

LA NECESIDAD DE INSTITUCIONALIZAR LA CONSTANCIA DE UN FUNDAMENTO COMO CAUSA EFICIENTE DEL PACTO SUCESORIO

por
JOSEP- JOAN PINTÓ RUIZ
Doctor en Derecho y abogado. Académico de número
19 de enero de 2016

SUMARIO

- I. *Previo*
- II. *Planteamiento*
- III. *La libertad de testar goza del favor del derecho. Resortes protectores*
- IV. *Los heredamientos rurales. Su razón de ser. Facilidades del legislador de antaño. Comparación con lo urbano*
- V. *Objeto de este análisis del pacto sucesorio catalán según el Ccc*
- VI. *La gran amplitud del pacto sucesorio del Ccc*
- VII. *No se dispone la exigencia de una causa o motivo de justificación. El art. 431-6 Del Ccc no la contiene*
- VIII. *Volumen de gravamen que sufre el heredante en el pacto sucesorio del Ccc: su gravedad*
- IX. *El camino hacia la exigencia de una motivación expresada y suficiente*
- X. *La utilización de la interpretación integrativa del art. 111-1 del Ccc*
- XI. *El art. 111-2 En relación con el art. 431-6 del Ccc. Necesidades de integrar el contenido del último*
- XII. *El resultado de la integración es que ha de constar y existir un motivo para la válida constitución del pacto sucesorio*
- XIII. *Conclusiones*

I. PREVIO

Los avances de la Medicina, «de facto», han producido un nada despreciable incremento de la longevidad. El individuo hoy vive muchos años más que antes, y esta mayor longevidad no es extraña a un deterioro o alteración de su psiquis, que no se identifica siempre con pérdida de la anterior salud mental, y de las facultades de conocer, finura de percepción y entereza de su eventual voluntad.

Esa longevidad, claro está que puede introducir una pérdida de facultades mentales, pero aún sin ella, lo que sí a veces aparece es una pérdida de *la tenacidad*, de la energía *de la rebeldía*, y un profundo deseo, real y consciente de *no ser molestado*. Este no querer ser molestado, claro que es consciente, pero con mucha frecuencia es aprovechado por otros dolosamente¹.

Este importante grupo de ancianos que desde muchos bufetes profesionales es bien conocido, suele ceder hoy a presiones insistentes, pertinaces y vehementes, no porque no se da cuenta, no porque no perciba el sentido de la presión, no porque capten su voluntad sin darse cuenta no porque sucumba al miedo de un mal, sino simplemente por comodidad y porque quiere eludir, le molesta, la confrontación y ponen fin así a una «molestia».

Yo no creo que el Derecho pueda evitar esto. Pero sí que hay que respetar la libertad de testar, la libertad de revocar, el derecho a revocar, si la percepción serena le induce a usar de la facultad rectificatoria. *Al menos, que pueda rectificar si quiere.*

Así las cosas, la regulación del pacto sucesorio, al empezar con la frase «dos o más personas» (art. 431-1 Ccc) posibilita que los otorgantes (DOS) puedan ser padre e hijo, o madre e hijo. Si el hijo decide insistentemente que el padre teste instituyéndole heredero, ¿no se le pone en bandeja, que sin motivo alguno justificante, en lugar de un testamento, configure un pacto sucesorio, en el que se pacte la institución de heredero en favor del otro contratante?

¿En qué se diferencia este acto (materialmente) del testamento? Pues en la pérdida, en el sacrificio de la facultad de revocar.

¿Y cuál es el motivo que impulsa el pacto? Precisamente éste: que no se pueda revocar. Y este motivo es ilegal, es fraudulento. ¿No sería mejor imposibilitar su operancia?

¿Cómo? Mediante la clásica y explícita exigencia de que el pacto sucesorio solo sea eficaz si hay una razón sustantiva externa que explique su importante, trascendente y decisiva utilidad. Y ello con carácter esencial. El eficiente motivo pues ha de ser real, lícito y lógicamente suficiente para explicar la edificante utilidad de su constitución. En las capitulaciones matrimoniales tradicionales, el heredamiento obedecía a motivos tan claros y específicos que lo justificaban. ROCA SASTRE decía antaño que su causa legitimadora es el matrimonio (evidentemente rural) que entonces era perpetuo.

Pero hoy, sin exigencia alguna, ya puede existir el hijo avisado que ha dicho: —Padre, ¿te importaría que yo haga constar que estoy de acuerdo contigo y te agradezco en el alma que me beneficiés así, y que quede claro que esto es así, y que yo también lo quiero, pacto y agradezco?

¹ Vide entorno a esta realidad la introducción del importante estudio de VAQUER ALOY titulado *La Protección Del Testador Vulnerable (Anuario De Derecho Civil, abril-junio 2015. Tomo LXVIII, Fascículo II, pág. 327).*

Aunque esta posibilidad es imaginada —es difícil que exista tanto cinismo— lo cierto es que esta situación nueva explica el contenido de la ponencia que sigue. Y se justifica por lo que después se dirá. Y no hay que descartar su aparición.

Ya se ve, que esa anómala situación (anómala pero muy posible) que se contempla, no genera un propio vicio de consentimiento. No se trata tampoco de error, ni de presión: no se amenaza ni se infringe mal alguno de substancia por el beneficiado. El otorgante se da perfecta cuenta de todo, lo entiende todo, es consciente de que es libre, *está solo cansado*; el otorgante libremente pone fin a la cansina insistencia que le molesta. No tiene la tenacidad, resistencia, cede solo por comodidad.

Yo no creo que en tal situación se aprecie una anulabilidad ni que se declare la consiguiente ineficacia.

II. PLANTEAMIENTO

Partiendo del respeto a la libertad de testar, está por demás claro que sin una motivación evidente² no se muestra oportuno sacrificar la libertad de testar. Será obligado pues, ante todo, ponderar la intensidad que se predica de la debida protección a la libertad de testar, para llegar a la conclusión de que su sacrificio no puede ser sin fundamento.

