LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO ROMANO VULGAR: LOS PACTOS SUCESORIOS.

Javier Belda Mercado
Universidad de Granada

El propósito de esta comunicación se centrará en aportar algunas consideraciones sobre la llamada sucesión contractual en el marco del Derecho romano vulgar, es decir, de aquella que procede no de la ley, ni de la voluntad unilateral del causante, sino de la voluntad de éste concordada con otras voluntades por el cauce de la convención; en un sentido amplio, puede definirse el pacto sucesorio como el negocio jurídico que tiene por objeto la herencia futura de una persona, sea ésta una de las partes en el negocio o sea un tercero extraño a él[1]; el pacto sucesorio lo podríamos considerar en general la disposición hereditaria *post mortem* del patrimonio del causante mediante contrato previo.

Antes de adentrarnos en el estudio de esta modalidad de sucesión, que se defiere mediante acto bilateral o contrato, indicar brevemente que nuestro Código civil se alinea, inspirado en el viejo criterio de hostilidad hacia los pactos sucesorios, tantas veces calificados de inmorales y peligrosos, entre las legislaciones que descartan la sucesión contractual[2], entendiendo que la sucesión sólo puede deferirse por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y a falta de éste, por disposición de la ley, aún cuando en los derechos de las regiones forales españolas han admitido con cierta amplitud la sucesión contractual.

---

1. *Cf.* Bonfante, P., *Corso di Diritto romano,* vol.6, *Le successioni. Parte generale*, Milano 1974, 211-215; Vismara, G., *Storia dei patti successori*, Milano 1986, 63 ss.; Samper Polo, F., 'La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar', *AHDE* 38 (1968), 162 ss.; Padovini, G., *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano 1990; Fadda, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2, Napoli 1902, 320; Biondi, B., *Successione testamentaria*, Milano 1943; Voci, P., *Diritto ereditario romano*, Milano 1967; Marin Padilla, M.L., *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza 1992, 11-88; Martin Retortillo, C., *Breves consideraciones sobre la sucesión contractual*, Madrid 1923, 15 ss.; Castillejo y Duarte, J., *La forma contractual en el Derecho de sucesiones*, Madrid 1902; Garcia Herreros, E., *La sucesión contractual,* Madrid 1902, 103 ss.; Volterra, E., *Diritto romano e Diritto orientale*, Bologna 1937, 158; Castán Vázquez, J., 'Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español', *ADC* 17 (1964), 367 ss.; *vid.* también Ribas Martínez J., *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo II, Madrid 1992, 987 a 1015.

2. La solución no es tan pacífica como nos recoge la tradición histórica, según se deduce del artículo 658, que no menciona aquella entre las especies de sucesión admitidas, del art.991, según el cual nadie podrá aceptar ni renunciar la herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar, o en 1271, que dispone en su párrafo segundo que sobre la herencia futura no podrán celebrarse otros actos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056, y del 1674, que declara que no pueden comprenderse en la sociedad universal los bienes que los socios adquieran con posterioridad al contrato por herencia, legado o donación; *cf.* también el estudio sobre la sucesión contractual y su función en las pequeñas explotaciones familiares agrarias, en la Ley de 24 de diciembre de 1981 nº49/81, 'Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores', donde los regula y acoge ampliamente.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

Entrando ya en materia, como es sabido, en época clásica se consagró el principio de libertad de testar, lo que es incompatible con la sucesión contractual, puesto que la vinculación resultante del contrato impediría la manifestación posterior de una nueva voluntad testamentaria[3].

Es así que el Derecho clásico rechazaba determinados tipos de pactos sucesorios[4], siempre por concretas razones de congruencia jurídica[5], junto a motivaciones de carácter moral, dirigidas a evitar asechanzas contra la vida de los causantes, y a eliminar los *captatores hereditatum*; fue por ello por lo que se consideró en esta época el contrato hereditario como contrario a las buenas costumbres y a la moral, -*contra bonos mores*-, otras veces como contrarios al orden público o a las leyes romanas y consiguientemente, nulo. Muy posiblemente, tal postura negativa, no sólo obedeció a razones morales, sino también a otras de técnica jurídica intuidas con más o menos claridad; al ser las disposiciones de última voluntad la resultante de la suma de dos elementos, la voluntad y la muerte, actúa en ellos esta última como una condición, de tal manera que, mientras vive quien emitió la voluntad, esta carece de eficacia, y no es de extrañar que ello inclinase a los juristas romanos a repudiar todo lo que inmovilizase la *voluntas mortis causa*, ya fuese el testamento con claúsula de irrevocabilidad, ya fuese el contrato sucesorio[6].

---

3. Así, al respecto, la libertad de testar quedó pronto autorizada ya en época clásica, de tal forma que los pactos sobre la sucesión no tienen fuerza vinculante, ya que se estimaba que la facultad de disponer por causa de muerte no debía ser limitada por razón alguna; Samper Polo, *op. cit.*, 90 ss.;

4. En el Derecho romano clásico, 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 (Ulpianus, XXIV *ad Sabinum*), Dig.45,1,61 (Iulianus II *ad Urseium Ferocem*) y Cod.2,4,34 (*Impp. Diocletianus et Maximianus*, año 294-305). La promesa de igualdad, por la que el padre se obligaba a no dejar a un hijo determinado menos que a los demás, fue condenado por un rescripto imperial del año 259, Cod.2,3,15 (*Impp.* Valerianus et Gallienus), a pesar de que acabó siendo admitida por la Novela 19 del emperador León, que abolió la referida disposición: *de pacto paterno, ex aequo heredem futurum filium.*

En lo que se refiere a los pactos *de non succedendo*, la postura prohibitiva fue mucho más explícita, así Dig.38,16,6 (Iulianus LIX *Digestorum*) y Cod.6,20,3, (*Imp.* Alexander, a.230), que no reconocen efectos a la renuncia que la hija dotada haga a los derechos eventuales en la sucesión paterna; lo mismo en Cod.3,28,35 (*Imp.* Iustinianus, a.530), respecto a la renuncia al derecho eventual a intentar la *querella inofficiosi testamenti*; y Dig.35,2,15 (Paulus, *libro singulari ad legem Falcidiam*) referente a la renuncia anticipada a los eventuales derechos sobre la *quarta Falcidia*, y, sobre todo, en Cod.2.3.30 (*Imp.* Iustinianus, año 531).

