

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

JACINTO GIL RODRÍGUEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad del País Vasco

SUMARIO: I.- RECONOCIMIENTO Y GRATITUD. II.- APROXIMACIÓN AL TEMA: DIVERSIDAD LEGISLATIVA, PACTOS SUCESORIOS Y PROTECCIÓN PATRIMONIAL DEL DISCAPACITADO: 1.- El repliegue de la Ley y la ulterior queja competencial. 2.- La constricción intracomunitaria de algunos ordenamientos permisivos. 3.- Ordenación contractual versus previsión testamentaria. 4.- Modalidades de pactos sucesorios conocidos en los Derechos civiles españoles en relación con la reforma del Código civil francés. III. DE LA LEGÍTIMA FORMAL A LA LEGÍTIMA INDIVIDUAL, PASANDO POR LA COLECTIVA (DEL FUERO DE AYALA AL CÓDIGO CIVIL): 1.- Ayala y Navarra: plena libertad dispositiva (o casi); 2.- Aragón y Bizkaia: legítima colectiva y libertad de elección transgeneracional; 3.- Cataluña y Galicia: legítima escasa y meramente crediticia; 4.- Islas baleares (y comunidad valenciana): legítima corta y variable; 5.- Resto del Estado español (y del País Vasco): legítima larga aunque 'tangible'. IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN. V.- REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

I.- RECONOCIMIENTO Y GRATITUD

Aunque el contexto de mi intervención no lo propicia (estamos en la sección quinta, previa a la clausura, y me corresponde un quinto o una esquinita, si las tuviera, de esta mesa redonda), no quiero ni puedo omitir dos breves consideraciones preliminares, ambas obligadas y no por ello menos sentidas.

La primera anotación, para agradecer sinceramente al profesor Pérez de Vargas el honor que me hace reservándome este hueco en su *Congreso internacional sobre la encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, y también la oportunidad que así me ofrece de compartir tarima con tan acreditados especialistas e ilustres colegas. La otra, para felicitar al Departamento de Derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos

* Este trabajo, construido específicamente como intervención en el indicado *Congreso internacional sobre la encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (Madrid, 16 y 17 septiembre 2010), se inscribe en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado **GIG IT406-10 — PERSONA, FAMILIA Y PATRIMONIO** (Gobierno Vasco), en el que figuro como Investigador Principal.

por la elección y la continuidad en esta línea de investigación que gira en torno a la discapacidad. Como muestra, valgan las *Jornadas hispano-cubanas sobre protección jurídico-patrimonial de las personas con discapacidad*, celebradas del 23 al 25 de noviembre de 2005, aparte de este mismo Congreso internacional que ahora tan exitosamente se desarrolla (2010); y ahí están, por recordar solo un nombre (junto al del citado Catedrático), las reiteradas publicaciones sobre la materia que llevan la firma de la profesora Montserrat Pereña, solícita coordinadora de este evento.

II.- APROXIMACIÓN AL TEMA: DIVERSIDAD LEGISLATIVA, PACTOS SUCESORIOS Y PROTECCIÓN PATRIMONIAL DEL DISCAPACITADO

Se me ha invitado a participar en la *sección quinta*, que aborda, junto con la cuarta, *la protección patrimonial de la discapacidad*, precisamente desde el ángulo sucesorio; y *se me ha requerido* para que ofrezca una aproximación a la perspectiva paccionada en orden a dicha protección, como contrapunto o concordancia armoniosa –así lo expresa el Diccionario- a la intervención del Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Nantes, Dr. D. Raymond Le Guidec, que me ha precedido en el uso de la palabra.

Esa misma acotación de la tarea representa para mí una nueva deferencia, igualmente digna de agradecimiento, aunque dicha delimitación y la maestría de que ha hecho gala el referido Ponente, hayan tornado mi compromiso más dificultoso de lo que al principio pude imaginar.

Trato de explicarme y procuro ir *desbrozando someramente* –no hay tiempo para el detalle- el terreno que se me ha encargado recorrer.

1.- El repliegue de la Ley y la ulterior queja competencial

La regulación de los instrumentos para la protección patrimonial de los discapacitados ofrece, entre nosotros, *una vertiente constitucional y estatutaria de competencia legislativa* que aquí procede marginar y en la que, por tanto, no voy a detenerme.

Es sabido que la protección patrimonial que nos ocupa tiene como referencia ineludible la *Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad* (LPPD), coincidente con la declaración del año 2003 como *Año Europeo de las Personas con Discapacidad*¹.

Como no podía ser de otro modo, el legislador español no ha dado la espalda a la complejidad de nuestro sistema normativo en el que se ven forzados a convivir un Derecho civil estatal, denominado común, y varios Derechos civiles territoriales,

¹ Otra Ley ‘conmemorativa’, como la Ley 14/1975, de 2 de mayo, “que tienen un inmediato efecto mediático, pero que duran poco en el tiempo”: SERRANO GARCÍA, Ignacio (2008), *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, p. 140.

resultantes de los viejos Derechos forales y de los nuevos Estatutos de autonomía (seis, si no se computa la Comunidad de Valencia). Cuestión distinta es que su criterio al respecto haya resultado firme y pacífico.

Me refiero a que, si bien es cierto que la Disposición Final primera de la Ley 41/2003 proclama que dicha actuación legislativa encaja con las competencias reservadas al Estado en materia de Derecho procesal, civil y tributario en el artículo 149.1.6ª, 8ª y 14 CE, amén de que la propia exposición de motivos advierte de la estricta supletoriedad de la norma para las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio², no es menos verdad que el Proyecto del Gobierno había sido diseñado con un mayor ámbito de vigencia, acaso, pretendiendo homogeneizar la situación de todos los discapacitados españoles, y hubo de ser el tránsito parlamentario el que se decidiera por aquel ‘discreto repliegue competencial’³, procurando que el diseñado artículo 1.2 *in fine* perdiera la declaración de preferencia sobre (también) “las normas de derecho civil, foral o especial”, sin perjuicio de que la nueva regulación estatal siguiera ofreciéndose con la dimensión supletoria que le es propia.

² Desde luego, la Exposición de Motivos (último párrafo del apartado II) no deja lugar a dudas, al supeditar su regulación (supletoria, conforme al art. 13.2 CC) explícitamente a los dictados constitucionales y estatutarios (art. 149.1.8ª CE): “La regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el art. 149,1,8ª de la Constitución española y los diferentes Estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el art. 13.2 del CC”.

³ Una renuncia a la homogeneidad que, en determinadas materias, no ha sido pacíficamente acogida. En concreto, una opinión autorizada considera que, al menos la regulación del *patrimonio protegido del discapacitado, debería haberse elevado a regulación unitaria y de carácter general*.

“Es lógico –escribe DÍAZ ALABART- que en lo referente a las normas de Derecho sucesorio, en las que son mayores las diferencias entre las regulaciones de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio y la del Código Civil, la reforma alcance solamente a este texto legal... [pero] No ocurre lo mismo con respecto al patrimonio protegido ya que se trata de una figura de nueva creación. Aquí entendemos que lo deseable hubiera sido que la norma tuviera ámbito nacional. El art. 14 CE hace imprescindible que en España todos los discapacitados puedan acceder a los mismos mecanismos jurídicos que les puedan favorecer... [aparte de que] La experiencia demuestra que, habitualmente y más en un tema como éste, que despierta un gran interés social, pronto se crearán nuevas normas autonómicas, probablemente sin grandes variantes con respecto a la Ley que nos ocupa, pero con las suficientes para aumentar el *maremagnum* legislativo en el que se ha convertido el Ordenamiento Jurídico Español”: Silvia DÍAZ ALABART (2004), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid, cap. III.2.

En la perspectiva de la igualdad ha venido a insistir asimismo Montserrat PEREÑA VICENTE (2006), *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Madrid, Dykinson, p. 146: “El legislador, con una intención digna de admiración, ha recurrido a una reforma del Derecho sucesorio para proteger a los discapacitados sin advertir que la reforma de esta materia no es el mejor modo de protegerles porque la ley que rige las sucesiones no es la misma en toda España. Teniendo en cuenta que, como no podía ser de otro modo, la reforma se limita al Código civil, sólo se protege por esta vía a una parte de los discapacitados lo que, evidentemente, genera discriminaciones en función de la vecindad civil del causante de la sucesión que, si es de Derecho común podrá utilizar los instrumentos que esta Ley arbitra, pero, si es de una vecindad civil en la que rija otro Derecho sucesorio no podrá. Por otra parte, la ausencia de un criterio claro de distinción entre discapacitados e incapacitados, genera cierta inseguridad ya que en cada una de las instituciones reformadas se protege a unos u otros sin que, en algunos casos, esté muy claro el porqué de la elección”.

Con todo, no ha faltado recurso de inconstitucionalidad –catalán, en el caso⁴- en el que se trae a colación otra perspectiva de la igualdad entre españoles discapacitados y se alega una subrepticia invasión competencial por parte del Estado⁵. Por supuesto que la normativa estatal impugnada deja a salvo la aplicación del Derecho civil catalán, como el resto de los Derechos civiles propios; mas lo que, en esencia, se objeta es que quienes no disponen de competencias en materia tributaria *no podrán establecer incentivos fiscales* para ‘su’ esquema civil protector⁶.