² CASTÁN con aquella elegancia narrativa que capta siempre lo más expresivo de la doctrina, evoca aquel decir de CIMBALI según el cual, en la formación de la riqueza (al trasladarse del difunto a sus sucesores) intervienen *tres factores o coeficientes*: la actividad *individual*, la incidencia o colaboración *de la familia* y la tutela del Estado. Pues bien —continúa— cuando por muerte del titular se resuelve el derecho complejo de propiedad, cada elemento debe obtener su parte: el individuo mediante el respeto a su disposición testamentaria, la familia mediante las legítimas y el Estado mediante el impuesto de sucesión. Aunque cuando consignara tal cosa el impuesto de sucesión no era, como ahora, confiscatorio y por ello se tiende a su absoluta y necesaria supresión, lo cierto es que CASTÁN tuvo la previsión de acentuar lo esencial de la disposición testamentaria, cual es el derecho y la libertad de disponer de aquello que se debe a su esfuerzo y a su digno trabajo, a su habilidad, a su sagacidad. Bien suyo es, y como tal, debe de mantenerse por encima de todo su libertad de disposición. Esto comporta que el testador (salvo impuestos y legítimas —o reservas—) ha de tener plena y absoluta libertad de testar, y esta libertad comporta para ser tal que el testador, en tanto no fallezca o pierda sus facultades de decisión pueda cambiar y alterar sus disposiciones cuando libremente lo estime, siendo suprema regla el contenido de su decisión, sin que potestad alguna pueda ni deba presionarle o alterarle. Por esto, la libertad de testar, sin alguna razón poderosa que por excepción lo aconseje, no puede jamás frenarse. Y el testador pueda cambiarla cuantas veces quiera. Solo será legítimo pacto sucesorio vinculante y limitador de la libertad de testar, si existe una razón básica fundamental, seria y poderosa que lo legitime. Si ello no concurre, el testador, solo porque él quiera, puede apreciar una mayor necesidad de un deudo suyo, o una riqueza de otro que permite dirigir los bienes a otro, a lo mejor gravemente necesitado, también puede percibir diferencias de afecto, conductas que suscitan confianza o desórdenes que alarman, todo ello bajo el imperio —que no tiene porque justificar— de su libre criterio. Ello es tan elemental que las agresiones a la libertad de testar, si existe un mínimo de sensatez deben tratarse con suma cautela y atención. El testador «*secundum natura*» siempre es libre de disponer o cambiar. Él es señor *de su libre decisión* sin vinculación que lo impida.

Seguidamente deberá examinarse si el Derecho positivo catalán, exige o no tal fundamento legitimador, y a tal fin se comparará la regulación tradicional de los heredamientos rurales que se otorgaban en las capitulaciones matrimoniales con el pacto sucesorio, para concluir sustentando que es preciso institucionalmente³ que el importante sacrificio de la libertad de testar y de *variar* lo dispuesto «mortis causa», obedezca a un principio importante que lo justifique.

III. LA LIBERTAD DE TESTAR GOZA DEL FAVOR DEL DERECHO. RESORTES PROTECTORES

a. *Un gran resorte*, desgraciadamente perdido, sin que se periclite la esperanza de su restablecimiento⁴ es la cláusula «*ad cautelam*».

³ ROCA SASTRE en el método llamado por él mismo «institucional» —insistió— en que el legislador dibuja una «institución» y examinando tal institución ontológicamente, hay que extraer, con su examen las consiguientes consecuencias que la naturaleza de aquella demanda.

⁴ Las llamadas cláusulas «*ad cautelam*» no han estado, en general, bien comprendidas. Véase sino *ad exemplum* la disposición transitoria 2ª del Código civil español, su art. 737 y la transitoria 3ª de la Compilación catalana de 1960, criterio éste negativo, actualmente mantenido y ya en la compilación de 1960 promulgada, se seguía anormalmente el repetido criterio negativo.

Por esto en el Decreto legislativo del 19 de julio de 1984, en la disposición transitoria Tercera se dispone que «tendrá efecto la cláusula *ad cautelam* contenida en testamento abierto otorgado ante notario, antes de la entrada en vigor de la Ley Estatal 40/1960 de 21 de julio en la cual el testador disponga que solamente quedará revocado por otro posterior si en éste sean utilizadas ciertas palabras o frases que consigna».

Quizá podría entenderse que la utilización de la cláusula *ad cautelam* podía contener una especie de autolimitación de la facultad de revocar, facultad ésta de revocar que es esencial (vide art. 422-8 del CCC y art. 737 del CC español). Y si se examina serenamente lo que expresa el Código civil español en su art. 737 se llega a la conclusión que el legislador entendió que la cláusula *ad cautelam* no ha de ser mantenida como eficaz porque autolimita la revocabilidad del testamento. Por ser esto así, es en el mismo art. 737 (tanto en su párrafo 1º como 2º) se decreta la ineficacia de las cláusulas *ad cautelam*. Repito el art. 373 del CC español dispone la ineficacia de las cláusulas *ad cautelam* para que sea respetada la libertad de revocar. Es cierto pues que la mala prensa que se predica de las cláusulas *ad cautelam* se deviene de considerarlas como una innecesaria e inconveniente autolimitación por el propio testador de su futura libertad de revocar.

Y aunque es claro que la inspiradora redacción del art. 373 del Cc español fue esta idea, en Cataluña la cláusula *ad cautelam* no es un límite a la libertad de testar o a la modificabilidad del acto de última voluntad, sino que al contrario *blinda, protege, defiende, asegura y ratifica la libertad de testar*.

El heredante vive con su heredero capitular o testamentario y demás personas *contidianamente* en la casa *pairal*.

Un día y otro. Claro que el cariño se robustece y todo se arregla. Pero este mismo heredante, algunas veces «baja» a la ciudad a ver al hijo no heredero. Allí, por la brevedad de la comunicación no hay fricciones, ni roces. Le dejan comer aquello que el heredero, protegiendo el exceso de azúcar del heredante no le deja comer, ni acaso abusar en exceso del «caliqueño». En la ciudad en cambio le obsequian con lo que le gusta, le llevan al cine o al fútbol y le acompañan en taxi a la estación. Qué contento está. Y sin que jamás se tambalee el título de heredero, sí que no surge alguno que otro legadillo de tipo remuneratorio para el hijo de la ciudad o remunerando la cortesía delicada y más paciente de la nuera urbana. El tiempo pasa. La casa *pairal* está aislada y mal comunicada con la urbe. Un buen día, a lo mejor en el lecho enfermizo, el heredante se entera que quizá montando en un caballo asciende el notario, requerido por el hijo heredero. El notario, por supuesto que ruega al

Desgraciadamente la codicia humana, más allá del afecto familiar aun sentido, se lanza a presionar al testador, con nada despreciable vigor, y además se produce un choque de presiones que se traducen, no solo en los por demás abundante litigios sucesorios —básicamente interpretativos— sino que también en vida, sobre todo en el último periodo vital. Inútilmente los letrados en ejercicio hemos sido requeridos por el testador futuro, para asistir a reuniones conciliadoras, y lograr aquello que tantas y tantas veces proclama el futuro testador «Yo quiero que todos quedéis contentos, ayudarme a acertar». El resultado, salvo honrísimas excepciones, suele ser un fracaso y un incremento de las discrepancias.

b. *Todas las interpretaciones que atendiendo a las correspondientes disposiciones del ordenamiento jurídico vigente y aplicable modalicen o atemperen la intangibilidad de la legítima*, expuestas en el luminosísimo discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del académico numerario Excmo. Sr. D. Ángel Martínez Sanchíz⁵.

c. *La supresión en el derecho civil de Cataluña, de todas las reservas que al modalizar la disponibilidad de los bienes reservados en favor de los reservistas afecta a la libertad de testar*. Estas reservas pues⁶ desaparecen y ello se confirma en el Código civil de Cataluña con toda claridad.

d. *Testamento eficaz a los 14 años*. La necesidad de facilitar el otorgamiento del testamento, ensanchando los límites de la libertad de testar, es tal, que a los 14

hijo requirente que se ausente de la habitación. Y el hijo se ausenta. Pero el enfermo, de verdad, los profesionales lo sabemos, con razón o sin ella teme que el heredero se entere de los legadillos que ha otorgado (a lo mejor en codicilo) al hijo urbano. Teme que el heredero que con él convive se entere, o se disguste o quiera evaporar los legados. Pues bien, si esto pasa (y pasa a veces) qué tranquilo se queda, mediante la protección de la cláusula «ad cautelam» que le asegura el más riguroso respeto a no modificar nada. Siempre nos ha parecido que esta paz, esta tranquilidad de enfermo, no es nada malo, sino que es algo bueno. Por esto nos parece que defender la libertad de testar es una actitud positiva. Y al fin y al cabo casi siempre «de facto» ocurre que si comparamos el testamento o el acto capitular protegido y el inutilizado por la cláusula *ad cautelam*, la diferencia siempre está en lo accesorio, porque lo básico, la institución de heredero siempre permanece intacta. Solo faltaría.