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 (Pomponius XI *ad Sabinum*), D.39,5,29 (Ulpianus XVII *ad Edictum*), y Dig.34,9,2 (Marcianus XI *Institutionum*); y Justiniano generalizó la norma prohibitiva (Cod.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.

5. La prohibición romana de los pactos sucesorios se fundaba en el hecho de que, dada la irrevocabilidad de los mismos, con ellos quedaba fuertemente limitada, cuando no eliminada, uno de los derechos considerados fundamentales del ciudadano romano: la libre facultad de disponer, como refleja Ulpiano en Dig.50,16,20 (*Ulpianus* XI *ad Edictum*): *verba contraxerunt gesserunt, non pertinent ad testandi ius*), a lo que habría de añadir que toda contratación o pacto sobre una herencia futura de una persona todavía viva sería nula por carecer de objeto: porque, en definitiva, la herencia se transmitía por testamento, entre otras razones; no se advierte un tratamiento general en el derecho clásico, siempre inclinado a la casuística, y donde cada concreto pacto se prohíbe por determinada razón.

6. Vismara, G., 'I patti successori nella dottrina di Paolo di Castro', *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas* I, Pamplona, 1969, 628; según una clasificación conocida, existirían las siguientes categorías de pactos sucesorios: a) pactos sucesorios positivos, que pueden ser bien a título universal (institución contractual de heredero o contrato sucesorio en el sentido más estricto), bien a título singular; el contrato sucesorio puede tomar múltiples formas, como donación *post-obitum*, donación con reserva de usufructo, donación esponsalicia, dote, pero siempre con la característica de ser universal, por el total de un patrimonio o por una cuota de él; y b) pactos sucesorios renunciativos, que consistían en el acuerdo entre el futuro causante y un 'legitimario', por el que éste renuncia a ejercer los recursos destinados a reclamar la *pars debita*. Tales pactos sólo se pueden explicar en un régimen de sucesión forzosa como lo era el Derecho vulgar.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

Además, el contrato hereditario va a ser rechazado por dos razones: de un lado, porque *suprimis iudicis constringere non poterit*, -como apreciamos en Dig.17,2,52,9[7]-, es decir, porque limita la libre facultad de revocar, estimada como la esencia misma del sistema testamentario, y porque *hereditas extraneis testamento datur*, principio que, aunque expresado en una Constitución de Diocleciano y Maximiano (Cod.5,14,5), a propósito de un *pactum interpositum vice testamenti*, es, en sustancia, clásico; así, esta Constitución afirma:

> *Hereditas estraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intellegis, te nulla actione posse convenire heredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur.*

Como vemos, este último principio significa que en Derecho clásico, la institución contractual de heredero era incompatible con el sistema sucesorio romano, para quien la sucesión universal se concebía como un subintrar en la situación misma del *de cuius, in loco et in iure*[8]; en esta regulación clásica, evidentemente formal, el testamento era el único medio adecuado para lograr tal efecto respecto de extraños, es decir, para disponer *mortis causa* de la herencia[9].

Sin embargo, los pactos sucesorios se van a llegar a admitir en el Derecho romano postclásico, como una forma privilegiada de disponer *mortis causa* a favor de determinadas personas: príncipes, nobles familias, militares, Iglesia, monasterios y obras pías, incluso por una suerte de *favor matrimonii* entre padres e hijos[10].

Por tanto, no se puede plantear la problématica de los pactos sucesorios considerando el Derecho romano clásico, porque desde esta perspectiva, es cierto lo que la mayoría de la doctrina ha venido repitiendo constantemente: que la disciplina de los pactos sucesorios no solamente no tuvo ocasión de desarrollarse en época clásica, sino que las numerosas y taxativas limitaciones recogidas en sus fuentes aparecen como contrarias a tales pactos[11]; en definitiva, la romanística parte de las siguiente premisa: la voluntad del *de cuius* es mudable hasta la muerte, por lo que no puede vincularse en el nombramiento de un heredero, como vemos reflejado en el principio *viventis nulla est hereditas*.

De hecho, la normativa romana sobre los pactos sucesorios la podemos encontrar en Constituciones imperiales y en las Novelas, por lo que es preciso referirnos al Derecho romano vulgar, antes de repasar los textos concretos que se refieren a los pactos sucesorios.

Es así que la atención por el Derecho romano vulgar[12], -sobre el que no se trabaja hoy día con el interés que el tema merece-, supone la reconstrucción de un período de la historia hasta ahora oscuro y difuso, situado entre el Derecho romano clásico y justinianeo, y que se proyectó sobre todo hacia la

---

7. Dig.17,2,52,9 (Ulpianus, XXXI *ad Edictum*): *Idem respondit societatem non posse ultra mortem porrigi, et ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit vel cognatum ulteriorem proximioribus praeferre.*

8. Samper Polo, F.,'Las disposiciones *mortis causa* en el Derecho romano vulgar', *AHDE* 38 (1968), 169.

9. Dig.8,4,13 pr. (Ulpianus VI *Opinionum*); Dig.2,3,9,1 (Paulus IV *ad Edictum*).

10. De tal manera está arraigada en el pueblo romano el disponer de sus bienes por pactos sucesorios en la época Imperial, que los emperadores, a partir de Costantino, fueron reconociendo con carácter general la validez de determinados pactos sucesorios, acabando este proceso evolutivo con el reconocimiento oficial, por parte de Justiniano, de la delación contractual, como un modo más de disponer de los bienes, dentro de la categoría de actos de última voluntad.