En todo caso y para esta contextualización, bastará con dejar constancia de que, hasta la fecha, no se han materializado los temores a una proliferación de regulaciones autonómicas a propósito de la protección patrimonial de los discapacitados⁷.

⁴ Como es sabido el art. 1.2 Ley 41/2003 ha sido objeto de [recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Cataluña núm. 1004/2004 \(BOE 27 abril 2004\)](http://www.consultiu.cat/servlets/generaPDF?iddict=D252&idlleng=1). Interesantes reflexiones sobre los motivos del recurso y la invasión competencial que hace valer pueden encontrarse en el correspondiente *Dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya* núm. 252/2004, disponible en (consulta: 15 septiembre 2010) <http://www.consultiu.cat/servlets/generaPDF?iddict=D252&idlleng=1>.

⁵ La impugnación se alza –si nos guiamos por los fundamentos 2 y 5 del referido Dictamen del Consejo Consultivo, de 21 de enero de 2004 del que fuera ponente D. Joaquín Tornos Más-, por un lado, sobre las exigencias de la autointegración y, por otro, a partir de los límites a la conjunción de títulos competenciales. Para colegir dicho sustento, nada mejor que mostrar –en traducción libre- dos extractos de dicha fundamentación:

Fundamento 2: "... Esta referencia a la supletoriedad debe interpretarse en el sentido antes mencionado [como de segundo grado, por ser el derecho civil catalán un ordenamiento autointegrable]. Es decir, la Ley catalana anterior y posterior a la Ley que dictaminamos *debe poder regular la misma materia propia de Derecho civil que se regula en esta Ley, siendo la Ley catalana de aplicación preferente*. La norma catalana se autointegrará con el resto del ordenamiento civil catalán y sólo en segunda instancia se podrá acudir al Derecho estatal como norma supletoria."

Fundamento 5: Supuesto que el legislador estatal utiliza dos títulos competenciales propios, sirviéndose del correspondiente al derecho tributario para incentivar la creación de patrimonio protegido, "la duda de constitucionalidad, que nos plantea esta utilización conjunta de los dos títulos competenciales es la siguiente: *al regularse la figura del patrimonio protegido en la Ley estatal, y preverse en la misma Ley unas ventajas fiscales que sólo puede reconocer el legislador estatal, puede, de hecho, incidir indirectamente en el alcance de la potestad legislativa autonómica en materia de Derecho civil, ya que al integrar en una misma regulación y ligar indisolublemente unas ventajas fiscales a una regulación estatal determinada, las comunidades autónomas con competencias en materia civil no podrán dictar unas normas civiles, de contenido aun similar, que disfruten de las mismas ventajas fiscales que los contemplados en la Ley que dictaminamos*.

Es decir, el legislador autonómico podrá regular la figura del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, pero no puede regular los beneficios fiscales que esta institución especial estimula, ya que el legislador estatal les ha vinculado de forma necesaria a la institución civil creada por él mismo. De esta manera, utilizando la potestad legislativa tributaria, el legislador estatal puede de hecho ocupar un ámbito material propio de la legislación civil, que debe ser compartido con las comunidades autónomas. "

⁶ Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ (2007), "Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por J. Pérez de Vargas Muñoz, Madrid, La Ley, pp. 113-180, subraya esa motivación del recurso, "por considerar que este precepto [art. 1.2] impide de hecho –por el juego de la atribución de beneficios fiscales a la figura, en el ejercicio de las competencias estatales en materia tributaria-, la actuación del legislador autonómico en materia de Derecho civil, sin que sea posible una interpretación de la Ley conforme con la Constitución" (p. 118).

⁷ A lo que parece, sólo Cataluña, Aragón y en cierto modo Valencia (LEY 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad: <http://www.uv.es/sgecc/Estatuto%20discapacidad.PDF>) 'han pedido cartas' en esta partida. Una ponderación del significado del artículo 37.1 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona ("La regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad será de aplicación preferente a lo dispuesto en este Capítulo y en el Título III de esta ley sobre los efectos de la incapacitación") puede encontrarse en SERRANO (2008, pp. 439-442).

2.- La constricción intracomunitaria de algunos ordenamientos permisivos

Tampoco sería impertinente, salvo por el tiempo de que (no) dispongo, que hiciera hincapié en *el ámbito geográfico y los ordenamientos que pueden servir de referencia* para la sucesión paccionada. Por ello, este apartado se agota con dos observaciones de tipo igualmente general.

El rótulo de mi cometido habla escuetamente de *la sucesión contractual* y, aunque es obvio que ese enunciado y el recuerdo del carácter terminante de los artículos 816 y 1271.II del Código civil nos sitúan extramuros del sistema estatal codificado, he de advertir que esta suposición, siquiera en relación con los pactos positivos, no es del todo segura. En primer lugar, porque es sabido que el mismo Código estatal contiene *determinados enlaces* ‘paccionados’ (básicamente, arts. 826 y 827) que pudieran servir para este fin, aunque en esta intervención deban ser obviados⁸. Además, no debe darse al olvido que, también en el territorio sometido al Código civil, se ha podido apreciar el incremento de la *aspiración a servirse de dichos instrumentos* para organizar el cuidado y atenciones *post mortem* de la discapacidad familiar⁹.

Tal vez la falta de una efervescencia normativa pareja a la observada en materia de convivencia de hecho tenga que ver con la experiencia de que la mayoría de los *ordenamientos sucesorios* –también lo autonómicos- *ya tradicionalmente han tenido en cuenta o admiten la instrumentación* de los recursos del *de cuius* para la *atención de los miembros débiles* de la familia, sobre todo en su modalidad extensa. Como es natural, la protección de los miembros discapacitados del grupo familiar no resulta ajena a ningún ordenamiento sucesorio-familiar. Tampoco son extrañas las disposiciones *ad hoc* en los Derechos civiles territoriales, lo mismo en los históricos como en los vigentes. Así, por ejemplo, Aragón, Catalunya y Galicia disponen de normas sobre tutela y autotutela.

En el País Vasco, el *Fuero Civil de Bizkaia* especifica la prestación de alimentos y la promoción de la constitución de la tutela o curatela como funciones específicas del comisario en relación con los hijos y demás descendientes del causante (arts. 41 y 42 LDCF), aparte del derecho de alimentos como contenido mínimo de la sucesión forzosa *ex art. 66* y la correspondiente a la carga de alimentos con la que pudieran haber sido donados determinados bienes (art. 92 LDCF). Un mención especial debe hacerse a la *donación con carga de alimentos* procedente del artículo 39 de la Compilación del derecho civil de Vizcaya y Álava y que subsiste en el artículo 92 de la Ley del Derecho Civil Foral vigente’, en cuanto –asegura URRUTIA- el “*contrato de alimentos regulado ex novo* en los artículos 1791 a 1797 del Código Civil, [...] *no deja de ser una versión actualizada y aplicable en el ámbito del derecho civil vasco de la vieja donación con carga de alimentos*”: Andrés URRUTIA BADIOLA (2007), “Discapacidad y derecho foral vasco”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 12, p. 171.

Bien es verdad que dicha atención patrimonial de la discapacidad aparece (desaparece) diluida entre las funciones propias de la familia extensa, v. gr. Miguel DELIBES (1981), *Los Santos inocentes*, en cuyo relato Paco, El Bajo, y Régula, su mujer, no sólo atienden abnegadamente a la Niña Chica, sino que acogen también al hermano de aquélla, Azarías.

⁸ Rafael LEÑA FERNÁNDEZ (1997), *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, Consejo General del Notariado, pp. 128-151; Juan José RIVAS MARTÍNEZ (2009), *Derecho de sucesiones. Común y foral*, Madrid, Dykinson, Tomo III, 4ª edición, pp. 2763-2886, con remisión a su Tomo II; y Francisco LLEDÓ YAGÜE (2010), “Análisis de las disposiciones testamentarias favorables al discapaz y/o incapacitado: el recurso al pago de la legítima y/o porción hereditaria. La mejora y/o la libre disposición sus diversas variantes. La situación protectora del incapacitado en concurrencia con la institución del heredero modal y condicional”, en Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Capítulo X, Madrid, Dykinson, pp. 465-467. En relación con la utilidad que pueda extraerse en este sentido del artículo 1341 CC, por todos, Ana Suyapa FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES (2006), *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*, Granda, Comares, pp. 197-213.

⁹ Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (2010), “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, en Ángel Luis REBOLLEDO VARELA

Por otra parte, es de advertir que *los Derechos civiles territoriales* –donde el pacto abunda- resultan *sensiblemente dispares*: Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón, Navarra y País Vasco (también, en perspectiva, la Comunidad Valenciana). A veces, la diversidad se manifiesta *en el propio cuerpo legislativo y para la misma Comunidad Autónoma*. Así, en el texto legislativo balear¹⁰ se aprecia una regulación, sobre donaciones y pactos sucesorios, que está plenamente vigente en Mallorca, resulta inaplicable en Menorca y deviene singularmente diferenciada para Ibiza y Formentera, hasta el punto de que no parece excesivo afirmar que “la noción de vecindad civil balear es inútil en el ámbito de la CDCB, pues mediante ella, no llegaremos a la aplicación de norma concreta alguna”¹¹. En el País Vasco¹² la fragmentación es mayor aún. En el *plano sucesorio material* o del ámbito de libertad dispositiva, el sistema aplicable conoce hasta *cuatro medidas o subsistemas legitimarios*, como corresponde a la vigencia de los tres Fueros y del Código civil. Y la diversidad se incrementa en la *vertiente sucesoria formal* o de los cauces de ordenación, donde las agrupaciones identificables *pueden aumentar hasta cinco*. Por el momento, haré abstracción de cómo se integran esas agrupaciones¹³.

(Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, Capítulo introductorio, p. 24, donde atestigua que “se ha producido un cambio significativo y claramente apreciable en la forma de realizarse –o de intentar realizarse cuando el Código Civil lo permite- las disposiciones *mortis causa* dentro del entorno familiar más inmediato referido a los hijos, cónyuge, pareja y padres, y ello tanto desde la perspectiva de utilizar las disposiciones de última voluntad con una finalidad que antes no se requería o no se utilizaba de manera tan relevante”, abriendo la ejemplificación, precisamente, con la referencia a la “protección de menores, incapacitados o discapacitados”.

¹⁰ [Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares](#). (BOIB, 2 octubre 1990)

¹¹ La aseveración es de Miguel COCA PAYERAS (2010), “Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 54, vol. 2, pp. 184-202; la cita, en p. 189, a propósito de la manifiesta ‘heterogeneidad’ de la que adolece el ordenamiento civil balear, va precedida de la constatación de que “[e]l Título Preliminar de la CDCB... es la única parte de la Compilación de aplicación común” y complementada por esta otra conclusión: “el concepto que deviene útil es el de vecindad civil mallorquina, menorquina, ibicenca o formenterense, pues ellas sí que nos llevan a normas materiales o sustantivas”.

¹² [Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco](#), modificada por Ley 3/1999 (BOPV, 7 agosto 1992 y 30 diciembre 1999).

¹³ Como ha escrito recientemente IMAZ ZUBIAUR, refiriéndose específicamente a la posibilidad de utilización de los pactos sucesorios, “[l]a LDCF de 1992, sin embargo..., ofrece, en lo concerniente al pacto sucesorio, cuatro normativas diferenciadas: para los aforados a la *Tierra Llana vizcaína* (arts. 74-73); para los *Ayaleses* (art. 134), para los *guipuzcoanos* (aunque sólo para la transmisión del caserío, arts. 179-188); y para los *no aforados* a ninguno de los regímenes enunciados, la prohibición y las excepciones contenidas en el Código civil español de 1889”: Leire IMAZ ZUBIAUR (2010), “El pacto sucesorio en los ordenamientos civiles autonómicos vascos”, *Auñamendi Eusko Entziklopedia*, <http://www.euskomedia.org/aunamendi/152182/137371>. La quinta agrupación en ese mismo plano formal de los instrumentos sucesorios, sería la resultante de la puesta a disposición de los vizcaínos no infanzones (no aforados) del testamento mancomunado y por comisario (mas no de la sucesión contractual: art. 13 LDCF), cauces de ordenación de los que no pueden servirse los demás vascos no aforados. Si se prefiere la imagen de la actual fragmentación, véase mi trabajo (2010), “[¡Por fin, hacia un Derecho Civil Vasco!](#)”, en Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (Coord.), *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Madrid (en prensa), pero ya disponible en http://www.derechocivil.ehu.es/s0125-con/es/contenidos/informacion/publicaciones/es_publicac/adjuntos/gil2010-HaciaDerechoCivilVasco.pdf.

3.- Ordenación contractual versus previsión testamentaria

Otra cuestión preliminar en la que no parece oportuno profundizar ahora es la que hace al *grado de preferencia por la delación paccionada* frente a la puramente testamentaria desde la óptica de la mejor protección a los familiares discapacitados.

La entradilla para mi intervención, no cuestiona, asegura. Si interrogara, se prestaría a una reflexión sintética y relativamente evasiva. Es ésta: los pactos *son o pueden ser tan protectores de la persona discapacitada como pueda serlo la delación voluntaria alternativa del ascendiente que se resigna o se decide a ordenar su sucesión a través del testamento.*

Abrir una comparativa entre pacto y testamento, pretendiendo subrayar las ventajas del primero, nos ocuparía más lugar y tiempo de los que ahora disponemos¹⁴. También requerirían más espacio las matizaciones o premisas que nos conducen a la

¹⁴ A favor del instrumento paccionado suele invocarse la ausencia de perturbación de la paz familiar [así, Montserrat PEREÑA VICENTE (2008), "Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el Derecho francés", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 710, p. 2486]; y en ocasiones, a la vez que se insiste en la irrevocabilidad, viene a subrayarse la consiguiente seguridad que es capaz de proporcionar al elegido "el hecho de saber que indefectiblemente heredará", mientras que "el causahabiente al uso –es decir, el instituido por vía testamentaria– queda siempre a expensas de que el causante pueda variar a última hora su voluntad" [Javier LARENA BELDARRAIN (2010), "Los pactos sucesorios como instrumento para la protección del patrimonio de los discapacitados", en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, Capítulo XV, pp. 695-707, los giros transcritos, en p. 696].

Esta última derivada parece, desde luego, asumible cuando de lo que se trata es de favorecer "la conservación del patrimonio familiar" y de procurar que el heredero pueda ya ir "gestionando y preservando dichos bienes en vida de los causantes"; sin embargo, no parece que sea la vertiente más interesante de la irrevocabilidad en la perspectiva de refuerzo de la protección patrimonial al discapacitado. No se trata ahora de poner coto a la veleidat del futuro causante que, otorgado el pacto, no podría cambiar su disposición *en beneficio* del instituido (y del patrimonio familiar), sino que procede ahora encumbrar precisamente el hecho de que, suponiendo que se haya recurrido al favorecimiento 'indirecto' del descendiente débil, a través del pacto irrevocable *se obtiene del instituido el adelanto de su compromiso en firme*, al convenir actualmente la aceptación de la atribución y de las cargas o condiciones predispuestas *para el beneficio del discapacitado*. Por supuesto que la seguridad es menor para el instituido en testamento, supeditado a la permanencia de la voluntad del *de cuius*, pero la disfunción más preocupante es la que deriva del hecho de que, también él, mantiene la posibilidad de repudiar o no aceptar una vez que la disposición testamentaria se le ofrece expedita. Con el pacto, ya se ha despejado esta incertidumbre, toda vez que "el pacto sucesorio abarca y unifica, en vida del *de cuius*, todo el proceso que tiene lugar tras su deceso cuando el diseño del fenómeno hereditario se ejecuta merced al testamento o a la ley; toda vez que las fases correspondientes a la *designación, vocación, delación y aceptación* hereditarias quedan reemplazadas, en virtud del contrato, por el consenso entre instituyente e instituido en torno a la designación y consiguiente atribución sucesoria con la que favorece el primero al segundo": Leire IMAZ ZUBIAUR, ahora brevemente (2010), y, con más detenimiento (2006), *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, Madrid, Marcial Pons. También, Natalia ÁLVAREZ LATA (2010), "Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación", en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, Cap. XII, p. 561, donde –desde la perspectiva de la sucesión en la empresa, somete a revisión la consistencia de las ventajas del diseño irrevocable: "la irrevocabilidad del pacto sucesorio no genera beneficios en todo caso para la sucesión de la empresa o, por lo menos, no en todo caso".

aseveración –que formalmente comparto con la profesora PEREÑA- de que, evidentemente, *los pactos no representan la panacea*¹⁵.

4.- Modalidades de pactos sucesorios conocidos en los Derechos civiles españoles en relación con la reforma del Código civil francés

Acaso el mejor encuadre, supuesta la guía del clásico en la materia¹⁶, sea el que fluye de una consideración de los *tipos de pacto* sucesorio, *puesta en relación con la regulación francesa*.

La sucesión contractual o paccionada acostumbra a reconducirse a tres modalidades de pactos: 1^a) los *positivos o de institución (pactum de succedendo)*, que el causante utiliza como alternativa al testamento para ordenar su propia sucesión; 2^a) los *negativos o de renuncia (pactum de non succedendo)*, cuando el eventual sucesor se erige en protagonista y rehúye o abdica, de uno u otro modo, en orden a la sucesión que pueda generar el otro contratante, y 3^a) los *pactos propiamente traslativos* o sobre la herencia de un tercero, que no interviene en el convenio¹⁷.

Descartado el tercer tipo o modalidad de pacto (*pactum de hereditate tertii*), que algunos ordenamientos territoriales españoles ni siquiera contemplan, lograríamos encarar nuestro objetivo, en el sentido de ‘conectar’ con la precedente intervención del Dr. Le Guidec sobre el ámbito limitado y relativamente novedoso de los pactos sucesorios en el Derecho francés, puesto que no sería descabellado considerar *positiva* la *donación transgeneracional*, a la que se ha referido el Catedrático de Nantes, y *negativa*, su *renuncia anticipada a la acción de reducción*. Así, aproximaríamos su *donación* a nuestro *pacto de institución*, y asimilaríamos a esta *renuncia* anticipada *ex* artículos 929 y 930 *Code*, el que conocemos como pacto *de non succedendo* o de renuncia a la legítima en las diversas variedades que pasamos a examinar¹⁸.

