprende porque la herencia presunta haya de quedar excluida del pacto si el Derecho somete a sus efectos todos los bienes futuros; claro es que en el pacto no se hablará específicamente de las herencias presuntas, pero claro es también que el avisado heredero contractual estará pensando en la posible herencia que el instituyente recibirá de sus padres u otros familiares, en tiempo más o menos remoto: Se ha dicho que estos ejemplos son también falsos porque plantean el supuesto de la compraventa de herencia, lo que no es, técnicamente, un pacto sucesorio, pero aquí sí que hay que lamentarse de que la Comisión de juristas que redactó el anteproyecto no explicase en qué consistían y cual era la naturaleza de los pactos sucesorios que quería traer al régimen jurídico de Aragón: Cierto que la doctrina se inclina a considerar como pactos sucesorios tan sólo los convenidos a título gratuito, pero, sin que este criterio sea muy claro, puesto que se admite que la gratuidad del título venga más o menos desnaturalizada por cargas u obligaciones actuales que se impongan al instituido: Parece resultar, que lo único que suena mal es que el pacto se convenga mediante precio, pero nada le habría costado a la Comisión, que libremente se movía en terreno virgen, haber explicado en el texto del anteproyecto, que se entendía por pacto sucesorio, cuales eran lícitos y cuales no; que requisitos debían reunir y, en definitiva, cual era su naturaleza; se lo habría agradecido, no sólo Aragón, sino el mundo entero siempre confuso y caviloso en orden

a tan interesantes problemas. Pero limitarse a decir que los pactos sucesorios son válidos sin configurar tan difícil institución, exigiría y exigirá de los honrados montañeses del Alto Aragón que, en lo sucesivo, al otorgar sus capitulaciones matrimoniales, se atengan no sólo a sus viejas costumbres, sino examinen con cuidado los comentarios de Planck sobre el Código civil alemán. En cuanto al resto de los aragoneses, carentes de costumbres en esta materia, no tendrán más remedio que complementar los preceptos de la Compilación con las profundas ideas de Planck, pues de lo contrario podrán fácilmente incidir en la onerosidad al convenir los pactos sucesorios, que han de ser a título gratuito, que, por lo visto, es lo que el anteproyecto, y hoy la Compilación, dan por supuesto tan sencillo y archisabido que no ha merecido la pena proclamarlo.

Conviene considerar cuáles pudieron ser las razones que a los juristas de la Comisión redactora del anteproyecto de Zaragoza llevaron a proponer esa atroz privación de toda facultad de disponer, incluso por actos a título oneroso, contenida en el artículo 61 del anteproyecto. Se conocen y practican desde muy antiguo en el Alto Aragón los llamados "heredamientos" que, como toda institución consuetudinaria, tienen perfiles imprecisos, porque las capitulaciones matrimoniales los configuran en cada caso atendiendo a las circunstancias específicas de una familia o de un patrimonio, que son tan variables, que resulta difícil encuadrarlos en tipos determinados. Unas veces son meras donaciones de bienes concretos; otras, son simples instituciones de heredero que, por consiguiente, afectan tan sólo a los bienes que el instituyente tenga al morir y no le privan de sus facultades dispositivas intervivos; pero otras veces, el donante de bienes concretos, o de todo su patrimonio, se reserva el usufructo, que es cosa conocida, u otras facultades ya no tan trilladas como el usufructo que dicen relación a la disposición de los bienes y que consisten en atribuir compartida la facultad de disponer al instituyente y al instituido, o hablando llanamente, al padre y al hijo, de tal manera que para vender una finca sea menester la concurrencia de ambos: Pero esta facultad compartida no está bien elaborada ni por la doctrina ni por la costumbre, y así, pueden surgir dudas de si quien podrá vender será el hijo con el consentimiento del padre o el padre con el beneplácito del hijo, que, en definitiva, es el criterio que ha sentado el texto vigente. Si el heredamiento se configuraba, más o menos, como una donación, parece que el verdadero dueño era el hijo donatario, bien que con la restricción de no poder enajenar sin consentimiento del padre donante en virtud de la facultad que éste se había reservado al hacer la donación. Pero si el heredamiento se configuraba como una institución contractual de heredero sin donación actual y, por tanto, sin desplazamiento de dominio, la facultad de vender debía seguir correspondiendo al padre quien, sin embargo, habría de contar con el consentimiento del hijo: Pero todo esto resultaba tan vago que constituía la desesperación de notarios y registradores de la propiedad, que de