11. M.L. Marín Padilla, *op.cit.*, Madrid 1992, 22 ss.;

12. Samper Polo, F., *op. cit.*, 88 ss.;

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

historia jurídica medieval[13]; no debemos olvidar que el sistema sucesorio romano se renueva ya con anterioridad a Constantino: precisamente, uno de los factores de renovación de este derecho se debió a la influencia que ejercieron sobre él los Derechos orientales, sobre todo las instituciones y concepciones jurídicas helénicas, que han puesto de manifiesto claramente las relaciones entre el Derecho griego y el Derecho romano.

Según Vismara[14], 'los pactos sucesorios son una prueba evidente de la influencia heleno-oriental sobre el Derecho romano'. Las Constituciones imperiales en materia de pactos sucesorios supondrán un avance en el contraste entre el Derecho romano y los Derechos provinciales, a propósito de los cuales se puede llegar a afirmar que los pactos sucesorios se implantaron, constituyendo para el Derecho romano vulgar título de vocación hereditaria.

Además, la etapa posclásica, catalogada a veces como un período de decadencia, representa no sólo en el Derecho público, sino también en el privado, la mayor revolución ocurrida en el mundo del Derecho; a veces, se ha considerado esta última época como poco activa, estancada y decadente, cuando en realidad es una época de intensa fermentación, un Derecho en movimiento, joven y con un gran capacidad de síntesis, que dio lugar a que proliferaran figuras jurídicas nuevas, entre ellas los pactos sucesorios, y en consecuencia, la delación contractual de la herencia[15].

Así, en el Derecho postclásico y justinianeo se promulgaron numerosas Constituciones que favorecían las disposiciones de última voluntad, ya se hicieran estas por testamento, o por codicilo, o por sola manifestación verbal, por legado o por fideicomiso, o donación *mortis causa*, según recogen los emperadores León y Antemio en Cod.1,2,14[16], o los emperadores Valentiniano y Marciano en

---

13. Camacho Evangelista, F., *Historia del Derecho romano y su recepción en Europa,* Granada 1997, 331 ss.; Biondi, B., 'Diritto romano volgare in Occidente', *Scritti giuridici* 2, Milano 1965, 365 ss.; Levy, E., 'Vulgarization of Roman Law in the early Middle Ages', *Medivalia et Humanistica* 1 (1941), 14 ss.; Guarino, 'Vulgarismo e diritto privato postclassico', *LABEO* 6 (1960), 99 ss.; Calasso, F., 'Diritto volgare, diritti romanzi, diritti comune', *Atti del Congresso Intrenazionali di Verona* (1948), 359 ss.; *cf.* Torrent Ruiz, A, 'El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo', *Homenaje a J.M. Vallet de Goytisolo* 1, (Madrid 1988), 755 ss.; nos dice que se trata de un Derecho que no sólo influyó en la Edad Media, sino que también hoy podemos obtener de él una serie de principios que nos permitan criticar y ofrecer elementos reconstructivos para superar la pobreza y vulgaridad de tantas leyes especiales que están minando el Derecho privado codificado.

14. Vismara, G., *op. cit.*, 136 ss.; hasta tal punto existieron y se están comprobando esas influencias y afinidades, que se ha llegado a atribuir a la ultima época del Derecho romano el nombre de heleno-oriental. Prueba de ello es el Libro Siro-romano, que constituye una de las principales fuentes de conocimiento del Derecho provincial de las regiones orientales del imperio, y un ejemplo de fusión y unión entre el Derecho romano y los Derechos orientales. Por lo que respecta a los pactos sucesorios, este Liber Siro-Romano sustituye al Derecho sucesorio romano por el Derecho sucesorio indígena, tan contrario a los principios romanos.

15. Kaser, M., 'El derecho romano vulgar tardío', *AHDE* 30 (1960), 619. Además, Murga Gener J.L., *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío*, Pamplona 1968; el Derecho romano vulgar se supo acomodar a las nuevas necesidades de la vida, a la fluctuante situación económica y social; en definitiva, un Derecho que no se propuso ser bello, sino útil, pretendiendo regular la sociedad a la que iba destinada, y produciendo una popularización que fue común en la historia del derecho, de la lengua y del arte: un Derecho que dio más importancia a los elementos prácticos y populares que a las nociones teóricas: cuando se estudia el Derecho romano, se tiene la sensación de que este pueblo, capacitado como ninguno para el Derecho, tenía el arte de encontrar, casi por instinto, la solución justa a cada caso concreto.

16. Cod.1,2,14 (*Impp.* Leo et Anthemius): ... *Verum sive testamento quocunque iure facto, seu codicilo, vel sola nuncupatione, legato, vel fideicommiso, aut mortis causa donatione, aut alio quocunque ultimo arbitrio..*; también en Cod.1,2,13 (*Impp.* Valentinianus et Marcianus, a.455): *Generali lege sancimus, sive vidua, sive diaconissa, vel virgo Deo dicata, vel sanctiamonalis mulier, sive quocunque alio nomine religiosi honoris vel dignitatis foemina nuncupata, testamento vel codicillo suo, quod tamen alia omni iuris ratione munitum sit, ecclesiae vel martyrio, vel clero, vel monacho, vel pauperibus aliquid vel ex in integro, vel ex parte in quacunque re vel specie credidit relinquendum, id modis omnibus ratum firmumque consistat, sive hoc institutione, sive substitutione, seu legato, aut fideicommisso per universitatem seu speciali, sive scripta sive non scripta voluntate fuit derelictum; omni in posterum in huiusmodi negotiis ambiguitate submota.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

Cod.1,2,13[17], que hacen que subsistan válidas y firmes las últimas voluntades, eliminando cualquier duda en cuanto a negocios jurídicos de esta clase.