¹⁵ El instrumento en sí, como cauce formal de ordenación, no puede verse como remedio milagroso (PEREÑA, 2008, p. 2486), no ya sólo en la vertiente negativa o de renuncia a la legítima material (única que se ha infiltrado en la nueva regulación francesa), sino ni siquiera en la modalidad positiva o de institución (heredamiento), si no fuera acompañada de una generosa libertad dispositiva para el *de cuius* y de la correspondiente facultad de exclusión, apartamiento o apartación (meramente formularia y sin contenido patrimonial, o al menos incuantificada e irrevocable).

¹⁶ Me refiero a la conocida y apreciada monografía –antes citada- de Rafael LEÑA FERNÁNDEZ (1997), *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, Consejo General del Notariado, pp. 128-151, donde se ofrece un magistral y completo recorrido por los diversos ordenamientos españoles desde la perspectiva de la mejor protección patrimonial del descendiente discapacitado.

¹⁷ Por el momento nos sirve esta idea de pacto sucesorio: “un *instrumento bilateral de ordenación sucesoria, en cuya virtud las voluntades de las partes otorgantes quedan vinculadas entre sí y sometidas a lo acordado, sin que tal supeditación pueda ser alterada, arbitraria y unilateralmente, por una sola de las partes*” (IMAZ, 2010).

¹⁸ “Dos de las nuevas excepciones consagradas por el legislador son la *donación-partición transgeneracional* y la *renuncia anticipada a la acción de reducción*. La donación-partición, digamos ordinaria, ya suponía una excepción a la prohibición de pactos sobre la sucesión futura, pero en *el nuevo supuesto de la transgeneracional implica, además, una renuncia a la herencia futura*” (PEREÑA, 2008, p. 2487).

III. DE LA LEGÍTIMA FORMAL A LA LEGÍTIMA INDIVIDUAL, PASANDO POR LA COLECTIVA (DEL FUERO DE AYALA AL CÓDIGO CIVIL)

Supuesto que la acumulación o afección de recursos patrimoniales se ofrezca como mejor garantía de atención a las necesidades vitales del discapacitado¹⁹, no cabe duda de que los *mecanismos sucesorios más idóneos* para la protección de éste pueden hallarse, además de en el aspecto instrumental, por la *diversidad o riqueza de cauces* para la afección de recursos económicos, también en la vertiente sustantiva, a cuenta de la *mayor libertad o autonomía dispositiva* en el trance sucesorio por parte del presunto benefactor.

Ha venido a corroborarlo específicamente la propia Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, por cuanto su contenido preceptivo, abstracción hecha de la tipificación del patrimonio separado, ha buscado potenciar la protección preferencial del descendiente discapacitado a base de una serie de retoques o reformas de concretas instituciones sucesorias, no precisamente inventadas, sino simplemente ahormadas de nuevo para reorientarlas al mejor servicio del discapacitado²⁰.

¹⁹ Precisamente, ese desahogo económico y la efectiva voluntad de contribuir al bienestar futuro del descendiente discapacitado constituyen la piedra angular sobre la que se alza la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, cuando proclama que su objeto «*es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*» (art. 1.1).

Otra cosa es que los correspondientes familiares, en particular, los concretos ascendientes del discapacitado, además de tener el deseo –que se les supone– de constituir o incrementar dichas disponibilidades materiales, dispongan efectivamente de los medios económicos suficientes para poder hacerlo (DÍAZ ALABART, 2004, Cap. I.2).

Por lo demás y en perspectiva de eficiencia, tampoco cabría pasar por alto el concreto tipo de discapacidad que, en su caso, aqueje al presunto beneficiario del patrimonio protegido o, más generalmente, de la disposición patrimonial *mortis causa*, aspecto en el que se detiene certeramente Carlos MARÍN CALERO (2007), *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 106-111 y 124-125: “Mi desacuerdo –resume, p. 110– está en que creo que esa posibilidad de dejar único heredero al discapacitado no resuelve todos los problemas; lo que digo es que hay otras posibles dificultades que, en cierto modo, son de signo contrario y de las que no se habla. Creo que la suposición inicial, antes dicha, de que los padres quieren dejarles toda la herencia a sus hijos con discapacidad no se cumple para todos los padres. Digo que *hay otras estrategias posibles, a la hora de configurar la herencia de los padres* con hijos con discapacidad intelectual y que los padres que las intentan también se encuentran con dificultades derivadas del actual sistema de legítimas y que parece adecuado, por tanto, que el Derecho (y los juristas) presten también atención a estas otras preocupaciones”.

²⁰ “La ley no crea ninguna institución nueva, ni hace desaparecer las existentes, se limita a reorientar algunas o a ampliar sus supuestos, para, con ello, ofrecer instrumentos orientados a la protección patrimonial” (PEREÑA, 2006, p. 117). Parecidamente se expresa Juan ROCA GUILLAMÓN (2004), *La protección de los mayores en el Derecho civil*, Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, p. 73, refiriéndose a la modificación del artículo 831 CC: “Cabalmente, pues, lo que viene a significar este planteamiento *no es que se haya creado ninguna figura nueva, sino que se ha recurrido a una ya existente y bien conocida* como es esta delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar *a la que, tras remozarla, se le reconoce una función añadida*, como instrumento de protección del discapacitado”

Por otra parte, es sobradamente conocido que dicha reorientación ha acabado por afectar (art. 10 LPPD), no ya sólo al *derecho material de los pretendientes* a la herencia, esto es, a la sacrosanta intangibilidad de la *legítima material*, individual e igualitaria de los descendientes, por causa de la reforma del artículo 808 y de las adaptaciones correspondientes de los artículos 813 y 782, sino también a la *vertiente instrumental de la ordenación sucesoria mortis causa*, que afecta y caracteriza al único cauce voluntario de delación que ha encontrado acomodo en el sistema sucesorio codificado (el testamento) y se opera por la vía de dar una nueva vuelta de tuerca al ya atormentado artículo 831 del Código Civil, que es muestra excepcional de la *fiducia sucesoria* limitada a la distribución, ahora, de origen testamentario; antes, con tintes paccionados²¹.

También aquí se atiende a esas coordenadas: ámbito material de *libertad dispositiva* y delación resultante de *pacto sucesorio*, todo ello en la idea de *ofrecer una panorámica* de las posibilidades que brindan los distintos ordenamientos civiles vigentes en territorio español.

La ordenación se hace según el *criterio de mayor permisividad*, viniendo desde la *libertad irrestricta* de disposición *mortis causa* hasta llegar a la *dosis reducida del Código civil*, pasando por los estadios intermedios.

1.- Ayala y Navarra: plena libertad dispositiva (o casi) ²²

La Tierra de Ayala se encuentra ubicada en el extremo noroeste de Álava, enclavada entre terreno vizcaíno y burgalés. Su Fuero, el de Ayala, se remonta al año 1373, aunque en 1487 los ayaleses renuncian a sus leyes y se acogen al Fuero Real, dejando a salvo –por lo que ahora importa– únicamente su libertad de disponer²³.

El sistema sucesorio ayalés²⁴ se identifica, lapidaria y precisamente, con el reconocimiento a los ayaleses de *la más plena libertad de disponer* de todos sus bienes,

²¹ Tintes que se corresponden con las diversas redacciones que el precepto ha tenido y que permitirían concluir que la figura nace como pacto sucesorio adjunto o incrustado en capitulaciones prematrimoniales inalterables, pero muta a cláusula testamentaria instituyente de una fiducia limitada a la distribución. Para mayor detalle, por todos, SERRANO (2008, pp. 311-356).

²² AYALA: [Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco](#), modificada por Ley 3/1999 (BOPV, 7 agosto 1992 y 30 diciembre 1999). NAVARRA: [Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra](#) (BOE, 7 marzo 1973).

²³ Art. 134 LDCF.- 1. Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren. / 2. Se entenderá por herederos forzosos los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil.

Art. 135 LDCF.- 1. El apartamiento podrá ser expreso o tácito, individualizado o conjunto. / 2. Se considerará apartamiento tácito la preterición intencional y la desheredación justa o injusta. / 3. El apartamiento conjunto de los herederos forzosos comprenderá a todos los existentes en el momento del fallecimiento del causante.

²⁴ El Fuero de Ayala (LDCF arts. 131 a 145) es aplicable exclusivamente en los municipios de *Amurrio, Ayala y Okondo*, así como en *cuatro poblados-barrios* del de Artziniega. Aproximadamente el 89 % de los alaveses permanece sujeto al Código civil; alrededor del 6'5 % lo está al Fuero vizcaíno –del que tratamos en el apartado

facultad que lleva ínsita la *posibilidad de excluir libremente*, si fuera el caso, a su propia familia y parentela.

Sin embargo, no sirve equipararlo pura y simplemente al *Fuero Nuevo de Navarra*. Verdad es que el albedrío ayalés pudiera considerarse someramente parangonable a la libertad que proclama el Fuero Nuevo de Navarra, por cuanto los dos (y sólo ellos) han proscrito frontalmente las expectativas legitimarias materiales²⁵. Pero, bien mirado, el parangón se desdibuja tan pronto como se revela que en el texto navarro pueden llegar a rastrearse determinadas imposiciones sustantivas, a favor de los hijos de anterior matrimonio y del cónyuge supérstite²⁶, que resultan perfectamente extrañas al disponente ayalés²⁷.

siguiente- y casi un 5% se rige por el Fuero de Ayala (4,47% alaveses, exactamente 14.041). Son, estos, datos corregidos y correspondientes al padrón de 1 de enero de 2009 y que, por tanto, divergen de los manejados en el mapa correspondiente a mi trabajo previamente citado [Fuente actual: INE Población por ámbitos territoriales 2009 <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t20/e260/a2009/10/&file=pro001.px&type=pcaxis&L=0>; Fuente anterior (computado completo el municipio de Artziniega): EUSTAT Población por ámbitos territoriales 2006 http://www.eustat.es/elementos/ele0004700/ti_Poblacion_por_ambitos_territorialessexo_y_densidad_de_poblacion_2006/tbl0004736_c.html].