no ser muy claro el contenido de las capitulaciones matrimoniales, dudaban, con razón, a la hora de configurar enajenaciones o gravámenes posteriores al pacto sucesorio: El deseo de terminar con estas dudas debió llevar a la Comisión redactora del anteproyecto a proponer la fórmula del artículo 61, de la que parecía desprenderse que quien conservaba la titularidad de disposición era el padre, pero requiriéndose el consentimiento del hijo, elevando así a derecho escrito lo que consuetudinariamente se denominaba algunas veces “señorío mayor”. Pero al extraer la institución de la costumbre, al sacarla del seno del contrato matrimonial y, por tanto, de la órbita familiar, y al pretender consagrarla con carácter abstracto y general, resultó la norma del artículo 61, que no podía leerse sin sentir un desagradable escalofrío.

### 15. *El Proyecto del Gobierno.*

Tras el dictamen de la Comisión general de Codificación, el Gobierno remitió a las Cortes el proyecto de Compilación, en el que los artículos 55 y 61 del anteproyecto pasaron a ser los 99 y 102, con la siguiente redacción:

“*Artículo 99.*—Son válidos los pactos que sobre propia sucesión se otorguen, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales o por mayores de veintiún años en otra escritura pública.

La costumbre determinará el alcance de tales pactos.”

“*Artículo 102.*—En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente conceda al instituido el “señorío menor”, reservándose el “señorío mayor” u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1 del artículo 39 es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa.

No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento.”

Comparando la redacción del proyecto con la del anteproyecto, son de notar las siguientes diferencias:

En primer lugar, se destaca que los pactos han de referirse a la “propia sucesión”, es decir, a la herencia del disponente y no a la de un tercero. En el anteproyecto, los legitimarios podían establecer los pactos que tuvieran por conveniente respecto a la legítima futura que pudiera corresponderles en la herencia de sus ascendientes: Al no recoger esta idea el proyecto (como tampoco la ha recogido el texto definitivo), parecía, en principio, que los pactos sobre la legítima quedaban proscritos, pero tanto en el proyecto como en la Compilación ha subsistido el artículo 106 (que era el 64 del anteproyecto), y que

permite la renuncia a la legítima. Este precepto no puede referirse a la legítima que corresponda al heredero en una sucesión ya causada, porque no se trataría de un pacto sucesorio y la norma está contenida en el capítulo que el texto dedica a la sucesión contractual: Habrá que entender por ello que, a pesar de la regla general del artículo 99 que no permite los pactos de hereditate tertii, es válida la renuncia a la legítima futura, pero sólo la renuncia y, por consiguiente, no serán válidos cualesquiera otros pactos referentes a la legítima como, por ejemplo, aquellos en que los legitimarios acordasen distribuirse la legítima futura en una cierta proporción, o en que un legitimario cediese a otro u otros su derecho a la legítima; sólo la renuncia será válida.

Por lo demás, el artículo 99 del proyecto coincidía con el 55 del anteproyecto en su alejamiento del sistema tradicional, al admitir ambos que el pacto sucesorio se pudiese otorgar en capitulación matrimonial o en otra escritura pública, con lo que quedaba abierta la puerta para la contratación entre extraños.

Las diferencias más notables entre proyecto y anteproyecto se acusaron en el artículo 102 de aquél, 61 de éste, por cuanto desapareció en el proyecto aquella rara norma que prohibía al instituyente disponer a título oneroso de sus propios bienes a no mediar el consentimiento del instituido. El artículo 102 del proyecto admite la posibilidad de que el pacto sucesorio impida al instituyente disponer de sus propios bienes, pero exigiendo una serie de requisitos para que tal posibilidad se produzca: Como requisito intencional es menester que el nombramiento de heredero contractual haya sido pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, intención que parece deberá resultar expresa o implícitamente del propio pacto, pero, en todo caso, con claridad que no deje lugar a la duda: Por otra parte, el instituyente habrá de reservarse el señorío mayor u otras facultades análogas, lo que parece dar a entender que habrá de emplear las palabras "señorío mayor", como sinónimas de facultad de disponer, o al menos, reservarse expresamente tal facultad dispositiva: En último término, las trabas para los actos dispositivos del instituyente las refiere el proyecto a los bienes inmuebles y a los comprendidos en el número 1 del artículo 39, que son las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales y, como tales explotaciones, sea cual fuere el carácter que el Derecho les atribuya, hay que reconocer que se asemejan mucho a los bienes inmuebles, puede afirmarse que el proyecto del Gobierno (y también el texto definitivo) han hecho posible que el instituyente pueda seguir disponiendo por actos intervivos a título oneroso de todos sus bienes muebles, incluso del dinero, lo que es una notable mejoría con respecto al texto del anteproyecto de Zaragoza, que sujetaba a la prohibición de disponer todos los bienes del instituyente, tanto inmuebles como muebles y, por consiguiente, incluso el dinero que llevase en el bolsillo.