La cláusula cautelar no es una autoagresión a la libertad de testar, sino que es una consciente autoprotección de ella pues protege lo que el testador quiere, y no lo que quieren (aunque la modificación sea leve) los demás.

⁵ Este discurso que fue leído por su autor el día 15 de diciembre de 2014, se titula «QUO LEGITIMA TANGITUR».

⁶ La compilación de 1960 en sus arts. 269 y 272 aún disponía las (hoy desaparecidas) siguientes reservas: binupcial y la llamada por algunos, discutida por otros (vide FIGA FAURA y PINTÓ RUIZ) reserva troncal del art. 811 del CC español. Aunque ahora ya no existen: si el lector quiere documentarse sólidamente sobre ellas y sus significados y función vea en «Estudios de Derecho Privado II» de ROCA SASTRE, Ramón María. Madrid. 1968, págs. 303 a 336.

El obligado a reservar los bienes, los recibía, pero tenía que conservarlos (reservarlos) para los titulares expectantes si la reserva era operativa. Aunque la afirmación parece burda, la institución que comentamos se asemeja a una sustitución fideicomisaria condicional, típica, pues el obligado a reservar tiene una función y un papel semejante al del fiduciario en el fideicomiso y los destinatarios, vía reserva, en su caso de los bienes, se parecen al fideicomisario. Lo que ocurre es que en el fideicomiso estamos ante una institución creada por un negocio jurídico sucesorio, y en cambio la reserva sería una institución dispuesta y configurada por la ley.

Hoy en el Cc de Cataluña ya no aparece.

años⁷ antes de alcanzar la mayoría de edad o la emancipación en que deviene la plena capacidad de ejercicio ya se puede testar. Esta facilidad racional muestra de manera evidente, la conciencia social que existe de la intensidad con que se acoge, el principio de la libertad de testar. Ya a los 14 años pues, se puede testar, se tiene la libertad de testar o no testar. Dada esta amplitud, la intensa evidencia de que la libertad de testar es un bien para quien usa de ella, para su familia y para la sociedad, comporta la consecuencia de que las restricciones a la libertad de testar y las normas que legitimen la supresión de la libertad de testar, son de interpretación restrictiva, como son a su vez de interpretación restrictiva los negocios jurídicos que supriman o modalicen tal libertad de testar. En este sentido, esta testamentifacción activa a partir de los 14 años comporta una influencia decisiva y por demás significativa en orden a que la prevalencia de la libertad de testar exige que las normas que la restringen —insisto— *sean de interpretación restrictiva*.

e. *Protecciones especiales*. El respeto a la libertad de testar es tal que el ordenamiento jurídico proscribe todos aquellos actos, insidias, maquinaciones y fraudes que comportan una presión sobre la voluntad del testador —es decir, restricción a su libertad— y asimismo se proscriben todos aquellos perversos artilugios que inciden en el conocimiento en la conciencia íntima («*cum scientia*») alterando el propio y recto conocer y sentir del testador. Todo ello no tiene otro objeto que proteger la libertad de testar, tanto en la formación de la decisión (consciencia del saber) como en el ejercicio de la misma decisión. La proscripción de la «*captatio voluntatis*», la *prevalencia de la voluntad real* sobre la declarada en el caso de error obstativo, con la proclamación de la teoría de la prevalencia de la *Whilensstheorie*⁸, el fraude o engaño también proscrito, el dolo

⁷ Vid. art. 421.4 del Cc de Cataluña.

Según el art. 211-4.1 del Cc de Cataluña la capacidad de ejercicio se establece a partir de los 18 años. Evidentemente es trascendentes el que a los 14 años (vide nota anterior) ya se pueda testar.

⁸ El error obstativo no es un vicio de la voluntad. Ni una interferencia en la voluntad. El error obstativo es un error de transmisión: lo que *se quiere* está mal expresado, de tal manera que la materialización literaria del querer es desviada porque la declaración, tal como queda escrita, no coincide con el querer. En estos casos en que aunque parezca mentira no son pocos — surge la duda técnica, de si ha de prevalecer la declaración material que se ha escrito, o ha de prevalecer la verdadera voluntad. Así surgen las dos famosas posiciones, la «*Erklärungstheorie*» teoría de la prevalencia de la declaración material, o la «*Whilensstheorie*» o prevalencia de la verdadera voluntad, del verdadero querer.

La jurisprudencia del T.S. (Vide Ss *ad exemplum* de 23 de mayo de 1935; 27 de octubre de 1951; 12 de marzo de 1952; 25 de febrero de 1995 del T.S.: se inclina por entender que es preferente la voluntad real, a lo materialmente escrito. Se argumenta básicamente en el sentido de los arts. 1265 y 673, 1271 y 675 del Cc.

Ello sentado, es evidente que lo que importa es el querer, es la auténtica voluntad del testador, lo que significa que es decisivo aquello que libremente quiera el testador, como tributo al dogma de la libertad de testar. El Derecho protege el libre querer del testador.

Por esto también toda restricción, toda cortapisa, toda interferencia en la prevalencia de este libre querer ha de ser de interpretación restrictiva. La intervención o el menoscabo de la libertad de testar no goza de la protección del derecho; al revés, el art. 4.2 del Cc impone previamente la interpretación restrictiva no extensible de las disposiciones especiales.

que afecta al conocimiento y derivativamente en la formación de la voluntad, e incluso la proscripción de las *enajenaciones de bienes del causante antes de morir este*, provocadas por quien quiere así torcer el querer del causante son muestra más que evidente de lo poco menos que sagrado que es, respetar la libertad de decisión «post mortem» del causante, de tal modo que no nos hallamos ante una simple protección verbal, simbólica o teórica, sino ante un *principio* que es digno de la mayor protección jurídica y jerárquicamente situado en una cota muy alta.

Estas constataciones son preceptos que protegen la libertad de testar, y que habrían de tenerse muy en cuenta por el legislador y por el intérprete.

f. «*In genere*» la libertad civil tan proclamada en Catalunya⁹, tanto más, ha de provocar muy de veras el máximo respeto al derecho del titular de un patrimonio, como suyo que es, de disponer libremente como él quiera *post mortem*. Una cosa es disponer *mortis causa* y otra cuestión muy distinta es renunciar *in genere* a disponer, a dar efectividad a su voluntad en el futuro.

g. *Principio general*. La conclusión cierta, jurídicamente procedente y moralmente imperativa es que es vigorosamente informador el principio de protección a la libertad de testar¹⁰.