Por otro lado, en el Derecho romano vulgar, los dos grandes grupos de disposiciones *mortis causa* son las donaciones revocables y los pactos sucesorios[18]; el instrumento sucesorio fundamental, en dicha época, lo constituyen las donaciones *mortis causa*; todas las formas testamentarias se van, progresivamente, disolviendo, en la más simple de la donación *mortis causa*; pero otra manera de suceder *mortis causa* fueron los pactos sucesorios.

Si atendemos al hacer una disposición *mortis causa* a la revocabilidad de esta, la figura opuesta al testamento no será por ejemplo una donación *mortis causa*, sino un pacto sucesorio. Y esto es, en el Derecho romano vulgar, la *summa divisio* en lo que a formas de voluntad se refiere: por un lado, actos cuya eficacia queda condicionada a que el disponente persista en su propósito hasta el final de sus días; por otra, actos que se hacen irrevocables desde el momento mismo de su celebración.

Así, resultará difícil delinear, sobre todo para los fines del Derecho romano vulgar, la figura del pacto sucesorio[19], ya que un pacto sucesorio o contrato celebrado en relación a la muerte de una persona todavía viva, podía tener una causa gratuita u onerosa; lo más frecuente es que se dispusiera de los bienes a través de actos de liberalidad, a través de donaciones, y en estos casos nos preguntaríamos

---

17. Así, se consideran válidos los pactos sucesorios celebrados entre los príncipes e ilustres familias - *vigore inmemorabilis consuetudinis fiant valida*, mediante los cuales, las herencias entre estas personas privilegiadas se transmitían por pacto y no por testamento; se extrae este privilegio de diferente pasajes: Dig.1,3,31 (Ulpianus, IV *ad Edictum*, Cod.6,23,3 (*Imp*. Hadrianus, a.225), Cod.6,22,6 (*Imp*. Constantius, a.355), Cod.6,22,7 (*Impp*. Valentinianus, Valens et Gratianus, a.371), además del reconocimiento y validez, con carácter general, del pacto sucesorio hecho por dos hermanos militares en campaña, en Dig.29,1,1 (Ulpianus XLV *ad Edictum*), Dig.29,1,40 (Paulus XI *Responsarum*) y Dig.29,1,35 (Papinianus XIX *Quaestionum*), y, sobre todo, en Cod.2,3,19, por Diocleciano y Maximiano (a.290); lo mismo ocurrió con las disposiciones *mortis causa* o últimas voluntades hechas a favor de la Iglesia, monasterios u obras pías, en Cod.1,2,1 (*Imp*.Constantinus, a.321), CTh. 16,2,4, Cod.1,3,33 (*Impp*. Leo et Anthemius), Cod.1.3,49 (*Imp*. Iustinianus), Cod.6,23,15, donde Costantino clasifica aquellas en dos grandes categorías: testamentos y últimas voluntades, en las que podemos ver las dos formas de delación voluntaria: la testamentaria y la contractual.

Tenemos que añadir el privilegio concedido a las disposiciones *mortis causa* hechas por los padres en favor de los hijos, a tenor de lo que nos dice Cod.3,36,16 (*Impp*. Galus et Volusianus, a.252), Cod.3,36,26 (*Imp*, Costantinus, a.321), Cod.6,23,21,3 (*Impp*. Theodosius et Valentinianus, a.439), Cod.3,28,8 (*Imp*. Alexander, a.223), Cod.5,14,5 (*Impp*, Diocletianus et Maximianus, a.290), CTh. 2,24,1, y fundamental, la ley recogida en Cod.8,37 (38),11 (*Imp*.Iustinianus, a.528), a través de la cual se pone fin, de una vez, a los problemas planteados por la admisión o no de los pactos sucesorios en el Derecho romano, y en la que reconoce ya claramente que la delación voluntaria de la herencia podía hacerse por testamento y por contrato; o como ocurría con algunos pasajes que aceptan y reconocen como válidos ciertos pactos sucesorios establecidos en los contratos matrimoniales; como se ve en Dig.23,4,29,2 (Scaevola II *Responsorum*) donde se admite como válido un contrato sucesorio de restitución de la dote, celebrado entre la mujer que se dotaba a sí misma y su hermano en el momento de la constitución de la dote: se trataría de un pacto sucesorio a título particular, es decir, sólo referente a los bienes dotales, o en Dig.23,4,23 (Africanus VII *Quaestionum*), donde este emperador dio una similar contestación de un pacto sucesorio establecido en un otro instrumento dotal, hasta que en Cod.5,27,5 (*Imp*. Zeno, a.476) veremos un reconocimiento de carácter general, de los pactos sucesorios celebrados con motivo de la constitución de la dote, de la emancipación de los hijos y de las donaciones *propter nupcias*.

Como podemos comprobar, no hay manera de apreciar en este texto, como en los anteriores, que existiera entre los romanos un rechazo total de los pactos sucesorios, sino todo lo contrario: con la mayor naturalidad se aceptan unos y rechazan otros, siempre que se trate de pactos sucesorios en escrituras dotales, y en los que la mujer renuncia al derecho de la herencia del padre.