La fórmula del artículo 102 del proyecto podía ser objeto de crítica, pero justo es reconocer consiguió centrar el espinoso problema en la órbita de lo familiar y tradicional; la aplicación del precepto irá decantando sus posibles imperfecciones, pero se ha logrado una solución suficientemente clara en materia muy difícil.

#### 16. *Enmienda al Proyecto.*

La Compilación, ya convertida en proyecto del Gobierno, pasó a las Cortes, donde el artículo 99 fue objeto de una enmienda, con la que el autor de este trabajo no ha de ocultar se sentía muy compe-  
netrado, por lo que no resiste a la tentación de transcribirla, decía así:

“*Artículo 99.*—Son válidos los pactos que sobre propia sucesión se otorguen con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública de adopción. También lo serán los que, integrando las instituciones familiares consuetudinarias conocidas con los nombres de “acogimiento” y “dación personal”, se otorguen en escritura pública por mayores de veintiún años.

“La costumbre determinará el alcance de los pactos sucesorios.”

Pretendía la enmienda mantener al sistema tradicional de admisión de pactos sucesorios, pero sólo los establecidos en capitulaciones matrimoniales, porque esa es la costumbre en las comarcas aragonesas en que se pacta sobre la herencia, y por todas las razones que antes se han expuesto y sería ocioso repetir aquí: Pero había en las instituciones consuetudinarias de Aragón dos pactos de carácter sucesorio que, por su especial naturaleza, no se pactaban, al menos de ordinario, en capítulos matrimoniales: Se trataba del acogimiento y la dación personal; el acogimiento es pacto que se celebra entre el matrimonio que acoge y el matrimonio acogido, que podía y solía formalizarse en capitulación matrimonial con ocasión de la celebración de uno de los matrimonios afectados, pero podía establecerse en otra escritura aunque no fuese de capitulación matrimonial; la dación personal era institución cuyo origen histórico hay que remontar a las invasiones sarracenas, cuando los aragoneses fugitivos, sin más fortuna que sus brazos, se acogían a los monasterios u otros brotes incipientes de la resistencia, y que, más tarde, pasó a la esfera del Derecho familiar; viene a ser bastante semejante al acogimiento, con la diferencia de que el acogido no es un matrimonio, sino un individuo soltero o viudo.

Deliberadamente se emplea el pretérito imperfecto para referirse a estas dos instituciones porque hace muchos años que cayeron en total desuso, pues ya el Congreso de Zaragoza de 1880 a cierta propuesta sobre el acogimiento contestó que no había lugar a deliberar; y en cuanto a la dación, es institución mucho más arcaica que el acogimiento. Con todo, la enmienda se mostraba respetuosa con estos viejos residuos tradicionales porque eran los únicos en que podían advertirse pactos sucesorios no contenidos en capitulación matrimonial: Aun así,

el carácter familiar o cuasi familiar de estas dos instituciones es tan acusado que el proyecto y la Compilación solamente las aluden en el artículo 33, que forma parte del capítulo que lleva como título "Del régimen matrimonial paccionado".

La referencia que la enmienda hacía a la adopción también parecía oportuna, puesto que siendo la adopción el único caso en que el Código civil admite a banderas desplegadas la sucesión contractual, podía suscitarse la duda de si quedaban excluidos en Aragón los pactos sucesorios con motivo de adopción, ya que esta no se formaliza en capitulaciones matrimoniales.

Al parecer, la discusión fue enconada en la Comisión de Justicia de las Cortes; alguien debió proponer una fórmula más o menos transaccional, y tal fórmula fue la que prosperó.

### 17. *El texto definitivo.*

En el texto definitivo aprobado por las Cortes, los artículos 99 y 102 de la Compilación han quedado así:

"Artículo noventa y nueve.—Uno. Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales. También lo serán los que se pacten, en escritura pública, por mayores de veintiún años que sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado, o adoptivos o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.

Dos. La costumbre determinará el alcance de tales pactos."

"Artículo ciento dos.—Uno. En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el "señorío mayor" u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número uno del artículo treinta y nueve es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa.

Dos. No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento."

Por lo que se refiere al artículo 102, su redacción coincide casi exactamente con la del proyecto del Gobierno, excepto la desaparición de la expresión "señorío menor", manteniendo solamente la tradicional de "señorío mayor". Por eso, no es menester detenerse en la exégesis y basta con remitirse a lo dicho al glosar el texto del proyecto.