²⁵ Las investigaciones más acreditadas acostumbran a tomar impulso en el propio sistema ayalés (PARRA, 2009, pp. 499-500, incluyendo la referencia navarra) y, si acaso, en el navarro (MIQUEL, 2009, p. 498, apoyándose sólo en el Fuero Nuevo navarro, sin referencia al de Ayala) para alcanzar la conclusión de que el reconocimiento de legítimas materiales *ni es cuestión de orden público ni puede considerarse exigencia constitucional*, por más que se siga cuestionando la adecuación de una legítima meramente formal a los requerimientos de protección a la familia derivados del artículo 39 CE y no, precisamente, por fuerza de los imperativos emanados de la garantía constitucional a la herencia *ex* artículo 33; precepto éste que, por mucho que se exprese, únicamente sirve para implementar la libertad del propietario ante el escenario de su muerte, en cuanto postrera manifestación de su pleno dominio. Los trabajos de que se extraen la referencias, son en orden inverso: MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2009), “Legítima material y legítima formal”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 49, (Ejemplar dedicado a: Curso 2008/2009), pp. 493-560; y PARRA LUCÁN, María Ángeles (2009), “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554.

²⁶ En efecto, la ley 272, inicio, FNN, prescribe que “[l]os hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio”, lo que representa excepción para la regla de la ley 267 de que la legítima formal navarra “no tiene contenido patrimonial exigible”. Asimismo la ley 253.I concreta el usufructo legal de fidelidad como primera de las limitaciones a la libertad de disponer, al establecer que “[e]l cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían al momento del fallecimiento”, aunque el propio legislador navarro fija las causas de ‘exclusión’ (ley 254) y lo declara anticipadamente renunciabile “en escritura pública” (ley 253.IV).

Sintetizan y destacan estas restricciones a la libertad dispositiva de los navarros, María FERNÁNDEZ-HIERRO y Marta FERNÁNDEZ-HIERRO (2010), “Panorama legislativo actual de la libertad de testar”, *Jado*, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, núm. 19, pp. 55-56.

²⁷ Para percibir la distancia que realmente separa a los sistemas dispositivos albergados, respectivamente, en el Código civil y en el Fuero ayalés, bastaría con aproximarse a las ópticas divergentes de que uno y otro se sirven. El artículo 763 CC es sabido que habla *desde la limitación*, supeditando el poder dispositivo del *de cuius* al presupuesto de “que no tuviere herederos forzosos”; pues, si los tuviese, “sólo podrá disponer de sus bienes” en lo que exceda de la porción que la ley tiene reservada para dichos herederos (art. 806 CC). Por el contrario, el artículo 134 LDCF arranca *desde una libertad irrestricta*, hasta el punto de habilitar a ‘quienes gozan de la correspondiente vecindad aforada’ para “*disponer libremente* por testamento, manda o donación, a título universal o particular”, con tal de que el disponente se conduzca realmente adrede; una consciencia que, en la fórmula históricamente más persistente y rigurosa, quedó asociada a la escueta precaución de *apartar* a sus herederos forzosos.

Tampoco sería del todo exacto asegurar que el Fuero de Ayala *no conoce los pactos sucesorios*²⁸. Es meridiano que la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco, no los regula de manera explícita y que la Comisión foral, preparatoria de esa actualización, los declara solemnemente extraños al Fuero. Pero no es menos verdad que está históricamente acreditada la implantación de la transmisión universal mediante *donación con ocasión del matrimonio* del instituido²⁹ y es asimismo notoria la precipitación con la que los comisionados alaveses cumplieron su encargo reformista³⁰.

Por otra parte, no pueden desconocerse dos firmes sustentos de la continuada vigencia de la sucesión paccionada en Ayala. En primer lugar y aunque se concediera que falta la norma positiva de detalle, es inobjetable que cabe otorgar pacto sucesorio aprovechando el engarce que desde siempre ha ofrecido la fórmula foral y que persiste en el artículo 134 LDCF (libertad de disponer por “testamento, manda o donación..., como quisieren o por bien tuvieren”)³¹. Para el caso, en fin, de que dicha conexión verbal no convenciera, el pacto sucesorio habría de resultar viable por el hecho de estar enraizado en una acreditable y acreditada práctica consuetudinaria; una costumbre, *secundum o praeter legem*³², que también en el País Vasco tiene reconocimiento de fuente subsidiaria (art. 1.1 LDCF).

Se habla como es lógico, en todo caso, de pacto de institución o *de succedendo*, pues en un sistema de libertad completa, como el ayalés, propiamente no cabe –resultaría plenamente huero– un pacto de renuncia a la legítima que sustancialmente no existe. La propia libertad del causante implica *una vertiente positiva o de elección* del destinatario de los bienes *y una negativa o de apartamiento* y exclusión de todos y

²⁸ Así, escuetamente, LEÑA (1997, p. 136) y LARENA (2010, p. 697).

²⁹ En cuanto a la implantación de la donación universal como cauce natural de transmisión del patrimonio ayalés, Luis M^a de URIARTE LEBARIO (1912), *El Fuero de Ayala*, Hijos de M. G. Hernández, Madrid, pp. 116-123 y 131; y Víctor ANGOITIA GOROSTIAGA (1999), *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria, pp. 129-134.

³⁰ En relación con la urgencia de la reforma para la ‘parte alavesa’ de la Compilación, puede verse Jacinto GIL RODRÍGUEZ y José Javier HUALDE SANCHEZ (1993): “Prólogo” a la *Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*, en el volumen *Compilaciones Forales*, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 833-848.

³¹ Como asegura un reputado comentarista, resulta que “la libertad ayalesa es también libertad de formas, [y, por ello,] no exige necesariamente el testamento, ni está sometida a las prohibiciones del Código civil respecto de la exigencia de que el testamento sea unilateral [*rectius*: unipersonal] o no se otorgue por comisario, ni [a] la prohibición de los pactos sucesorios”: Adrián CELAYA IBARRA (1997), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XXVI, *Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*, Edersa, Madrid, p. 570.

³² Dependiendo de que se entienda que la añeja práctica consuetudinaria se limita a interpretar o extender la referida mención de la ‘donación’ en el artículo 134 LDCF (*secundum o propter legem*) o, considerando irrelevante dicha remisión, se piense que la inveterada costumbre ofrece la regulación de ese instrumento sucesorio sin que la ley haya dictado disposición al respecto (*extra o praeter legem*). Alternativa que sube de interés para el caso de que se cuestione la viabilidad de la costumbre meramente interpretativa o ‘según ley’: Federico DE CASTRO Y BRAVO (1942), *Derecho Civil de España*, Tomo primero, Valladolid, Editorial Casa Martín, pp. 317-318.

cada uno de los familiares próximos, considerados, a estos efectos, 'herederos forzosos'³³.

El pacto negativo carece igualmente de operatividad en relación con la sucesión voluntaria, salvo que, con la abdicación, se pretenda *lato sensu* renunciar anticipadamente a la sucesión legal o a la posible impugnación de los actos del *de cuius* que incurrieren en preterición errónea (Ayala) o en relación con los que pudieran ser lesivos de la porción reservada a los hijos de anterior matrimonio o del usufructo de fidelidad del viudo (Navarra)³⁴.

Por otra parte, no cabe olvidar que el propio encuadre contractual puede utilizarse al efecto de engastar en dicho convenio *una generosa fiducia* sucesoria a favor del cónyuge o de otra persona que, con base en el encargo, vendrá autorizada a concretar la atribución sucesoria a la vista de los acontecimientos y comportamientos ulteriores, que, evidentemente, igual pueden incidir en las carencias o necesidades del discapacitado que en la actitud y posibilidades del 'candidato' a beneficiado cuidador.

En realidad y si se comparte la premisa de que Ayala goza de principios "similares a los informadores del Derecho navarro"³⁵, no resultaría infundado 'integrar' el régimen consuetudinario ayalés a base de extrapolar la esencia de los preceptos del Fuero Nuevo navarro. Sobre todo, si se considera que en este último ordenamiento, ya desde la perspectiva de las donaciones *propter nuptias* –perfectamente encajadas en el dilatado concepto de pacto ofrecido por la ley 172³⁶-, se contiene una regulación del máximo interés para la organización *post mortem* de una eficaz protección patrimonial del descendiente discapacitado³⁷.

³³ Paloma DE BARRÓN ARNICHES, (2001), *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona, p. 95: "Resulta chocante, en el contexto de este régimen sucesorio semejante al Derecho navarro, la enumeración que el legislador realiza de los que puedan considerarse legitimarios incluyendo, a diferencia de los anteriores Derechos forales mencionados, al cónyuge viudo. Sorprende la remisión al Código civil, y la utilización de conceptos como el de legítima estricta o legítima larga, en un sistema que admite el apartamiento, expreso o tácito, individualizado o conjunto, de todos los herederos forzosos". Sin embargo, el contraste puede rebajarse si se piensa que la remisión ha sido pensada simplemente con un carácter instrumental, a fin de concretar quiénes son los familiares necesitados de apartamiento (incluyendo al cónyuge) y de cuantificar la sanción, cuando concurra preterición errónea, como compensación grosera por la 'pérdida de oportunidad' de haber sido instituido.