IV. LOS HEREDAMIENTOS RURALES. SU RAZÓN DE SER. FACILIDADES DEL LEGISLADOR DE ANTAÑO. COMPARACIÓN CON LO URBANO

Si no podemos dudar del bien que comporta el respeto a la libertad de testar, si no podemos dejar de contemplar la realidad de que este principio goza especialmente del favor del Derecho, habremos de concluir que para restringir el principio deberá existir *una razón que lo permita* y si la restricción comporta la anulación total de la libertad de testar (prohibiéndole testar) la razón justificante de algo tan grave y trascendente ha de tener licitud y *gran importancia*.

El éxito (ahora ya periclitado, ya finito por el cambio social) que tuvieron los heredamientos otorgados en capitulaciones matrimoniales para conservar, engrandecer (vide Felipe —por Carlos I— en las Cortes de Monzón 1585, capítulo 94) las casas principales —y las no principales— proporcionando un crecimiento del agro cultivable y productivo; crecimiento en su extensión, concentrando en él, la conjunción de sus sucesivas familias, la del marido y la de la mujer, que así en

⁹ Véase enunciado del art. 111.6 del Cc de Cataluña.

¹⁰ El *ius disponendi*, el derecho a disponer por un sujeto de aquello que es suyo, tanto en vida como para después de su muerte, es tan imperativo que se debe alzar y ser reconocido como un decisivo principio general del Derecho, que exige siempre una razón sustantiva, profunda y evidente para ser cercenado.

cada generación, en lugar de dividirse el patrimonio crecía y ampliaban la extensión del agro, y con ello —repito— la importancia y el *quantum* del patrimonio familiar fue espectacular y evidente.

La esplendorosa realidad confirmó que fue *un bien*, consecuencia de la creación que la sociedad civil efectuó sobre la marcha, y los instrumentos notariales (capitulaciones matrimoniales) arrancando retazos de la misma vida rural, trasladarían a sus protocolos la consiguiente y genial creación institucional. La compilación de 1960 recogió (confirmando aquel decir de SAVIGNY y la escuela histórica) aquella creación nacida del hacer y por ende del sentir de la conciencia social histórica de aquel momento y de aquel lugar. Espléndido el resultado. Espléndida la justificación y es evidente que aquello que el pueblo quiso (tanto lo quiso que lo practicó) y podía y pudo ser eficaz, útil y bueno.

Valió la pena, *era lógico restringir la libertad de testar* para conseguir, generación tras generación, que aquella entrega de aquellos afanes y bienes de dos familias continuara. Para ellas, el matrimonio era, a la sazón, algo serio y perdurable —la causa legitimadora decía ROCA SASTRE¹¹ es el matrimonio— y querían que esta confluencia se repitiera y subsistiera, generación tras generación perdurando así la potencia conservadora y engrandecedora.

Ahora aún no nos hemos dado cuenta de lo difícil que es crear una semejante solución para la empresa familiar urbana: protocolos, convenios, entramados de sociedades mercantiles, unas reales, otras dignas de que se les levante el velo, ensayos de trust, aparentes disposiciones de presente, fiducias, éxodo de bienes al exterior, alimentando a costosos «fiduciarios», etc., etc. Nada preciso, nada definido.

El legislador *sin la luz* que proceda de la realidad de la conciencia social, sin la luz que va de abajo a arriba, ha optado por configurar el pacto sucesorio con una

¹¹ Con su habitual precisión, claridad y contundencia propias del profundo saber del maestro ROCA SASTRE en su célebre DERECHO HIPOTECARIO. (Séptima edición. Tomo III. Barcelona 1979, pág. 883), dice nada menos que: «En una palabra *el matrimonio debe entenderse como un elemento legitimador* que de un modo directo o indirecto HACE VÁLIDO EL HEREDAMIENTO».

Uno no puede dejar de sentir una viva nostalgia por aquel sentir y respetar serio, contundente y claro de la institución del matrimonio, bien distinta y diferenciada de uniones ocasionales, vacilantes, mutantes con funciones difusas y sobre todo transitorias en la práctica, nada permanentes ni perdurables e imprecisas. La solidez, la garantía, la seriedad, la alta función del matrimonio, su seriedad fueron la piedra angular, la justificación, la legitimación, la solidez de aquellos pactos sucesorios rurales (Heredamientos). Hoy sin esta claridad, contundencia, sin este fundamento, dar solidez a un pacto sucesorio de pretendido carácter familiar, está tan lejos de la solidez, como lejos de ella está hoy la llamada unión de «pareja». Y pretender, en fin, que aquel inalterable principio secular de la libertad de testar («ambulatoria est voluntas defuncti» —D. 17, 2, 52, 9—) quede derribado por algo tan poco sólido por un pacto destructor, impreciso, parece mucho pedir.

Y aunque el tono de esta nota pueda parecer exagerado —y por ende impropio— lo que sí es cierto es que nadie puede *sin fundamento serio*, privar a un ser humano ni de decidir, ni de cambiar el sentido de su sucesión sin grave fundamento legitimador. Hay que encontrarlo, pero sin él, no se puede privar de la libertad de testar.

Y no dudar de la competencia y buena fe del legislador. Pero todos, absolutamente todos, somos humanos.

amplitud extrema, amplísima, pero eso sí, privando de la libertad de testar al otorgante en el futuro. No ha gozado el legislador de la construcción previa y creadora de una realidad social iluminadora preexistente surgida del espíritu del pueblo.

Ya se comprende que las capitulaciones matrimoniales y los heredamientos que se configuran legislativamente en 1960 eran la positivación de una actitud consuetudinaria inmemorial del pueblo. Ahora nos hallamos ante una creación lógica de un legislador, estudioso, conocedor de la dogmática, pero huérfano de una recepción suficientemente configurada de abajo a arriba, porque aún no existe.

Y desgraciadamente por este conjunto de circunstancias no aparece en el texto positivo la *clara exigencia de una justificación seria*, de un motivo motor suficiente, para privar al heredante de un derecho tan importante y tan indiscutible como poder constituir diferentes disposiciones sucesorias a la vista de la situación cambiante, y así disponer *post mortem* de sus bienes, a la luz de lo que en cada momento está ocurriendo.

Insisto: lo que debe ser preciso, en cada uno de estos otorgamientos cerceñantes de la libertad de testar es la existencia y expresión de *una razón que justifique, que explique*, y que haga necesaria una pérdida tan y tan importante como es el citado bien de la libertad de testar. Y esta exigencia no *está impuesta*, cuando debería estar claramente proclamada.

V. OBJETO DE ESTE ANÁLISIS DEL PACTO SUCESORIO CATALÁN SEGÚN EL CCC

No pretendemos analizar en profundidad la positivación de los pactos sucesorios, efectuada «ex novo» por el CCC. Solo queremos aquí, en esta modesta ponencia, entregarnos afanosa y respetuosamente a percibir la mayor luz, en orden al mantenimiento del principio de la libertad de testar, de tal modo que de una parte sea patente la *excepcionalidad* de cualquier restricción a dicho principio (libertad de testar), y de otra que además cualquier restricción debe obedecer, en cada caso concreto a *una razón*, a un *motivo justificante y poderoso* de tan alarmante y trascendente sacrificio¹².