Pero lo que sí merece considerarse es la redacción definitiva del artículo 99. El precepto comienza sintiéndose tradicional y declarando válidos los pactos sucesorios que se otorguen en capitulación matrimonial; pero a continuación declara también válidos los que se otor-

guen en otra escritura pública, aunque no sea de capitulación matrimonial, por mayores de veintiún años, siempre y cuando el instituyente y el instituido sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado, o adoptivos, o se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.

Parece que las Cortes se sintieron impresionadas por el innegable carácter familiar que los pactos sucesorios tienen en la costumbre, y se quiso eliminar los convenidos entre extraños, cuya consideración no resulta atrayente. Pero en lugar de llegar a este propósito limitativo a través de un medio formal, que se otorguen en capitulación matrimonial, se ha preferido seguir un criterio subjetivo, que se concierten entre parientes. El criterio es discutible, según se dirá después, pero conviene aludir a esa idea de parentesco sin limitación de grado contenida en el artículo 99 de la Compilación. En la línea colateral, el parentesco es un concepto determinado por la concurrencia de dos elementos, a saber, descender de un ascendiente común y hallarse dentro de cierto grado: Sin ascendiente común no hay parentesco, pero sin limitación de grado tampoco lo hay, pues de lo contrario habría que declarar que todos los hombres son parientes entre sí, ya que todos descienden de una misma pareja: La limitación de grado es requisito integrante de la noción de parentesco; lo que ocurre es que la ley puede hacer esta limitación, ya sea de una manera absoluta fijando el límite en un determinado grado, ya sea de una manera relativa llamando entre todos los parientes al de grado más próximo como el artículo 133 de la Compilación; pero en todo caso, tiene que haber un límite, absoluto o relativo, al configurar el concepto de parentesco. Cuando el Derecho habla de parentesco sin limitación, es siempre refiriéndose a la línea recta, pero en la colateral la noción de parentesco exige conceptualmente su delimitación en algún modo. Estas nociones, tan sabidas y elementales, conducen a la conclusión de que el art. 99 se refiere al parentesco en línea recta y no en la colateral, pues no cabe suponer que la ley haya incidido en error de tanto bulto como sería el desconocer que en la línea colateral el grado es elemento integrante del concepto de parentesco. Esta interpretación la refuerza el que también se incluya el parentesco por adopción, que, como es sabido, sólo se produce en la línea recta. Es también el criterio más conforme con lo que disponía el Fuero IV De donationibus.

Merece alabanza el que las Cortes se diesen cuenta que el pacto sucesorio es institución que no debe salir de la esfera de lo familiar, mas para conseguir tal propósito el texto definitivo ha recurrido a un criterio subjetivista, que se otorgue entre parientes, en lugar del criterio formal, que se otorgue en capitulación, que era el tradicional y el que proponía la enmienda. En ello se ha padecido una confusión indudable, la de creer que es Derecho de familia todo aquel que regula relaciones jurídicas entre parientes, pero lo que califica de familiar a una relación jurídica no es la circunstancia puramente subjetiva de que las personas a que afecte sean parientes, sino la objetiva de que

se trate de una relación que tenga que ver con la organización, régimen y estructura de la unidad familiar: Así, la compraventa otorgada entre dos hermanos es Derecho de las obligaciones y contratos, aunque las partes intervinientes sean parientes; y la dote es siempre Derecho de familia, aunque quien la constituya sea un extraño. De ello resulta que el artículo 99 de la Compilación ha extraído los pactos sucesorios del Derecho de familia y los ha encuadrado en el de obligaciones, por muy parientes que sean quienes los otorguen. Y no se trata de disquisiciones teóricas, sino que el no haber enfocado correctamente la cuestión puede conducir a interpretaciones absurdas; así, por ejemplo, el precepto da pie para sostener que de la facilidad que brinda la Compilación al permitir pactar sobre la herencia fuera de capítulos matrimoniales pueden hacer uso los que sean parientes entre sí, mas no los cónyuges, que en pura técnica jurídica no son parientes, sino ligados por el vínculo matrimonial, que es distinto del parental.