18. Este último tema, a pesar de su importancia y de los muchos problemas que suscita, no ha sido un argumento predilecto de la investigación romanista, excepción, claro está, del excelente estudio de Vismara, *op.cit*, Milano 1986.

19. Samper Polo, *op.cit*., 163; nos dice que dicho término no siempre se presenta a través de una formal *hereditas institutio* contractual, y mucho menos, en el siglo V, en el que la *hereditas institutio* ha caído en desuso.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

hasta qué punto y en qué casos una donación puede contener un pacto sucesorio, o bien si es posible la sucesión contractual a través de otros medios que no sean las donaciones, incluso el diferenciar entre donaciones *mortis causa* y pactos sucesorios[20].

La dificultad de la cuestión estriba en que del propio Derecho romano vulgar no podemos extraer una noción unicomprensiva o un concepto unitario de los pactos sucesorios; no se encuentra en las fuentes romanas una formulación genérica y abstracta de los pactos sucesorios, sino más bien aplicaciones en hipótesis y supuestos concretos[21], aunque sí un reconocimiento general por Justiniano como podemos apreciar en concreto, en Cod.8,37(38),11, del año 528, Cod.4,11,1, y Cod.2,3,30 del año 531[22].

Las donaciones *mortis causa*, desconocidas como tales en el Derecho romano clásico, fueron admitiéndose poco a poco y en el Derecho romano vulgar se produjo el desplazamiento por estas donaciones, no sólo de los legados, sino del mismo testamento, llegándose a crear entre las *donationes mortis causa* y los testamentos una afinidad funcional[23].

Pero nosotros podríamos añadir que más que una afinidad funcional entre el testamento y las *donationes mortis causa*, lo que se produjo en el Derecho romano vulgar fue la aparición de una mera forma de delación voluntaria, la contractual, aunque la doctrina siempre se refiere a las *donationes mortis causa*, que no deben confundirse con los pactos sucesorios, aunque estos se celebren, casi siempre, a través de donaciones[24].

Aunque la última voluntad sea el género, y el testamento, las *donationes mortis causa* y los pactos sucesorios sean la especie, es muy frecuente el uso vulgar de la palabra testamento para indicar cualquier declaración de última voluntad[25]; podríamos decir por tanto que este término se utilizó como sinónimo de última voluntad, aunque esta podía llevarse a cabo por un testamento o por una donación *mortis causa,* o por un pacto sucesorio[26].

---

20. *Idem, ibid*, 16; afirma que quizás debido a esta ausencia de una noción o concepto unitario sobre los pactos sucesorios, hubiese llevado a los autores a recurrir generalmente a esquemas doctrinales *a priori*, o a aplicaciones de criterios vigentes en épocas anteriores para esclarecer el problema: ello equivale a renunciar a la búsqueda de la solución conforme a los presupuestos históricos y jurídicos de la propia institución.

21. Vismara, *op. cit.*, 105 ss.;

22. De aquí se extrae que Justiniano establecía dos clases de pactos sucesorios; en primer lugar, los pactos sucesorios celebrados por aquel que disponía de su propia herencia, considerados válidos con carácter general, (Cod.8,37,11, Cod.4,11,1), y los pactos sucesorios celebrados sobre la herencia de un tercero, sin su conocimiento y su consentimiento, considerados nulos, a no ser que aquel tercero consienta en él y persevere este consentimiento hasta el final de sus días (Dig.28,5,71 (Papinianus VI *Responsorum*), Cog.2,3,30 (*Imp.*Iustinianus, a.231), Cod.8,38,4 (*Impp.*Alexander, a.225), Cod.2,4,34 (*Impp.* Diocletianus et Maximianus, a.294-305), Dig.39,5,29,2 (Papinianus XII *Responsorum*), Dig.34,9,2,3 (Ulpianus XIV *ad legem Iuliam et Papiam*), y Cod.8,38,4 (*Imp.* Alexander, a.222).

23. Vallet de Goytisolo, JM, *Panorama del Derecho de sucesiones, I: Fundamentos* (Madrid 1982), 993 ss.;

24. Marin Padilla, M.L, *op. cit.*, 65; Samper Polo, *op.cit.*, 95 ss.;

25. Besta, *La successione nella storia del Diritto italiano*, Milano 1961, 138.

26. De Arvizu y Galarraga, F., *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media,* Pamplona 1977, 25 ss.; Es imposible distinguir, no sólo en la práctica, sino también teóricamente, la *mortis-causa donatio* y el pacto sucesorio, así como la *stipulatio post mortem* y el pacto sucesorio; en el Derecho alto medieval, nos encontramos numerosos documentos y ejemplos de *donationes pro anima* realizados bajo el nombre de *testamentum*, y a veces, se equipara expresamente la palabra *donatio* y a la palabra *pactum*, sin especificar el tipo de pacto. También bajo este nombre se celebran numerosísimas donationes *post-obitum*, de todos los bienes o de alguno de ellos: así en Libro de Regla 14, 16 ss.; (7 e julio de 933 ó 967): *Facta regula pactu vel testamentum...*; Libro de Regla nº42, 55 ss.; (22 de febrero de 1019): *Ideo ego Donna Sendina pactu vel testamentum facio a Deo...*; libro de Regla nº39, 49 ss.;(3 de marzo de 1019): *Ideo ego Annaya et Maria pactum vel testamentum facimus...*; Libro de Regla nº23, 27 ss.; (1128-1157): *ego domina Iusta una cum consensu mei filii Petro Monnioz etUliana Uermudiz pactum vel testamentum facimus ad Deo...*; libro de Regla nº86, 108 ss.;(9 de junio de 1049): *Ideo ego Albaro Aspidiz pactum testamentum vel tradictionis facimus...*; libro de Regla nº63, 82 ss.; (12 de agosto de 1106): *Ego etenim Salvator Iohannis...fatio expontanea mea voluptate regula vel*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

'La *mortis causa donatio*, -dice Vismara[27]-, es un acto bilateral que va a asumir, a través de un desarrollo del Derecho romano clásico al justinianeo, la naturaleza de acto a causa de muerte, aunque nació como un acto *inter vivos*; produce los efectos propios de la libre disponibilidad por actos de última voluntad, y no debe considerarse como algo distinto'[28].