³⁴ Se entiende, por ello, que la ley 155 FN haya venido a precisar que, también en el sistema navarro, "[e]s válida la renuncia o transacción sobre herencia futura siempre que se otorgue en escritura pública" y que, en precepto ulterior, se matice que "[e]l renunciante quedará excluido de la sucesión deferida por la Ley; no obstante, podrá aceptar las disposiciones que en su favor ordenare el causante" (ley 156 FN).

³⁵ SALINAS QUIJADA, Francisco (1983), *Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro*, Vitoria, Diputación Foral de Álava, p. 231.

³⁶ "Por pacto sucesorio se puede establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión *mortis causa* de una herencia o parte de ella, en vida del causante de la misma. Cuando estos actos impliquen cesión de tales derechos a un tercero será necesario el consentimiento del causante" (ley 172 FN).

³⁷ Me refiero, por supuesto, a las previsiones que, pensando en las donaciones *propter nuptias*, adelanta la ley 112 FN, al decir que éstas "*pueden contener pactos sobre constitución, dirección y administración, modificación y disolución de la sociedad familiar de convivencia de donantes y donatarios y ruptura de esta convivencia, pactos y estipulaciones sobre usufructo y disposición de bienes, participación en las conquistas y, en general, otros cualesquiera pactos lícitos*". Pero creo que merece destacarse singularmente la estructuración de la atención a los miembros más vulnerables de la familia de referencia que sugiere la ley 131, en torno al denominado 'acogimiento' como situación

Todo lo referido al pacto positivo de institución navarro-ayalés concuerda llanamente con la libertad dispositiva angular (e irrestricta, en el caso de Ayala) que dichos ordenamientos consagran. Por lo pronto, se trata de hormas contractuales plenamente versátiles, máxime habida cuenta de que el heredamiento convenido no sólo puede quedarse en ‘simple llamamiento’ o conllevar la *transmisión inmediata de los bienes concernidos*, sino que puede dejarse encomendada su concreción, si se prefiere, a un comisario-fiduciario, “*delegando en una o más personas la facultad de ordenar la sucesión*”. Amén de que pueden asimismo adosarse al escueto pacto de institución –como precisa la ley 177 del Fuero Nuevo navarro y no es rechazable en Ayala- “*las sustituciones, modalidades, reservas, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan*”.

No es preciso insistir en la dilatación de la autonomía que representa poder acudir a la delegación o fiducia sucesoria, singularmente, cuando –como es el caso- puede nombrarse comisario-fiduciario (Navarra) o usufructuario poderoso (Ayala), no ya sólo al propio cónyuge o pareja del *de cuius*, sino asimismo a *cualquier otra persona, física o jurídica*³⁸.

En definitiva, una regulación libre de obstáculos legitimarios, como es el caso de claramente de Ayala y prácticamente en Navarra, permite instrumentar el pacto sucesorio –incluso en la modalidad de donación *propter nuptias*- buscando la compatibilidad, aunque invirtiendo la preferencia primigenia, entre la *transmisión indivisa* del patrimonio familiar (el caserío o la casa) y la *protección patrimonial* del descendiente discapacitado³⁹, por ejemplo, otorgando el pacto sucesorio entre *los*

familiar que implica, para el acogido, “*derechos de vivir en la Casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para la Casa*”, con el alcance que resulte no sólo de los términos de la estipulación, sino asimismo en la manera que aconseje “la costumbre del lugar” y concreten los llamados dos *Parientes Mayores*, elegidos uno de la línea paterna y otro de la materna, o uno por cada parte, si la contienda afecta a personas que tuvieran distintos parientes (leyes 132 y 138).

³⁸ En el caso del Fuero Nuevo, la ley 281 especifica que la delegación puede conferirse *al cónyuge u otras personas, individual, conjunta o subsidiariamente*, como también puede encomendarse, genéricamente, a los denominados *Parientes Mayores*. Para la Tierra de Ayala, ANGOITIA (1999, p. 54) vino oportunamente a enfatizar cómo cabe instituir usufructuario poderoso (fiduciario), no sólo al cónyuge (o pareja de hecho inscrita), sino también a cualquier persona familiarmente extraña, de donde se sigue que cabe que lo sea el hijo mismo discapacitado o incapacitado, o que lo sea un hermano u otro miembro de la familia; pero también cabe –esto es fruto directo de la libertad plena- que se prefiera a algún *otro allegado o amigo*. Además no debe olvidarse que se puede nombrar usufructuario poderoso también a una *persona jurídica*, por lógica, que tenga entre sus fines no estrictamente el ánimo de lucro sino precisamente el cuidado y la atención a personas discapacitadas o judicialmente incapacitadas.

³⁹ La necesidad de adecuación, también, de la sucesión contractual no ha pasado inadvertida en los estudios más recientes y autorizados de la misma. Así, a la vez que se aprecia la utilidad de un clausulado que sirve tradicionalmente a un modo peculiar de organización y explotación familiar, en el que la “finalidad de conservar y transmitir incólume” cohabita o, más exactamente, se complementa con las atenciones comunitariamente dispensadas a otros miembros de la familia, empezando por la generación ‘saliente’, se constata “una profunda e irremediable crisis de encaje” (IMAZ, 2006, pp. 547-625); de manera que, siendo así que se han manifestado «fuertes mutaciones en las variables que configuraban, hasta entonces, los pilares del grupo familiar», urge una profunda revisión de la sucesión contractual, en aras a acomodar nuestras legislaciones a las necesidades presentes y futuras de la sociedad a la que atienden (IMAZ, 2010). En sentido parejo y desde la perspectiva de la protección de la ancianidad, también se ha escrito (ROCA, 2004, p. 16) que “se percibe la necesidad de evolución del papel de esas instituciones [codificadas] que acaso están agotando su función económico social respecto de la realidad del momento histórico en que surgieron”.

padres y un hermano del discapacitado con la carga de atender a éste por el resto de sus días⁴⁰. Aún más. También está autorizado para externalizar la atribución patrimonial directa en persona o institución familiarmente ajena para obtener, con el diseño del correspondiente modo o carga, la prestación integral del cuidado al descendiente discapacitado.

2.- Aragón y Bizkaia: legítima colectiva y libertad de elección transgeneracional⁴¹

Los ordenamientos vizcaíno⁴² y aragonés, pese a que en una *escala general* ordenada por el criterio de libertad dispositiva del causante ocuparían puesto subordinado, *resultan igualados a los Fueros ayalés y navarro al efecto que ahora consideramos*; lo que equivale a decir que la equiparación se produce en atención a la facultad de servirse del cauce paccionado y respecto del ámbito de poder reconocido al ascendiente (vizcaíno o aragonés) para organizar su sucesión *en la perspectiva de protección patrimonial* de descendientes discapacitados.

En efecto, el carácter material y amplio (claramente, en el caso vizcaíno) de la legítima de los descendientes es obvio que deviene neutralizado por la *naturaleza colectiva de esa expectativa*, de manera que el ascendiente que idealmente consideramos, aun cuando no pueda rebasar el círculo de los legitimarios –en esto difiere de ayaleses y navarros–, está habilitado para *elegir arbitrariamente* al o a los materialmente beneficiados, *apartando a los demás* sin asignarles bien alguno, “siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión” (art. 54 LDCF)⁴³ “y aun sin alegación de causa alguna” (art. 197 LSCM).

⁴⁰ Así lo dejó apuntado LEÑA (1997, p. 132) y en esta variable se insiste cuando se clasifican los instrumentos de protección patrimonial en directos, los que ‘instituyen’ al propio discapacitado, e indirectos, cuando la ventaja patrimonial directa se adjudica a un tercero, con la condición, modo o carga de asistir al discapacitado. No nos planteamos, lógicamente, aunque la libertad no la excluye, la eventualidad de que los propios padres vayan a dejarlos completamente desamparados so pretexto de que cabe “no dejarles herencia a estos mismos hijos discapacitados” (MARÍN, 2007, pp. 109-110) y ni siquiera gravar en su beneficio lo directamente atribuido a otras personas.

⁴¹ ARAGÓN: [Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte](#) (BOE, 25 marzo 1999) LSCM. BIZKAIA: [Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco](#), modificada por Ley 3/1999 (BOPV, 7 agosto 1992 y 30 diciembre 1999) LDCF.

⁴² No estará de más aclarar que vamos a considerar propiamente vizcaíno al régimen sucesorio de quienes gozan de vecindad civil aforada, no al ‘régimen general’ que rige para los no aforados; y procede advertir cómo el Fuero de Bizkaia, aunque no alcanza vigencia en todo el Territorio Histórico propio, sino exclusivamente en el Infanzonado o Tierra Llana, se interna en terreno alavés, aplicándose también en los municipios de Llodio y Aramaio. La otra fracción del territorio vizcaíno, correspondiente al territorio no aforado de las 12 villas, la ciudad de Orduña y el municipio de Bilbao, ni conoce los pactos sucesorios ni resulta afectada por la legítima del Fuero, de manera que estos territorios no aforados quedan sujetos al Código civil (arts. 5, 6 y 146 [Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco](#)). Precisamente, por causa de esta dualidad normativa el propio Territorio Histórico vizcaíno puede ejemplarizar el contraste ‘común-foral’ en materia de protección patrimonial del discapacitado, por cuanto “alguno de los mecanismos sucesorios que se predicen como deseables en el derecho civil común para la discapacidad ya existen en el ámbito del derecho civil foral” (URRUTIA, 2007, p. 160).