En otro orden de ideas, el Derecho civil, a diferencia del penal, debe en principio contemplar las situaciones normales, pero pecaría de ingenuo el legislador que no previese la patología de las instituciones: Y si la materia a regular ofrece matices de peligrosidad tan acusados que siempre han constituido fuente de serias preocupaciones para juristas y legisladores, parece prudente extremar las precauciones. Las costumbres estaban en lo cierto al circunscribir la posibilidad de los pactos sobre la sucesión a la esfera del contrato de capitulaciones matrimoniales, que por sus características aleja las posibilidades de coacciones, impremeditaciones y corruptelas semejantes. Normalmente, se otorgan al tiempo de celebrarse el matrimonio, cuando los contrayentes se entregan recíprocamente para toda la vida y fundan una nueva familia: Claro es que cabe pensar en remotas posibilidades sucesorias, pero el desaprensivo que vaya al matrimonio exclusivamente impulsado por tan despreciables esperanzas tiene multitud de medios más rápidos y que no exijan tan largo sacrificio para conseguir ventajas económicas. Además, en las comarcas donde aún se conserva la costumbre de las capitulaciones matrimoniales, suelen concurrir a su otorgamiento no sólo los contrayentes, sino también sus ascendientes, lo que aleja todavía más las posibilidades de impremeditaciones, inexperiencias y coacciones. En todo caso, los pactos sucesorios que contenga la capitulación son siempre algo secundario, accesorio de lo principal, que es el matrimonio.

Muy distinto es el contrato sucesorio otorgado fuera de capitulaciones; en él no hay más objeto que la herencia, ni intervienen otras personas que el instituyente y el instituido; se otorga no cuando la muerte se contempla como un acontecimiento lejano, sino cuando la vida del disponente se está acercando a su fin; y, sobre todo, carece de toda lógica que para otorgar testamento, cosa de no mucha trascendencia, pues que siempre es revocable, el Derecho acumule precauciones exquisitas, tales como la constancia no sólo de la fecha, sino

también de la hora, la intervención de testigos, el juicio de capacidad a cargo de éstos y del notario, la unidad de acto, etc., y por contraste, el pacto sucesorio, gravísimo por ser irrevocable, se pueda formalizar sin más requisitos que los de una simple escritura de compraventa o arrendamiento: ¿Cómo justificar este contrasentido?

Cabe objetar que todos los argumentos en pro de limitar a las capitulaciones matrimoniales la posibilidad de contratar sobre la herencia podrían ser válidos en el régimen del Código civil, que sólo permite otorgar capitulaciones antes de la celebración del matrimonio, pero que no lo son en los regímenes que, como el aragonés, permiten otorgar capítulos después de contraído el vínculo matrimonial: Pero no debe olvidarse que la modificación de los capítulos exige la concurrencia de las personas que intervinieron en ellos, y en definitiva, siempre será menester la concurrencia de ambos cónyuges, lo que representa una protección contra los abusos, mayor de lo que a primera vista pudiera parecer.

En definitiva, la capitulación matrimonial podrá no ser totalmente eficaz para evitar desafueros, pero basta que lo sea en la mayor parte de los casos para justificar su exigencia en materia, como la sucesión contractual, cuya delicadeza aconseja amontonar las precauciones posibles.

La Compilación ha sustituido la necesidad de la capitulación matrimonial por la de que los otorgantes del pacto sucesorio sean parientes entre sí en cualquier grado, desconociendo que los posibles abusos en esta materia tienen su mayor posibilidad precisamente entre parientes: Resulta hipótesis poco grata la de que un padre que en los años de la vejez, especialmente propensos a hacerle víctima de influencias interesadas, se encuentre atrapado por un pacto sucesorio que no pueda ya enmendar; y, con coacciones o sin ellas, el espectáculo de una persona, joven o vieja, encadenada por una disposición mortis causa irrevocable, tampoco resulta fascinante.

Materia es esta en la que debió andarse con pies de plomo, pero fácil es advertir que el anteproyecto se abrazó con entusiasmo a los pactos sucesorios: Prescindiendo de esos excesos que el texto definitivo ha pretendido enmendar con mejor o peor fortuna, tales como el pacto entre extraños y la incapacitación del instituyente para disponer inter vivos a título oneroso, se advierte en toda la regulación de los pactos el decidido propósito de ir más allá de donde jamás hubiese llegado Derecho alguno. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el problema de la transmisibilidad de los derechos del instituido a sus propios herederos; el artículo 515 del Código civil suizo, que en punto a germanismo nada deja que desear, dispone que el pacto sucesorio queda sin efecto cuando el heredero o legatario instituido fallece antes que el instituyente, y no concede a los herederos del instituido otra posibilidad, salvo pacto en contrario, que la de exigir del instituyente la devolución de aquello en que se haya enriquecido por el pacto; es decir, que siguiendo la tradición, coincidente en este aspecto en los

sistemas latinos y germanos, la eficacia del pacto queda supeditada a que el instituido sobreviva al instituyente; en el mismo sentido se pronuncia el Código alemán. Pero la Compilación de Aragón ha ido más lejos al establecer en su artículo 105, bien que referido solamente al pacto entre ascendiente y descendiente, que si éste premuriere, transmite su derecho a sus propios descendientes.