¹² El viejo principio citado «ambulatoria est voluntas difuncti (D. 17, 2, 52, 9)» es algo tan íntimamente necesario que clama al cielo prescindir de aquél banalmente.

El ser humano, que es de naturaleza gregaria, se siente solo y aprecia con error o sin él, que una persona o varias personas son amables con él, le quieren, le asisten, le cuidan, son solidarios con sus afanes, se encuentra bien con ellos, bien acompañado. Pero, puede advertir —o creer con fundamento o sin él— que ya no le quieren, que otros en cambio sí le quieren y le asisten, o puede acaecer (y a veces acaece) que le echen, o lo tema y sean otros los que le quieren (le acojan). ¿Creéis que es humano, que a este hombre se le prive de cambiar el sentido de sus disposiciones de última voluntad?, ¿no escandaliza que no pueda hacer tal cosa? Pues esta disfunción tiene un nombre: privar al ser humano de su *libertad de testar*.

No puede suprimirse ni cercenarse la libertad de testar, si en el caso concreto, no aparece evidente y real una justificación de tamaño sacrificio.

Que sin motivo, sin causa, aparezcan renunciaciones a este derecho, alarma sustancialmente.

VI. LA GRAN AMPLITUD DEL PACTO SUCESORIO DEL CCC

El actual legislador catalán (al revés de lo que les ocurrió a quienes hicieron posible la compilación de 1960) no pudo contar con un acervo de instrumentos notariales que se configuraron gracias a la gran actuación de la autonomía de la voluntad del mundo rural, que perfilaban en las capitulaciones matrimoniales aquellos heredamientos y aquellos pactos nupciales, con su proyección al futuro hacer de las generaciones siguientes, que tanto bien generó y contando además con aquella estabilidad que dio el matrimonio rural, y con la realidad del *pacto de unidad económica*, que se transcribió después en el art. 71 de la Compilación de 1960. Porque aquel pacto no solo era un pacto sino que *era un pacto nacido del pueblo* y respetado por él; era un pacto sentido, generalmente aceptado y querido. Los compiladores gozaron de tal riqueza. El actual legislador catalán no ha podido disponer de tal cosa, no ha dispuesto de aquella excelencia. La regulación del pacto sucesorio en contemplación de la empresa urbana familiar y para obtener un fruto y un éxito como aquel que los heredamientos capitulares rurales obtuvieron, no goza de una previa instrumentación uniforme practicada, aceptada y vivida, como ocurrió con los ya citados heredamientos. Solo aparece una desordenada amalgama de prácticas varias: protocolos familiares de diversa significación y contenido, negocios jurídicos instrumentales, muchos de ellos de dudosa legalidad. Sociedades participadas y participantes, con pactos para-sociales en documentos privados, disposiciones fiduciarias,

Claro que la necesidad de mantener la continuidad rural y agrícola de la casa *pairal*, hace, por esa grave necesidad cercenar ese principio, pero admitir en general sin fundamento que a un hombre se le prive de la libertad de testar, tal cosa chirría y perturba. El daño que puede ocasionarse es demasiado grave y sobre todo demasiado *impío*, para permitirlo y menos legislarlo como posible *sin motivo justificante*.

No nos referimos ni a nadie ni a órgano alguno. Pero esto es así, sencillamente porque lo es.

Para percibir la trascendencia e importancia de la regulación es necesaria la atenta lectura del monumental estudio de EGEA FERNÁNDEZ «El nuevo régimen jurídico de la sucesión contractual», vide en RJC núm. 1-2009 págs. 9 a 50.

Vide asimismo por FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis «El protocolo familiar sucesivo y su ejecución sucesoria. Un examen especial del Derecho civil de Cataluña», en Revista Mercantil núm. 284/2012. Vide sic «La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: El pacto de familia», en la página 1.169 del ADC, tomo LXVII, 2014. Fasc. IV por GIAMPETRAGLIA, Rosalía. Vide la abundante bibliografía que cita la autora de dicho trabajo.

Vide en RDP «La partición hecha por el testador con acto inter-vivos» por CREMADES GARCÍA, Purificación. Septiembre 2015, págs. 3-33, siendo de especial interés la nota 63 de dicho estudio, también la glosa de la S. del TS de 22 de mayo de 2009 que aparece en la nota 42, vide notas 65 y 55.

cuando no, utilización de fundaciones o asociaciones diversas; no se ha dispuesto de una regulación del *trust*, ni una práctica uniforme de él, bienes sitios y sociedades actuantes fuera del territorio de la soberanía nacional. Con los mayores respetos, aunque la inmensa mayoría de las personas y colectividades interesadas, actúan con arreglo a Derecho y con reconocida actitud ética, y merecen la mayor loa, lo cierto es que, la anterior estructuración jurídica de todo ello, era poco menos que caótica y nada aleccionadora. Claro que existen protocolos de maravillosa perfección y que muestran la altura del esfuerzo creador de ellos, pero no aparece *una uniformidad suficientemente reglada* y es que, en lo urbano, no existe aquella continuidad estática del patrimonio rural, sino movilidad y trasvase negocial continuo, la gestión de la empresa es una exigencia específica y dinámica muy singularizada. La cohesión familiar, rural, es distinta de la urbana¹³. Y fallecido el creador, acaece la gran dispersión y no existe una visión de futuro que unifique a los descendientes que lejos de aglutinarse se dispersan. El elemento de cohesión no existe y por mucha protección que reciban estatutariamente las minorías, el juego de las mayorías, el capital y los titulares de él, o gestores representantes de él son los que mandan. El sentimiento de unión, de cohesión familiar, a medida que acaece la sucesión generacional se dispersa, se difumina, unos se distancian cada vez más de los otros. Lapidariamente pues pervive aquella visión profética de ROCA SASTRE: Hay que diferenciar lo rústico de lo urbano. Total y en resumen, el legislador catalán no cuenta, insisto, no dispone de aquellos antecedentes que muestren una pre-creación jurídica, querida, sentida y *uniformemente practicada* como ocurrió en el agro. No dispone de un proyecto jurídico que venga de abajo hacia arriba. Nada ha tenido.

¹³ 1. En lo urbano los agentes viajan continuamente por exigencias de su actividad. La solemne comida del mediodía con aquellas confidencias de pareceres, comentarios de lo acaecido que hacía común el quehacer y sentir individual hoy es poco menos que un cuento de hadas. El orden cotidiano de los tres platos está sustituido por la dispersión del bocadillo, hoy llamado «bocata», a lo mejor solo un café. Se entra en la «casa» (el piso) haciendo orgullosa ostentación de la prisa que apremia y hasta honra salir disparado. Hay que acudir al desayuno o a la comida «de trabajo» o a la cena del magnate influyente o dispensador con el que conviene estar bien. Los niños comen en el colegio las delicadezas del «catering» y encima cuando llegan a casa están ocupados con inoportunos «deberes». Nada que sea expresión de una vida ejemplar y sobre todo «familiar». Bajo un punto de vista, rigurosamente teórico, la transmisión de la sociedad familiar urbana muestra la siguiente dificultad: Constituyendo dicha sociedad una *universalidad* (y como tal integrada por un activo y un pasivo) hay que tener en cuenta que para que el deudor pueda ser substituido por otro deudor se necesita el consentimiento del acreedor (art. 1205) y siendo varios los acreedores, es muy difícil en la práctica obtener este consentimiento. Y en la práctica es tan difícil que ni siquiera se pide.