⁴³ Una voluntad clara que no exige manifestación expresa o explícita, sino que basta con que pueda inducirse interpretativamente del mismo acto de disposición, sin recurrir a elementos extrínsecos: CELAYA (1997, p. 236). En el parecer de Gorka GALICIA AIZPURUA (2010), “La Sucesión forzosa en Bizkaia”, en *Tratado de Derecho*

Cuestión distinta es que las *peculiaridades vizcaínas* alejen, en aspectos no precisamente menudos, la legítima de los descendientes aforados respecto de la que configura la Ley aragonesa 1/1999, de sucesiones por causa de muerte. Sirvan de prueba los *cuatro quintos* del caudal relicto a los que sigue ascendiendo aquélla en la vigente norma vasca (art. 55 LDCF) frente a *la mitad* a la que la ha dejado reducida la nueva norma aragonesa desde los dos tercios compilados (art. 171 LSCM); o que la propia libertad dispositiva proyectada sobre el quinto restante pueda aún retraerse (prácticamente, del todo) por razón de la troncalidad de los bienes, desde el momento en que el citado precepto vizcaíno añade que “el quinto restante es de libre disposición, *si hay bienes no troncales* suficientes para cubrirlo”.

Quiere decirse que, aun cuando la troncalidad rebasara los cuatro quintos legitimariamente vinculados, incluso, si la predestinación llegara a cubrir todos los bienes del *de cuius*, ciertamente, se habría mermado o eliminado la libertad dispositiva del causante entendida en términos absolutos, como posibilidad de beneficiar a extraños; pero *seguiría indemne la posibilidad de afección* que ahora interesa. Esto es: gracias a la premisa de que esta troncalidad vizcaína concierne preferentemente a la propia descendencia, el ascendiente infanzón podrá acumular toda la *porcio debita* y el propio excedente troncal para incrementar, si lo desea, la protección patrimonial del descendiente discapacitado o de aquel que asuma la atribución con la carga del cuidado y las atenciones a éste debidas.

La flexibilidad específica, predicable de ambos ordenamientos, ya se comprende que reside, antes que nada, en la *naturaleza igualmente colectiva* de la legítima de los descendientes y, por añadidura, en la *irrelevancia del grado* de esos descendientes a la hora de justificar el ‘empleo del caudal legitimario’, de manera que se autoriza al causante, no sólo para elegir el beneficiario, sino también para trascender los grados inmediatos en esa línea descendente; pudiendo, sin necesidad de asentimiento alguno por parte del ‘mediador sucesorio’, instituir a un nieto o biznieto en vida aún de sus progenitores⁴⁴.

sucesorio, “los términos en que se expresa el artículo 54.II LDCF tienen un significado muy diverso al que, en primera aproximación, se les ha atribuido, y éste sería, ahora, el siguiente: el precepto, al exigir que conste *claramente* la voluntad exheredatoria del *de cuius*, pretende significar que la intencionalidad en la omisión (caso de que ésta se produzca) no se presume, sino que, antes bien, ha de constatarse. Por tanto, alegada la preterición, serán los herederos del causante los que deban probar suficientemente su carácter deliberado, pues, en la duda, el pronunciamiento judicial deberá decantarse necesariamente por la naturaleza inintencional del silenciamiento”.

⁴⁴ Aquí, el contraste y la superación de estos ordenamientos en relación con la nueva regulación francesa de la donación transgeneracional, en la medida en que “el nuevo artículo 1075-1 permite, ahora, que la donación-partición pueda hacerse en beneficio de los nietos, viviendo los hijos, lo que implica un salto generacional y afecta al principio de proximidad de grado” (PEREÑA, 2008, p. 2488), a condición, claro es, de que el hijo ‘sobrepasado’ comparezca y consienta el ‘salto’. Para contraste, el art. 54 LDCF prescribe que “[e]l testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior, o *elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo*”; posibilidad que expresa más sintéticamente el art. 171 LSCM al precisar que “[l]a mitad del caudal... debe recaer en *descendientes, de cualquier grado*, del causante, que son los únicos legitimarios”, aunque apostilla que dicha legítima naturalmente colectiva, “[s]i no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por *partes iguales* entre los legitimarios de *grado preferente*”.

La verdadera y específica carencia, frente al ámbito de libertad constatado en Ayala y en Navarra, emerge tan pronto como el *de cuius* aragonés o vizcaíno pretenda rebasar el círculo de sus descendientes legitimarios, aun con el propósito de diseñar su escenario *post mortem* de la manera que entienda más provechosa para su propio hijo o ulterior descendiente discapacitado; o sea, en el caso de que pretendiera atender la discapacidad del indicado familiar a base de desplazar su fortuna a un extraño, aun cuando esa persona física o jurídica se presentara como el recurso más eficiente, por vía indirecta o refleja, para beneficio del discapacitado. El aragonés que se decida por dicha vía indirecta, no podrá constituir en 'beneficiario obligado' a quien no fuere su propio descendiente, desde el momento en que la legítima –aun colectiva- le prohíbe externalizar su patrimonio. El causante concernido por el Fuero de Bizkaia, supuesto ese mismo cerco de sus propios legitimarios y en relación con sus raíces troncales, habrá de permanecer atento, suplementariamente, al perímetro que dibujan sus otros parientes tronqueros no legitimarios.

Por lo demás y desde la perspectiva de los *cauces para la disposición*, ambos ordenamientos, el vizcaíno y el aragonés, se muestran igualmente generosos en alternativas al testamento, dando acogida, además de a los pactos sucesorios propiamente dichos, al testamento mancomunado (restringido, en el Fuero de Bizkaia, a cónyuges o pareja inscrita) y a las fórmulas fiduciarias tradicionales en cada uno de los dichos territorios⁴⁵.

Cabe, por tanto, otorgar *pacto sucesorio instituyendo en todo o en parte* de la herencia, bien directamente al propio discapacitado, bien a otro *descendiente* con la carga de cuidar y atender al descendiente discapacitado (art. 60 LDCF)⁴⁶, abstracción hecha asimismo del grado, adjuntando a dicho pacto cualesquiera "*modalidades, reservas, sustituciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que se acuerden*"⁴⁷.

⁴⁵ Este no es, desde luego, el contexto más idóneo para tratar de señalar la distancia que realmente pueda haber entre la sucesión paccionada, propiamente hablando, y la utilización de fórmulas testamentarias mancomunadas, sino para poner de relieve la continuidad que ambos instrumentos pueden representar en el plano 'colaborativo'. Así se comprende que pueda afirmarse que "la sucesión contractual *se manifiesta en Vizcaya a través de sus peculiares formas testamentarias*, tales como el testamento de hermandad celebrado entre cónyuges, o el testamento por comisario. Además, existe la costumbre de acudir a la donación universal de bienes presentes y futuros, muchas veces con motivo del matrimonio del hijo elegido" (DE BARRÓN, 2001, p. 43). O que se subraye, como ventaja del recurso al testamento mancomunado, la "situación de certeza respecto al destino de estos bienes, por encima de ulteriores nupcias tras el divorcio o el fallecimiento de uno de los cónyuges. Ciertamente el factor fundamental sería la correspectividad, esto es, que se tratase de una disposición a favor del hijo o descendiente discapacitado que estuviese recíprocamente condicionada, sin que fuera revocable por uno en vida del otro, sin su consentimiento y que se convierta en irrevocable, fallecido uno de ellos" (URRUTIA, 2007, p. 165).

⁴⁶ Siempre, claro está y como acabamos de resaltar en el texto, que no se rebase el doble borde, troncal y legitimario. Como es lógico, el sistema vizcaíno se ve precisado a explicitar la intangibilidad cualitativa, además de sobre la capa legitimaria colectiva, también en relación con el círculo de la troncalidad. Así, el artículo 60 LDCF, después de advertir que "[n]o podrá imponerse a los hijos, descendientes o ascendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos", añade que "[t]ampoco podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales, sino a favor de otro pariente tronquero de la misma línea".

⁴⁷ La posibilidad de adicionar al convenio sucesorio este contenido 'formalmente' accesorio se consagra en ambos ordenamientos de manera equivalente; en el caso vasco, sirviéndose de una plataforma polivalente (capitulaciones matrimoniales, donación o pacto otorgado en escritura pública) como soporte de "las *modalidades*,

En concreto y según se apuntara con invocación de la compilación aragonesa, sigue siendo oportuno que, si se elige la vía indirecta, el convenio sucesorio se complementa con una *prohibición de disponer* de los bienes heredados durante la vida del descendiente discapacitado y con una *especificación de las consecuencias* derivadas de la falta de cumplimiento grave de la carga impuesta y de la consiguiente resolución de la atribución modal, dejando “previsto quién será heredero y, en consecuencia, a quién harán tránsito los bienes de la herencia en tal supuesto”⁴⁸. Actualmente, la especificación de aquellas consecuencias puede ofrecer la alternativa de una sencilla remisión a las previsiones contenidas en los artículos 1795 y 1796 del Código civil redactados conforme a la Ley 41/2003 para el nuevo contrato de alimentos.