La Compilación, no obstante alejarse de la costumbre en materia de pactos sucesorios, ha envuelto su postura en frecuentes alusiones a lo consuetudinario; algunas son correctas y otras no lo son tanto: Así, el número 1 del artículo 99 admite la posibilidad del pacto en tres casos; que se otorgue en capítulos; o entre parientes; o “en el marco de las instituciones familiares o consuetudinarias”: Esta última referencia puede considerarse acertada, hasta el punto de que si la ley se hubiese limitado a admitir los pactos en capítulos o en la esfera de las instituciones consuetudinarias, la solución hubiese sido aceptable.

Es también correcta la remisión a la costumbre, que hace el artículo 107, para interpretar e integrar aquellos pactos sucesorios que se refieran a instituciones consuetudinarias.

Pero el número 2 del artículo 99, después de la amplia admisión de toda clase de pactos contenida en el número 1, dice, “La costumbre determinará el alcance de tales pactos”; y esto no se entiende bien, porque lo que determinará el alcance de los pactos no será la costumbre, sino los propios pactos, los cuales, si se refieren a instituciones consuetudinarias, ya serán interpretados y complementados por la costumbre a virtud del artículo 107, y si no se refieren a instituciones consuetudinarias, la falta de costumbre hará inútil acudir a ésta.

Pactos entre parientes, pero sin limitación de grado; vagas alusiones a lo familiar; remisiones a no se sabe qué costumbre; en suma, eufemismos y circunloquios que no llegan a ocultar la franca admisión del pacto sucesorio en abstracto, ni evitan advertir que la sucesión contractual ha caído en el frío Derecho de las obligaciones y contratos, alejándose del entrañable Derecho familiar en el que el respeto, la sonrisa o el abrazo, liman asperezas y resuelven conflictos mejor que las cláusulas del más riguroso contrato. En todo caso, la Compilación se ha expresado, en esta materia, en unos términos inhabituales en Aragón, donde siempre se tuvo a gala decir las cosas claras.

## 18. *Conclusión.*

El Congreso de Zaragoza de 1946 y el Decreto de 27 de mayo de 1947, fuentes próximas de los trabajos compiladores de estos últimos años, se encaminaban a la preparación de un Código civil general para toda España, sin mengua de las instituciones forales que el Código habría de recoger. Así, la exposición de motivos del Decreto decía: “... el Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zara-

goza en el que acertadamente se llegó, por unanimidad, a aconsejar la solución de un Código civil general para España. Recogiendo el Gobierno estas conclusiones... inicia por el presente Decreto la preparación de dicho Código general, mediante un proceso de elaboración cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales”.

La Compilación aragonesa se ha mantenido fiel, en lo fundamental, al propósito de facilitar el futuro Código general; así, por ejemplo, en materia tan importante como el régimen económico legal del matrimonio se han introducido profundas modificaciones hasta desembocar en un sistema muy semejante al de gananciales del Código civil. Resulta injustificado no haber seguido el mismo criterio con respecto a institución tan discutible como la sucesión contractual, máxime existiendo el precedente de la Compilación de Cataluña, que no admite más pactos sucesorios que los convenidos en capitulaciones matrimoniales, siendo así que las costumbres de la montaña de ambas regiones, catalana y aragonesa, son muy semejantes.

El texto definitivo, hoy ya en vigor, evidencia el esfuerzo de las Cortes por respetar en todo lo posible el proyecto y a la vez corregir aquellos de sus aspectos que resultaban poco de acuerdo con la tradición. Las soluciones adoptadas por las Cortes, en esta labor revisora, ponen de manifiesto un enfoque correcto del problema que se le planteaba; indudablemente, el texto definitivo ha mejorado al proyecto, y la crítica de la Ley compiladora, al enjuiciar sus calidades, no deberá olvidar que harto hicieron las Cortes en materia cuya consideración exigía un estudio profundo y reposado, incompatible con la diligencia que al órgano legislativo le impone su propia naturaleza. El problema de los pactos sucesorios no nació en las Cortes, sino que venía arrastrado desde el anteproyecto de Zaragoza.