Y por ello, bajo un punto de vista rigurosamente teórico es que, para el acreedor, continua siendo deudora la misma sociedad familiar, pero si esta no está constituida en perfecta persona jurídica, continúan siendo deudores personalmente los titulares transmitentes, y *también lo son por expresa asunción los titulares adquirentes. Pero en la práctica no vemos que ello se tenga en cuenta. Hasta que un día la dificultad se actualice.*

2. Para contemplar, muy esquemáticamente la empresa familiar vide «Empresa familiar: Estructura jurídica, organización y ventajas» por ESCURA SERÉS, ESCURA SANCHO, MORAL ESTEBAN. Edita Hispajurídica. Madrid. 2013.

¿Y qué ha hecho? Pues crear algo que para ser operativo ha de estar dotado de la máxima generalización, y esta *máxima generalización*, esta máxima amplitud, al ser por tanto operativa en prácticamente todo caso, da por resultado, como se verá, que la vinculación hacia el futuro afecte muy gravemente, muy nocivamente a la libertad de testar.

VII. NO SE DISPONE LA EXIGENCIA DE UNA CAUSA O MOTIVO DE JUSTIFICACIÓN.
EL ART. 431-6 DEL CCC NO LA CONTIENE

El art. 431-6 en el enunciado de su contenido, parecería indicar que efectivamente exige esta motivación. El precepto comienza con el siguiente enunciado «Cargas y finalidad del pacto sucesorios». Este enunciado, es ciertamente prometedora. Pero la expresión normativa del contenido es bien distinta. Dice así¹⁴:

¹⁴ 1. El texto castellano es el que aparece en el B.O.E. núm. 190 de 7 de agosto de 2008, (pág. 33769)

2. El texto en catalán del precepto (art. 431-6) es el que figura en el Código civil de Cataluña y que a continuación se transcribe:

«*Càrregues i finalitat del pacte successori*

1. En pacte successori, es poden imposar càrregues als afavorits, que hi han de figurar expressament. *Si escau*, també s'hi ha de fer constar, si té caràcter determinant, la finalitat que es pretén assolir amb l'atorgament del pacte i les obligacions que les parts assumeixen a aquest efecte.

2. Les càrregues poden consistir, entre d'altres, en la cura i atenció d'algun dels atorgants o de tercers, i la finalitat, també entre d'altres, en el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar o en la transmissió indivisa d'un establiment professional.»

3. La versión castellana utiliza, con mayor perfección en su páfo. primero, la expresión «*Si procede*», que es mucho más precisa que la de «*si escau*» que no nos parece muy propia de un precepto normativo, pues mal puede generar certeza, y con ello seguridad jurídica y justicia, si con la expresión «*si escau*» se pueden decir tantas cosas, tan dispares y diferentes y contradictorias como las que expresa el *Institut d'Estudis Catalans* y que transcribimos:

«escaure [quant a la flexió, com caure]

1 v. intr. [LC] Allò que hom fa, anar bé, convenir, amb la seva manera d'ésser, la seva posició social, la seva edat, etc. A vós, no us escau de fer aquestes coses. Tan gran, ja no li escau de fer bogeries.

2 1 intr. [LC] Un vestit, un adorn, un color, etc., ésser adequat a algú o per a alguna cosa, contribuir a la seva bellesa. La jaqueta verda li escau molt. El groc no li escau. Aquests mobles no hi escauen gens.

2 2 [LC] escaure malament No escaure.

2 3 [AD] no escau No s'accepta perquè no és procedent.

2 4 [AD] si escau Si és procedent, en el cas que sigui procedent.

3 1 intr. pron. [LC] Algú, trobar-se eventualment en un indret. Llavors jo m'esqueia ésser a Olot.

3 2 intr. pron. [LC] Una cosa, esdevenir-se en tal o tal ocasió, data, etc. Aquell any carnaval s'esqueia a mitjan febrer.

3 3 [AD] si s'escau Si es produeix, s'esdevé, una cosa.»

[<http://dlc.iec.cat/accepcio.asp?Word=0019320&Id=0019320&txtEntrada=escaure&OperEntrada=0&txtSubentrada=&OperSubentrada=0&CatGram=&OperCatGram=0&LlenguaOrg=&txtDefinico=&OperDefinico=0&txtExemple=&OperExemple=0&sAreaTemText=&OperAreaTematica=0&MarcaValorativa=&txtInfMorf=&OperInfoMorf=0&OperAlMorf=0&re=¶m=0019320/escaure/0//0//0//0//0//0//0//0//0//print&print=yes>].

«1. En pacto sucesorio, *pueden* imponerse cargas a los favorecidos, que deben figurar en el mismo expresamente. *Si procede*, también debe hacerse constar, *si tiene* carácter determinante, la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto.

2. Las cargas *pueden* consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros, y la finalidad, también entre otras, en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional.»

Ciertamente que aparece una alusión a la finalidad, pero el «*si escau*» (es decir traducido por «si procede») del inicio del párrafo quiere decir algo así como «si acaso procede» y tal aspecto *condicional* está lejos de comportar una propia exigencia ineludible cuando, con clara contundencia y con carácter determinante, debería exigir la norma que constara la finalidad perseguida.

Aparte de que lo que se viene a decir, es que *si acaso existe* se debe hacer constar, la *necesidad constitutiva de la existencia de un motivo legitimador serio, importante y justificador*.

No está ni exigida ni proclamada legislativamente la necesidad de la proclamación en el pacto ni la necesidad de la existencia de una razón seria e importante que causalice y explique la importante pérdida de la libertad de testar.

Tenemos que insistir en que literalmente el texto *no exige* que sea necesaria la existencia de un motivo que justifique el sacrificio tan grave y trascendente cual es la privación de la libertad de testar.

Veamos lo que en realidad, literalmente, dice el texto. En el primer inciso dice que en el pacto «se PUEDEN imponer (“pueden” no es imperativo) cargas a los favorecidos que han de figurar expresamente». O sea que, solo *si se imponen* han de figurar.

Si procede también se debe hacer constar, si tiene carácter determinante la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto. La condicionalidad o eventualidad que se desprende de la expresión «*si procede*» y la eventualidad si es o no es «determinante», está muy lejos de expresar la absoluta necesidad «sine qua non» para la

4. La verdad es que ora se tome en consideración literalista la versión catalana, ora su traducción en castellano, de ningún modo aparece con claridad el principio de que para que se produzca el efecto de privar de la libertad de testar, sea imprescindible, sea necesaria la existencia de un motivo, una justificación grave, trascendente, importante, útil. Nada de esto se proclama. *A lo sumo lo que se dice es que si acaso existiera debe hacerse constar así. Pero no se dice que es imprescindible que exista.* La expresión castellana «*si procede*» con el significativo «*si*» que precede quiere decir que para el caso de que proceda ha de constar, pero no dice *que sea necesario, que deba proceder*. La expresión «*si escau*» quiere decir diversas cosas, es una expresión anfibiológica, pero de ningún modo expresa que «deba existir necesariamente».

constitución válida del pacto, de que exista y se proclame una justificación seria, idónea y suficiente del trascendente sacrificio para el futuro de la libertad de testar. Si en fin, la norma solo dice que se puede o no hacer constar, si es que la finalidad tiene carácter determinante (lo que quiere decir que puede no tenerlo) tal finalidad y las obligaciones ordenadas a su efectividad *no aparecen normadas como ineludibles*.