En el Derecho justinianeo, la *mortis causa donatio* es siempre revocable al arbitrio del donante, al menos que esa facultad de revocar se halle expresamente excluido mediante el oportuno pacto[29].

La insistencia con la que el emperador Justiniano en la Novela 87[30] afirma la posibilidad de hacer una *mortis causa donatio* irrevocable mediante expresa renuncia del donante, lleva a Vismara a considerar que la irrevocabilidad no es un elemento esencial del pacto sucesorio: la *mortis causa donatio* es, en todo caso, aunque sea revocable o irrevocable, un pacto sucesorio.

La afinidad entre la *mortis causa donatio* y el pacto sucesorio es todavía más íntima cuando la *mortis causa donatio* se establece por la previsión o condición genérica de la muerte *ex solo cogitatione mortitalis*[31]; si concebimos la *mortis causa donatio* como un acto a causa de muerte, es entonces cuando sin lugar a dudas la identidad de la *mortis causa donatio* y del pacto sucesorio es teórica, además de práctica, siendo idéntica la naturaleza jurídica de ambos negocios[32].

---

pactum tradictionis...Facta regula testamenti...; todo esto nos demuestra que ya en el Derecho romano vulgar y en la larga etapa del alto medievo se había producido una degeneración o transformación de la institución testamentaria, debida entre otros motivos, por el influjo del cristianismo y el ingreso de los bárbaros en los ejércitos imperiales, y sobre todo, por la amplísima licencia concedida a los militares para disponer *mortis causa* de sus bienes como quisieran o pudieran.

27. Vismara, *op. cit.*, 114 ss.;

28. Cod.8,56,4 (*Impp.* Diocletianus et Maximianus, a.530), I.2,7,1 y Nov. 87).

29. Samper Polo, *op.cit.*, 142; habría que analizar, ante todo, lo que nos muestran los textos sobre las formas en que era posible realizar una donación *mortis causa* en el Derecho vulgar, que nos permita colegir en qué medida se produjo confusión de categorías y hasta qué tiempo es posible encontrarse con descripciones legales o interpretativas que respondan a algún tipo propio de donación *mortis causa*; en concreto, en *Pauli Sententiae* 2,23,1, donde se nos dice: *Mortis causa donatio est, quae impedentis metu mortis fit, ut ortu valentudinis peregrinationis navigationis vel belli,* o en *Pauli Sententiae*, 3,7,1: *Mortis causa donat qui adbellum proficiscitur etqui navigat. eascilicet condicioneut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donavit.*, y donde se puede ver como estas donaciones se van a ir asimilando gradualmente a las donaciones *mortis causa* a través del común denominador de la revocabilidad. Durante el período del S.III al VI, la irrevocabilidad respondía a la tendencia y a la necesidad del que se preparaba a disponer de sus bienes a causa de muerte.

30. Novela 87, pr.:...*hoc igitur scientes existimavimus oportere et secundum hunc modum fieri aliquas mortis causa donationes, et inseri placitum secundum legem tollendi eis facultatem super donatione poenitentiam revocandi, aliam autem conditionem, quae eis placet, addi istis donationibus, ut exinde his liceat facere donationes a revocatione liberas, et ita suas imminuere facultates*; un buen número de documentos atestigua la existencia, todavía en época justinianea, la tendencia a celebrar *mortis causa donatio* irrevocables.

31. *Cf.* Dig.39,6,2 (Ulpianus XXXII *ad Sabinum*; Dig.39,6,35,4 (Paulus VI *ad legem Iuliam et Papiam*); Dig.39,6,31,2 (Gaius VIII *ad Edictum provinciale*); Cod.8,56 (57),4; cuando la condición es específica, sólo hay dos posibilidades que se tienen en cuenta, expresadas en las dos fórmulas con que se designan las condiciones: *si donator convaluerit*, o *si mors secuta fuerit*; pero cuando las posibilidades que se tienen en vista son, en cambio, la supervivencia o no del donatario, nos hallamos ya ante una condición genérica, es decir, ante una *donatio mortis causa ex sola cogitatione mortitalis*. Guarda ello concordancia con otro punto interesante de *Interpretatio* al CTh. 8,12,1, y del que hablaremos posteriormente -*vid.* nt. 35-, al hallarse en la expresión *sibi reservat* un cierto germen de confusión con la *donatio reservatu usufructo.*

32. Para Samper Polo, *op. cit*, *AHDE* 38 (Madrid 1969), 141 ss.; las *donationes mortis causa*, dice, se convierten en verdaderos testamentos contractuales o pactos sucesorios.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

En resumen, la *mortis causa donatio* es, para Vismara[33], un pacto sucesorio a título particular, por cuanto atribuye al beneficiario, no la cualidad de heredero, sino algunos elementos del patrimonio, incluso aunque se trate de la donación de todos los bienes presentes y futuros[34].