Puede ser útil analizar cuáles pudieron ser las razones que llevaron a la Comisión redactora del anteproyecto a proponer, en orden a la sucesión contractual, soluciones tan rotundas. Posiblemente, aquella Comisión se dejó impresionar en exceso por tres elementos, a saber, la costumbre, el principio “*Standum est chartae*” y los modernos Códigos germánicos: Cada uno de ellos merece comentario.

a) La costumbre. Conviene distinguir enter la costumbre de pactar sobre la sucesión en capítulos matrimoniales y la costumbre de hacerlo fuera de capítulos.

Por lo que se se refiere a las capitulaciones, se pueden extraer claras consecuencias del último Anuario de la Dirección general de Registros y Notariado, correspondiente al año 1966: En dicho año, en toda la provincia de Huesca se concertaron 93 capitulaciones matrimoniales, aunque en alguno de sus partidos judiciales, como el de Sariñena, no se otorgó ninguna, y solamente una en el de Fraga. Por contraste, en toda la provincia de Teruel se formalizaron cuatro escrituras de capitulación, de las cuales, dos en el partido de Alcañiz, una en el de Calamocha, otra en el de Valderrobres y ninguna en los

de Albarracín, Aliaga, Castellote, Híjar, Montalbán, Mora de Rubielos y Teruel.

En cuanto a la provincia de Zaragoza, se formalizaron una en cada uno de los partidos de Ateca, Calatayud, La Almunia y Pina; ninguna en los partidos de Belchite, Borja, Cariñena, Caspe, Daroca, Egea, Sos y Tarazona; y 70 en el de Zaragoza.

Es decir, que prescindiendo de la provincia de Huesca, tradicionalmente capitular, y de la ciudad de Zaragoza, cuyo crecimiento explica el número relativamente elevado de contratos matrimoniales, resulta que en la provincia de Zaragoza se formalizaron cuatro escrituras de capitulación, y otras cuatro en Teruel, y que, de los 23 partidos judiciales que integran las provincias de Zaragoza y Teruel, en 15 de ellos no se otorgó ninguna capitulación matrimonial.

Es seguro que en esas cuatro capitulaciones de la provincia de Teruel y esas otras cuatro de la de Zaragoza (excepción hecha de esta última capital) no se contenga pacto sucesorio alguna, pues es institución que, en ambas provincias, se desconoce.

En lo que se refiere a Zaragoza, el número de capítulos es proporcional a la importancia de la ciudad; es lo más probable que la mayor parte de ellos hayan sido otorgados para limitarse a reseñar las aportaciones de los cónyuges, o pactar la separación de bienes, pues no debe olvidarse que por estar permitido el otorgamiento de capitulaciones constante el matrimonio, es frecuente evitar el acudir a los Tribunales eclesiásticos o civiles, mediante la separación de bienes en capitulación matrimonial. Con todo y aunque los pactos sucesorios son institución más bien rural, es posible que algunas de esas capitulaciones otorgadas en la ciudad de Zaragoza los contengan, si se tiene en cuenta que muchos oriundos de la provincia de Huesca se establecen en la ciudad de Zaragoza.

Apreciado lo minúsculo del número de capitulaciones, al menos en dos de las provincias del antiguo Reino, y habida cuenta de que, de pactarse sobre la sucesión, el vehículo apropiado es el contrato matrimonial, puede deducirse que el número de pactos sucesorios (la mayor parte de las capitulaciones no los contendrán) ha tenido que ser insignificante.

Pero, ¿y fuera de capítulos matrimoniales? De esto no hay estadística pero pueden obtenerse consecuencias por medios indirectos. Descartando las provincias de Teruel y Zaragoza, en las que, si apenas se capitula, mucho menos se le ocurriría a nadie pactar sobre la herencia en otro contrato no matrimonial, y refiriéndose solamente a la provincia de Huesca, ya se ha destacado en este trabajo que cuando los foralistas aluden a la sucesión paccionada se refieren explícita o implícitamente a la convenida en capitulación matrimonial, y que jurista como Lacruz, de tan destacada intervención en la elaboración del anteproyecto, reconocía paladinamente que limitar la posibilidad del pacto sucesorio al contrato de capitulaciones matrimoniales era atenerse a la tradición aragonesa. Otro autor aragonés, también ya

citado, Pala Mediano, en su interesante monografía sobre la materia, referida a la comarca de Jaca que es en la que más se practica el pacto sucesorio, comenta cincuenta casos de pactos sucesorios otorgados desde 1859 hasta nuestros días; de ellos, hay tres que evidentemente se pactaron fuera de capitulación matrimonial; hay uno o dos más, sobre los que la publicación no facilita datos suficientes; todos los demás se convinieron en capitulación matrimonial.