Lo que desgraciadamente solo expresa es que *si hay* finalidad determinante esta ha de hacerse constar.

VIII. VOLUMEN DE GRAVAMEN QUE SUFRE EL HEREDANTE EN EL PACTO SUCESORIO DEL CCC: SU GRAVEDAD

De acuerdo con lo que dispone el art. 431-12 el heredante pierde la potestad de modificar o dejar sin efecto el pacto salvo mediante nuevo convenio (en escritura pública) otorgado por los otorgantes y otros resortes nada fáciles¹⁵.

Deja pues sustancialmente al arbitrio de los otros otorgantes nada menos que el causante pueda disponer de otra ordenación de su sucesión, ordenación futura de su sucesión. No es ciertamente poco, sino que es gravísimo y trascendental perder para el futuro la facultad de testar: pierde y les entrega la libertad de testar. Casi nada¹⁶.

Además de lo dicho el art. 431-8 del Ccc permite la extensión de *una nota marginal en el folio registral* (del Registro de la Propiedad) correspondiente a cada finca. Esto, en la realidad limita de presente «de facto» la facultad de libre disposición intervivos del bien en cuyo folio registral se ha extendido la nota marginal, pues no existirá persona alguna que adquiera el dominio o derecho real sobre dicha finca, ni que quiera celebrar contratos aún meramente obligacionales en los que sea indispensable contar con la finca.

Más grave es aún aquella situación en la que, si lejos de otorgar un heredamiento simple, se otorgan heredamientos cumulativos en los que se efectúan ya donaciones de presente, en los que ni siquiera son aplicables la facultad institucional reglada de revocación de donaciones (arts. 431-19.2).

La reserva para disponer y efectuar asignaciones a la legítima que se mencionan en el art. 431-22 expresan también las largas limitaciones que comporta el pacto sucesorio si no se hace uso, al pactar, de tal reserva.

¹⁵ Vide arts. 431-10; 431-11; 431-12; 431-13, 431-14; 431-16 y 431-17 Ccc. Hacerlo ineficaz no es precisamente fácil.

¹⁶ A lo largo de esta modesta ponencia se ha puesto sobradamente de manifiesto la tragedia de que el heredante que se da cuenta de que otros le quieren de verdad, otros merecerían aquello que erradamente dispuso para otros, no pueda rectificarla.

La atenta lectura de dicho precepto, muestra la importancia y trascendencia de la concesión de derechos (bilateralidad) a los demás otorgantes.

El art. 431-25 muestra las consiguientes limitaciones en el ejercicio de derechos inherentes a la cualidad de socio que ostenta el heredante, tanto en cuanto derechos políticos como económicos, con posible publicidad registral mercantil¹⁷.

Aunque todo ello no comporte, al decir de algunos autores, una relación sinalagmática *do ut des*¹⁸, lo cierto es que la pérdida o menoscabo de facultades, y sobre todo de la facultad de disponer (más allá de las disposiciones *mortis causa*) incluso de los bienes, está —de facto— gravísimamente cercenada. Queremos decir que, al pactar, el heredante «de facto» ya se grava de presente.

Y cuando el tiempo avanza y las enfermedades y los achaques aparezcan y duelan los desengaños por la falta de colaboración o asistencia y se patentiza la soledad entonces hallándose en plena capacidad para premiar a quienes le atiendan, o en trance de darse aquella propia satisfacción de conceder o ayudar, no pueda hacerlo.

Este sentirse bloqueado es, por lo menos, muy doloroso¹⁹.

Escusado es insistir en *la importancia del art. 431-25.4* según el cual «El heredero instituido²⁰ *puede impugnar* los actos dispositivos en la medida en que puedan considerarse otorgados en daño o en fraude del heredamiento, INCLUSO EN VIDA DEL HEREDANTE». Si se tiene en cuenta que todo gravamen, constitución de un derecho real o afectación a un bien, reduce la que será masa hereditaria, es evidente que el heredero puede pretender la ineficacia de los actos de disposición que el pactante heredante hace en vida. Este precepto, constituye una limitación que trasciende más allá de la libertad de testar y alcanza «de facto» la de disponer en vida por el propio heredante.

Y esta línea limitativa está también en el art. 431-25.3. El heredante poco menos que da pena²¹.

Es indispensable hacer constar con claridad la gran alarma que se produce si se profundiza en el gravamen que sufre el heredante. Y es que el pacto sucesorio tiene una *apariencia de inocencia* que desdibuja su notoria gravedad. No es cierto que este pacto sucesorio solo comporte que el heredante no pueda simplemente

¹⁷ Cuando tantas y tantas sociedades mercantiles se constituyen con finalidades de control, o con fines indirectos de organización de poder, imaginar las trascendentes perturbaciones es bien fácil.

¹⁸ Vide *supra* nota 41.

¹⁹ En nuestro ejercicio profesional lo hemos vivido.

²⁰ El pacto sucesorio no es igual que un testamento inmutable. Es mucho más grave. Vide nota siguiente.

²¹ Es que el pacto sucesorio tiene una apariencia de inocencia que no corresponde a la realidad. El testador de verdad, el que solo es testador, pese a haber instituido heredero, *piensa que basta que muera*, puede hacer con lo suyo lo que *le dé la gana*, y así es, pero esto *no ocurre* en el pacto sucesorio (vide «*supra*» cap. VIII anterior).

cambiar la institución de heredero ni las atribuciones particulares. En realidad el pacto sucesorio comporta (como se ha visto) ya en vida del heredante, significativas y graves limitaciones. El pacto sucesorio (lo repetimos por su importancia) provoca *una nota marginal registral* que publica que se ha otorgado el pacto. Quien examina el registro evidentemente se entera de ello y piensa que es algo significativo. Pues significa, nada menos que el día de mañana, el heredero instituido en tal pacto *podrá impugnar los actos de disposición que haya efectuado el heredante en vida del propio heredante* (vide art. 431-25 n° 4).

El más elemental sentido común proclama que no podrá enajenar bien inmueble alguno, como no sea mediante recibir a cambio un precio leoninamente bajo. Nadie con un mínimo de sensatez comprará pagando el precio justo, si la adquisición *puede ser impugnada* posteriormente.

IX. EL CAMINO HACIA LA EXIGENCIA DE UNA MOTIVACIÓN EXPRESADA Y SUFICIENTE

Dos son los caminos que conducen a la concesión de la tesis que la ponencia defiende:

- a) La reforma legislativa, que con claridad y precisión disponga esta exigencia²².
- b) La interpretación integrativa.

El primero de ellos es contundente y claro, pero exige una actividad parlamentaria.