Por otro lado, según Samper Polo[35], en la *Interpretatio* al CTh 8,12,1)[36] que constituye un resumen de la doctrina vulgar sobre donaciones, se reconocen dos grandes categorías de donaciones: directas y *mortis causa*; junto a ellas establece la categoría intermedia de la donación con reserva de usufructo[37]; desde un punto de vista estrictamente técnico, la donación usufructuaria constituye una donación directa o *inter vivos*; pero la *Interpretatio* debió de apartar la donación con reserva de usufructo de tal categoría, precisamente por sus peculiaridades, que la hacían susceptibles de ser empleadas como pactos sucesorios. Por ello, en cierta manera, la acerca a la *donatio mortis causa*, ya que ambas son modos de disponer *post-mortem.*

Hay en estas donaciones con reserva de usufructo, como en la *mortis causa donatio*, una *cogitatio mortalitatis* que sirve de fundamento al acto[38].

La difusión de las donaciones universales con reserva de usufructo está probada en diversas fuentes, como en la *Interpretatio* al CTh 8,12,9[39], donde parece ser que la *donatio mortis causa* se entendía, aunque no se hubiera dicho en la estipulación, que es con reserva de usufructo, según los emperadores Honorio y Teodosio: *qui reservatio usufructus, etiamsi stipulatio inserta non fuerit, pro traditione habeatur.*

---

33. Vismara, *op. cit*, 117.

34. Que estas donaciones universales se hacían en la época del llamado Derecho romano vulgar, nos lo demuestran varias Constituciones imperiales. Así, en Cod.3,29,5, los emperadores Diocleciano y Maximiano preveen esta posibilidad: *Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti*; en Cod.8,56,8: *Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partens aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum, quidquid largitus fuerit, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum,* de los emperadores Constancio y Constante, los cuales consideran válida la donación hecha por un patrono sin hijos a sus libertos, de todos sus bienes o una parte de la hacienda, aunque revocables si con posterioridad a la donación el patrono tuviera hijos; en Cod.8,54,35,4, en la que el emperador Justiniano estableció que si alguno donase la totalidad o las dos terceras partes, o de la cuarta, o de otra porción cualquiera, o aún de todo, fuese apremiado el donante a entregar tanto como donó; también en Cod.8,54,35,5, del año 530, hace referencia Justiniano a la *donatio reservatio usufructo*, que debieron ser muy frecuentes, sobre todo, en las donaciones hechas a favor de la Iglesia y de los monasterios; si verdaderamente en todos los actos mencionados se hubiera retenido por el donador el usufructo, se entiende que de derecho se hace también la entrega: *Sed si quidem in omnibus supradictis casibus ususfructus fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intellegi fieri.*

35. Samper Polo, F., *op. cit.*, 145 ss.;

36. *ICTh.* 8,12,1 (*Imp.* Costantinus): *Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur...mortis causa donatio est, ubi donator dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat, scribens: si prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat, ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donantis res donata perveniat, quod si prius moriatur cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris*; la diferencia estaría también en el *certus tempus*, lo que nos permitiría decir que, mientras en el usufructo, la alusión a un plazo es clara, el silencio en la *donatio mortis causa* lleva a deducir la existencia de una condición; también en la *Interpretatio* al CTh. 8,12,9 (*Impp.* Honorius et Theodosius, a.417), parece ser que la *donatio mortis causa* se entendía, aunque nada se hubiera dicho en la estipulación, que era con reserva de usufructo.

37.Vid. RUBIO SACRISTAN, J.A., '*Donationes post obitum* y donatio reservatio usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla', *AHDE* 9 (1932), 1-32.

38. *Cf.*: Dig,39,6,2 (Ulpianus XXXII *ad Sabinum*; Dig.39,6,35,4 (Paulus, VI *ad legem Iuliam et Papiam*); Dig.39,6,31,2 (Gaius VIII *ad Edictum Provinciale*); Cod.8,56 (57),4.

39. *ICTh.* 8,12,9 (*Impp.* Honorius et Theodosius, a. 415): *Quicumque de rebus propiis servato usufructo cuilibet aliquid quaqumque donatione contulerit vel in dotem dederit et sibi usumfructum reservet, rem tradidisse cognoscitur, quia reservatio usufructus, etiamsi stipulatio inserta non fuerit, pro traditione habeatur;* hay un aspecto más, en que se nota aún más el avecinamiento de la *donatio reservatio usufructo* con las disposiciones *mortis causa*; en ICTh. 8,12,1, para definir la *donatio mortis causa*, dice que es aquella en la cual el donante se reserva -*sibi reservat*- lo donado, por lo que se puede apreciar un cierto germen de confusión con la *donatio reservato usufructu*, donde el donante *sibi certum tempus possessionis reservat.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

De todos modos, mucho se ha discutido si el Derecho romano conoció, además de la delación testamentaria y legal, la delación contractual; la mayoría de la doctrina suele indicar al testamento y la ley como las únicas vías de delación hereditaria admitidas en el Derecho romano, sin distinguir si se trata de Derecho romano clásico o postclásico o justinianeo.

En todo caso, resumiendo, extraer conclusiones acerca de los pactos sucesorios atendiendo sobre todo o basándonos en el sistema romano clásico, no sería del todo correcto[40], mientras que estudiarlos a través de las Constituciones imperiales, especialmente de Diocleciano, Constantino, León el Filósofo y Justiniano, es estudiarlos dentro de la época en la que fueron admitiéndose unas veces y rechazándose otras, y en las circunstancias que propiciaron que, junto a la delación testamentaria, se fuera considerando, cada vez más, hasta su completa aceptación, la delación contractual.

Es así que para el Derecho romano vulgar, los pactos sucesorios constituyeron una tercera forma de delación hereditaria; decíamos que en esta época se dieron dos grandes grupos de disposiciones *mortis causa* identificables: donaciones *mortis causa* revocables y pactos sucesorios.