Aun admitiendo que haya habido algún caso aislado y rarísimo de pacto sucesorio no capitular, su licitud tanto con arreglo al Apéndice de 1925, como al régimen anterior, hubiese sido muy dudosa, pero, en definitiva, el que algo ocurra muy rara vez no puede merecer la categoría de costumbre, y si la rareza está localizada geográficamente en una monarca determinada, mucho menos puede merecer la consideración de costumbre general, ni servir de base para convertirla en ley escrita aplicable a todo el territorio de Aragón, por aquello que ya decían las Partidas, “que no se deven facer las leyes si non sobre las cosas que suelen acaecer a menudo”.

Evidentemente, el Derecho consuetudinario no daba pie para apoyar en él los pactos sucesorios extra-capitulares. No debió pesar mucho la costumbre en el ánimo de la Comisión redactora del anteproyecto, por cuanto al pacto sucesorio por excelencia, que es el “hereamiento”, lo alude una sola vez y, aun esta, de pasada.

b) El principio “*Standum est chartae*”. Este principio aparece recogido en la Observancia primera “*De equo vulnerato*” y en la dieciseis “*De fide instrumentorum*”; probablemente la primera fue una norma de hermenéutica legal y la segunda de interpretación de los contratos, pero a partir de Joaquín Costa se convirtió en el principio de la libertad de contratación. Las solemnes proclamaciones de principios no fueron lenguaje legislativo hasta las aparatosas Constituciones políticas del siglo XIX; el ilustre polígrafo aragonés, sugestionado por las ideas de su siglo, aireó las dos citadas Observancias creyendo encontrar en ellas la formulación del principio de la libertad, pero posiblemente empequeñeció la cuestión, porque vino a resultar que lo proclamado por las Observancias era solamente la libertad de contratar, cuando, lo cierto es, que lo que inspira todo el viejo Derecho de Aragón y constituye su mayor timbre de gloria, no es sólo la libertad de contratación, sino el profundo respeto a la libertad humana en todos sus aspectos, que está latente constantemente en todo el Derecho aragonés, inspirando todas sus normas, y dejando su huella en todos sus preceptos, aunque no aparezca expresamente formulado.

El hombre es libre de disponer de sí mismo como se le antoje; sólo hay una cosa que no puede hacer con su vida; suicidarse.

El hombre puede hacer con su libertad cuanto quiera, menos desprenderse de ella: Por eso cuando la facultad de contratar no contradice al principio general de la libertad humana, bien venida sea la contratación; pero cuando lo que el hombre enajena en su propia li-

bertad individual, el contrato debe ser rechazado, porque el Derecho civil es el derecho de la voluntad y a la voluntad le está permitido todo menos abdicar de sí misma, y al hombre vender lo que quiera, menos su libertad. El argumento de que cuando el hombre enajena sus bienes también se autolimita, es falso, porque es distinto separarse de cosas determinadas que están en su patrimonio, que desprenderse de la capacidad dispositiva, que es atributo de la personalidad, y el Derecho nunca puede amparar limitaciones de la personalidad.

La prohibición de los pactos sucesorios sólo debe ceder ante principios más respetables que la misma libertad; por ello, es lógico se incline ante la institución familiar que es un entramado de intereses colectivos superiores a los de los individuos que la integran; por eso, el matrimonio es la única causa jurídica de la contratación sobre la herencia, y el único cauce de ésta la capitulación matrimonial, norma y estatuto de la familia. La libertad de disposición mortis causa puede sacrificarse en el altar de la familia, no en el del principio "Standum est chartae".

Por todo ello, no parece probable que el "Standum est chartae" tuviese influencia decisiva en el ánimo de la Comisión.

c) Los modernos Código germánicos.

Resulta indudable que los Código civiles alemán y suizo han tenido una influencia muy acusada en la redacción del anteproyecto de Compilación: Así lo han reconocido expresamente varios de los miembros de la Comisión que elaboró el anteproyecto, sin que hiciese falta tal reconocimiento pues resulta de su lectura sin lugar a la duda. Lo que ocurre es, que cuando se intenta regular las costumbres con tecnicismos académicos, el resultado suele ser poco convincente.

La regulación de los pactos sucesorios en la Compilación del Derecho civil de Aragón, queriendo reflejar las entrañables tradiciones y libertades de aquella querida tierra, se ha dejado influir por las tendencias germanizantes importadas modernamente de Suiza y Alemania. Es de esperar, que el fino sentido jurídico de los aragoneses les hará atender a sus propias costumbres mejor que a novedades extrañas y que, una vez más, las Observancias serán preferentes a los Fueros.