La otra vía es la interpretación integrativa. No hace falta resaltar su importancia, y sabido es el largo camino recorrido (la mayoría de los manuales lo exponen con claridad). Ahora no hay la más mínima duda de la posible utilización de este camino.

²² D. Libro I, título III, 32 (Iulianus libro XCIV Digestorum) párrafo 1°: «Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populos probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populos voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illum receptum est, ut legis non solum suffragium legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur».

No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada, y este es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque las *mismas leyes* por *ninguna otra causa* obligan («ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant..») sino porque *fuieron admitidas por la voluntad del pueblo*; así también con razón guardarán todo lo que sin estar escrito *aprobó el pueblo* porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos (suffragio) o con las mismas cosas y con hechos?. Por lo cual también está perfectísimamente admitido que las leyes se deroguen no sólo por el voto (*suffragio legislatoris*) del legislador, sino también por el *tácito consentimiento* de todos por medio del desuso.

X. LA UTILIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN INTEGRATIVA
DEL ART. 111-1 DEL CCC

El art. 111-2 del Ccc comienza diciendo «Interpretación e integración». A continuación en su número 1 dice con claridad que «en su aplicación el derecho civil de Catalunya se ha de interpretar Y SE HA DE INTEGRAR de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana²³».

Sabido es que la integración tiende a conseguir que la expresión normativa (de suyo, como codificada muy sobria y escueta) exprese no solo «a pedem literam» lo que dice sino todo aquello que concierne a la regulación de la institución que el legislador consagra, pues la expresión normativa no expresa siempre el total contenido que integra la institución que la norma proclama. La realidad institucional que expresa, es amplísima, compleja y riquísima. La expresión normativa en su sobriedad no puede, en sí, expresar la plenitud que concierne a una institución que legislativamente se define. Una cosa es la sobria expresión normativa, de contenido literal mucho menor y menos rico, que la realidad institucional que proclama.

El texto del Ccc (art. 111-2) no dice que se «puede» integrar la expresión normativa, sino *que se ha* de integrar, es decir, proclama el deber jurídico, de integrar, naturalmente cuando hay, ante una realidad concreta, una menor expresión de contenido en la expresión normativa, en relación a la riqueza propia de la institución que es objeto de la norma promulgada.

XI. EL ART. 111-2 EN RELACIÓN CON EL ART. 431-6 DEL CCC.
NECESIDADES DE INTEGRAR EL CONTENIDO DEL ÚLTIMO

El art. 431-6 precisa de una integración porque incurre en un déficit de expresión. El precepto si se examina atentamente, no dispone algo, si no que enuncia el contenido, pero no proclama su vigencia, no proclama su efectividad, pues dice que «se pueden²⁴ imponer cargas a los favorecidos que han de figurar expresamente». Así solo dice que es posible imponer cargas, y que en tal caso

²³ Los compiladores (nos referimos a la Compilación del 60) estamparon la expresión interpretar e integrar, pero no lograron evitar que se suprimiera la expresión integrar, y por estar razón (no por voluntad de los compiladores) se suprimió entonces la voz «integrar», que ahora luce en el art. 111-2 del CCC con toda claridad.

²⁴ Si expresa que «se pueden» imponer cargas, lo que expresa es que pueden imponerse o pueden no imponerse, y por ello el deber de figurar las cargas, no está establecido puesto que solo si se imponen, habrán de figurar, pero si no se imponen no pueden figurar; total que los otorgantes son absolutamente libres de que conste la existencia de las cargas, pues siendo libre su constitución, es evidente que de ninguna manera es obligatoria tal constancia.

(si se impone «han de figurar expresamente»). A continuación también dice que «si procede», utilizando la expresión «si escau» que quiere para el caso de que proceda, y por ello no dice cuando procede y cuando no procede, afirmando solo que, repito, si procede ha de figurar lo que así se exige. La norma jurídica no dice que siempre procede, ni que no procede, ni cuándo procede. Solo afirma «si procede».

Como es evidente que la norma es incompleta, proclamado por el art. 111-2 la obligación de integrar, es evidente que no hay más remedio que integrar.

XII. EL RESULTADO DE LA INTEGRACIÓN ES QUE HA DE CONSTAR Y EXISTIR UN MOTIVO PARA LA VÁLIDA CONSTITUCIÓN DEL PACTO SUCESORIO

Dado el carácter irrevocable (irrevocable en el sentido de que por una sola y libre decisión de su voluntad no pueda dejar sin efecto el heredante lo convenido) del pacto sucesorio, es preciso hacer constar y disponer con claridad y precisión todos aquellos requisitos, que como una «conditio iuris» generan la eficacia de tal pacto sucesorio.

El principio «ambulatoria est voluntas» propio de la sucesión testamentaria, el respeto a la libertad de testar, sufren, ambos, un quebranto que ciertamente solo se produce porque algo suficiente y lícito motiva la decisión real del heredante. Y es evidente que una decisión tan grave (gravedad que ya hemos analizado) no se debe producir porque sí, y por ello, como quiera que no es concebible, que porque sí se efectúe tamaño sacrificio, el Derecho exige que exista y se proclame para verificar su licitud. Por ejemplo, cuando un padre instituye heredero a su hijo, no en testamento sino precisamente en pacto sucesorio, solo para alcanzar la irrevocabilidad, lo que acaece es un evidente fraude de ley. Y es necesario que el derecho pondere y haga mérito de el por qué del insólito quebranto del principio de libertad de testar.

Y en fin, como el motivo de otorgamiento, siempre es uno y este motivo, si existe ha de expresarse, es claro que como existe ha de expresarse, porque el Derecho al aplicar la norma ha de verificar si es suficiente y lícito.

Claro que, no estamos en presencia de un contrato bilateral oneroso, pues el ánimo de liberalidad, con unas cargas tan onerosas, por sentido común, es obvio que obedecen a una motivación importante y suficiente que debe expresarse.

Y por ello contemplando en su totalidad la expresión normativa, ha de concluirse que por vía de integración es necesario, no solo proclamar que si existe ha de proclamarse sino también que DEBE EXISTIR y proclamarse. No es concebible —sería absurdo— suponer la existencia de tamaño sacrificio que, por razón de las cargas institucionales, desnaturaliza una pura donación, porque sí. Y como

quiera que la expresión normativa no dice si ha de existir o no la motivación (pero la contempla sin decirlo), este silencio obliga a proceder a la *integración interpretativa*).

XIII. CONCLUSIONES

- 1) En el derecho español, y muy intensamente también en el especial de Cataluña, se admite la interpretación integrativa y el principio de que los jueces deben (que es más que pueden) ponderar la equidad.
- 2) El principio de la libertad de testar es esencial y solo puede cercenarse su aplicación cuando concurre un fundamento de señalada utilidad o necesidad.
- 3) No es posible cercenar la libertad de testar, por motivos banales o sin motivo alguno.
- 4) El art. 431-6.1 del CCC exige una interpretación integrativa que conduzca al respeto y salvaguarda de la libertad de testar.
Y este principio es tan esencial que solo puede modalizarse en cuando con expresa constancia en el título concurre en el caso un fundamento sólido, no banal sino justificante y expresado.
- 5) La conculcación de este respeto puede conducir a situaciones profundamente injustas y socialmente nocivas.