En una primera época del Derecho romano, bajo la expresión de *favor testamenti*, lo que se quería salvar era la designación o institución de heredero, más que la verdadera voluntad del testador: se trataba de dar una amplia actuación a la voluntad del testador, atribuyendo al *favor testamenti* la función de instrumento apto para realizar la voluntad del testador; sin embargo, el Derecho romano vulgar se caracteriza por su trato a favor a las últimas voluntades, categoría más amplia, dentro de la cual se comprendía no sólo el testamento, sino otras disposiciones de última voluntad, como las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios.

Son abundantes las Constituciones imperiales que prueban que de las últimas voluntades se tenía un concepto amplio; la última voluntad era el género al que pertenecían diferentes especies, y aunque de ellas destacara el testamento, no fueron menos importantes para el Derecho romano vulgar las donaciones *mortis causa* y los pactos sucesorios.

Generalmente, en las Constituciones imperiales se suelen contraponer testamento y últimas voluntades, destacando siempre el testamento; dentro de aquellas se abarcan las nuevas disposiciones *mortis causa* que aparecieron, entre otra causas, por la fusión entre Derecho romano y los Derechos provinciales; el testamento era creación del Derecho romano clásico, las últimas voluntades, las nuevas disposiciones admitidas ya por el Derecho romano posclásico y justinianeo.

Las últimas voluntades hacen referencia a los contratos; luego en la expresión *testamentum vel ultimam voluntatem* está centrada y expresada la delación voluntaria de la herencia: la testamentaria y la contractual, según recoge Justiniano en Cod.8,38,11, y en Cod.4,11,1, constituciones del año 528 y 531; en concreto, la primera va a admitir la validez, en cierta medida, bien sea mediante contrato o mediante testamento, de todo lo que estipularon o pactaron los contratantes en un contrato cualquiera, o todo lo que el testador dispuso en su testamento:

> *Omnia quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit...pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus*[41].

---

40. Samper Polo, F., *op. cit.*, 164.

41. Cod.8,38 (37),11 (*Imp.*Iustinianus, a. 528): *Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem, an quum morietur, vel pridie quam morietur, stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes, omnia, quae vel in quocunque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiam si post mortem, vel pridie quam moreretur, scripta esse noscuntur nihilominus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

Y aún cuando el Derecho romano clásico rechazaba en cierto modo las estipulaciones, los legados y otros contratos referidos a después de la muerte, era necesario, atendiendo a Cod.4,11,1: *etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare*[42].

Como se desprende del análisis de estas dos Constituciones, además de las anteriormente analizadas, no es posible dudar que el Derecho romano vulgar conoció y sancionó las dos formas de la delación hereditaria voluntaria: mediante testamento o mediante contrato, es decir, *contractus vel testamenti*[43].

42. Por su parte, Cod.4,11,1 (*Imp.*Iustinianus, a.531):... *Quum et stipulationes, et legata, et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus consentaneum erat, etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare.*

43. Cod.8,38 (37),11 (*Imp.*Iustinianus, a. 528).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Albiez Dohrmann, K.J., *Los negocios atributivos post mortem*, Barcelona 1998

Amelotti, M., *La donatio mortis causa in Diritto romano*, Milano 1953.

Arias Ramos, J., '*Mortis causa capiones*', *AHDE* 20 (1950), 781-799.

Besta, E., *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, Milano 1961.

Biondi, B., *Successione testamentaria e Donazione*, Milano 1955, trad.esp., Barcelona 1960.

Biondi, B., *Diritto hereditario romano. Parte generale*, Milano 1954.

Bonfante, P., *Corso di Diritto romano*, VI: *Le successioni, parte generale,* Milano 1974.

Camacho Evangelista, F., *Historia del Derecho romano y su recepción en Europa*, Granada 1997.

Cano, F., 'Pactos sobre sucesiones futuras y pactos sociales', *RDN* 15 (1957), 377-394.

Castán Vázquez, J. 'Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español', *ADC* 17 (1964), 367-381.

Castillejo y Duarte, J., *La forma contractual en el Derecho de sucesiones*, Madrid 1902.

De Arvizu y Galarraga, F., *La disposición mortis causa en el Derecho español de Alta Edad Media,* Pamplona 1977.

De Giorgi, V., *I patti sulle succesioni future*, Napoli 1976.

Fadda, C., *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, vol.II, Milano 1900-1902-, reimp. Milano 1949.

Garcia Herreros, E., *La sucesión contractual*, Madrid 1902.

Kaser, M., 'El Derecho romano vulgar tardío', *AHDE* 30 (1960), 617-630.

Marin Padilla, M.L., *Historia de la sucesión contractual,* Zaragoza 1992.

Martin Retortillo, C., *Breves consideraciones sobre la sucesión contractual*, Madrid 1923.

Martinez Rioboo, R., *La sucesión contractual,* Granada 1909.

Murga Gener J.L., *Donaciones y testamentos in bonnum animae en el Derecho romano tardío*, Pamplona 1968.

Murga Gener, J.L., 'Los negocios *pietatis causa* en las constituciones imperiales clásicas', *AHDE* 37 (1967), 245-338.

Padovini, G., *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano 1990.

Rivas Martinez, J., *Derecho de sucesiones común y foral* II, Madrid 1992.

Rubio Sacristan, J.A., '*Donationes post obitum y donatio reservatio usufructo* en la Alta Edad Media de León y Castilla', *AHDE* 9 (1932), 1-32.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803

150

Samper Polo, F., 'La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar', *AHDE* 38 (1968), 87-190.

Torrent Ruiz, A., 'El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo', *Homenaje a J.M. Vallet de Goytisolo* 1, (Madrid 1988), 755 ss..

Vismara, G., *Storia dei patti successorii*, Milano 1986.

Voci, P., *Diritto ereditario romano* I, Milano 1967.

Volterra, E., *Diritto romano e Diritto orientale*, Bologna 1937.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0803