Otro modo de prevenir la adecuada protección patrimonial del descendiente común discapacitado podrá alcanzarse con la interposición de un *pacto sucesorio de institución recíproca* otorgado entre ambos progenitores, de manera que el superviviente adquiera, no sólo el *usufructo universal* de los bienes del premuerto, sino también la *potestad de designar* al sucesor de los mismos, tal como la norma aragonesa interpreta el *pacto al más viviente* cuando el *de cuius* dejare descendientes comunes, sin otra previsión distinta (por hipótesis, nuestro caso)⁴⁹, y de la manera que puede configurarse el *alkar-poderoso* del Fuero de Bizkaia⁵⁰.

reservas, sustituciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que se acuerden” (art. 74 LDCF) y, en el aragonés, mediante la previsión general de que “[l]os pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan”, para añadir de inmediato que “[a]demás del régimen sucesorio, puede también pactarse en capitulaciones matrimoniales en consideración a la casa el establecimiento de *una comunidad familiar entre instituyentes e instituido* y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran” (art. 66 LSCM).

Es lógico, por tanto, que doctrinalmente se haya remarcado esta benéfica instrumentalización de los convenios sucesorios, en concreto, para el Derecho vizcaíno: “Ni que decir tiene que *el pacto como instrumento al servicio de la constitución de un patrimonio al servicio del hijo o descendiente discapacitado tiene... una serie de virtualidades que permiten*, bien por vía directa, con disposiciones a favor del discapacitado, bien por vía indirecta, a través del pacto sucesorio con los hermanos, persona encargada o entidad para el cuidado del discapacitado, *lograr una adecuada atención al discapacitado, mediante las cláusulas que en cada caso se estimare más oportunas según la situación familiar*” (URRUTIA, 2007, p. 170).

⁴⁸ La parte entrecomillada y concerniente a las cautelas que se reproduce en el texto se corresponde con la recomendación de LEÑA (1997, p. 130), que conserva su interés aunque fuera hecha durante la vigencia de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, una vez reformada por Ley de 21 de mayo de 1985.

⁴⁹ Por lo que particularmente importa, dispone el artículo 80.1 LSCM que “[e]n la recíproca institución de heredero, o pacto al más viviente, *el sobreviviente hereda los bienes del premuerto, siempre que éste no tenga descendientes, o todos ellos fallezcan antes de llegar a la edad para poder testar*”, añadiendo el precepto siguiente que, sin perjuicio de las específicas previsiones de los otorgantes (que habrán de atenderse, respetando las legítimas), “la institución no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan descendientes del premuerto que no lo sean del supérstite”, pero, “[h]abiendo sólo descendientes comunes, *el pacto equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia*” (art. 81 LSCM).

⁵⁰ Se refiere a la figura y la nomina de este modo el artículo 33 LDCF, como posibilidad exclusiva de los cónyuges, pero el artículo 9 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (LRPH), extiende la posibilidad a dichas parejas inscritas. Así los cónyuges o convivientes (previa inscripción en el Registro *ad hoc*) “podrán nombrarse *recíprocamente comisario* en escritura de capitulaciones o pacto sucesorio”, denominando a esta designación mutua *alkar-poderoso* (art. 33.II), de manera que, en este caso, “el poder podrá ser reconocido por plazo indefinido o por los años que viviere” (art. 44.I) y puede conllevar el usufructo universal (art. 61).

Por ese camino es meridiano que puede obtenerse la apreciable ventaja de, tras el óbito de uno de los progenitores, prolongar la situación precedente, a base de concentrar en el supérstite la toma de decisiones (no sólo) de transcendencia patrimonial y la propia organización de las atenciones al discapacitado. La fórmula es bien conocida y habitualmente practicada: “mientras viva uno de ellos, éste asumirá su cuidado y podrá, además, antes de su fallecimiento, dejar previsto, por testamento o contrato, quién le sucederá en la carga de esos cuidados, beneficiando al designado con la atribución de bienes que estime conveniente, no sólo de los que integren su herencia sino también de los integrantes de la herencia del premuerto”⁵¹.

Todo ello, como acertadamente se ha dejado escrito para Bizkaia, convendrá que sea reforzado por “el establecimiento de un *testamento preventivo* que prevea el estatus del discapacitado en caso de imposibilidad de ejercicio del poder testatorio por fallecimiento conjunto de los padres o imposibilidad de su ejercicio” y con “la configuración del comisario como un auténtico ‘paratutor’ o, mejor dicho, ‘paracurador’ del discapacitado no incapacitado judicialmente, para lo cual sería necesario regularlo con unas facultades de administración o disposición amplias”⁵².

Incluso pudiera continuarse el paralelo buscado en relación a los sistemas ayalés y navarro, observando que también en los sistemas de legítima colectiva deviene *casi irrelevante el pacto de renuncia* a la legítima⁵³, salvo que, claro está, se trate de descendiente único o el convenio viniera suscrito por todos los legitimarios⁵⁴. Sólo de este modo el ascendiente aragonés o vizcaíno quedaría definitivamente exento de cumplir con su deber de legítima.

En el caso de Bizkaia, sin embargo, debería aún matizarse la vía de obtención de esa plena libertad dispositiva, sobre todo, en lo concerniente a la expectativa que acreditan los propincuos consanguíneos hasta el cuarto grado respecto de los bienes troncales. En efecto, no puede pasarse por alto “que, con relación a la legítima, todos los sucesores forzosos que pertenecen al *grupo preferente* deben abdicar de su parte..., para evitar el llamamiento a favor del siguiente grupo de sucesores; mientras

⁵¹ Nuevamente, la precisión es de LEÑA (1997, p. 131).

⁵² URRUTIA (2007, p. 166).

⁵³ Es lo que ha dejado escrito de modo tajante DE BARRÓN (2001, p. 77), después de haber caracterizado el apartamiento del fuero vizcaíno: “No hay pacto de renuncia a la legítima porque no es necesario, el causante goza de libertad para decidir unilateralmente quién debe ser aparatado de la herencia”.

⁵⁴ Desde luego, hay que dar la razón a quien observa que la cuestión de la protección a la legítima sólo tiene sentido o puede plantearse, en Aragón y en Vizcaya, “como la defensa de la cuota material colectiva que la ley atribuye a los familiares del causante”, esto es, como reacción al hecho de que el quantum legal no ha sido atribuido a los individuos o al grupo para quienes la ley lo ha reservado. Realmente, “el pacto de *non succedendo* por el que un legitimario renuncia a su legítima futura se muestra carente de contenido material, porque dicho renunciante no goza de ningún derecho o expectativa individual de la que desprenderse por anticipado. Sólo en el caso de que existiera un único legitimario... la renuncia anticipada a la legítima tendría un valor liberatorio [...] *Ante una expectativa global sólo cabe una renuncia también plural al derecho de legítima*” (DE BARRÓN, 2001, pp. 96 y 107-109).

que en lo referente a la troncalidad, deviene imprescindible la renuncia de sus derechos por parte de *todos y cada uno* de los parientes tronqueros”⁵⁵.

Con todo y con eso, la nueva regulación aragonesa contempla en particular, no ya sólo el pacto de renuncia a la legítima (recogido previamente en la Compilación), sino también el relativo a todos o parte de los derechos sucesorios. Así, declara generalmente válidos los pactos de *renuncia o transacción sobre la herencia futura*, con tal de que intervenga, aparte del renunciante o renunciantes, la persona o personas de cuya sucesión se trate; mas, con la presencia del *de cuius*, puede convenirse incluso el rechazo “a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición” (art. 84 LSCM). En sede de legítima, el artículo 177 de la misma ley se detiene a concretar que *puede renunciarse unilateralmente* por acto del propio legitimario⁵⁶ y no precisamente, que también, *como resultado de un pacto sucesorio*, debiéndose entender que la renuncia ‘a cualquier atribución patrimonial’ incluye la legítima, mientras que la renuncia a ésta, salvo declaración en contrario, no afecta a la sucesión legal ni a la voluntaria proveniente del mismo causante.

⁵⁵ El entrecomillado puede encontrarse en IMAZ (2010); para un análisis en perspectiva, puede verse Gorka GALICIA AIZPURUA (2002), *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, pp. 337-372.

En todo caso, procede advertir que la conclusión [basta que renuncien (o se aparte a) los descendientes de grado inmediato para el *de cuius* devenga plena y definitivamente libre] es segura e irrefutable cuando el deceso del disponente sobreviene en las mismas coordenadas de descendencia existentes al momento del apartamiento o de la renuncia colectiva, pero puede resultar insatisfactoria en el caso de que alguno de aquellos renunciantes (descendientes del grado inmediato) haya premuerto al causante dejando sus propios descendientes, quienes, en esa hipótesis, podrían considerarse preteridos no obstante la renuncia de quien (antaño) aparecía como su mediador sucesorio.

⁵⁶ La dicha unilateralidad no estaba presente en el derogado artículo 106 de la compilación, inserto en el título correspondiente a la sucesión paccionada. Así un reputado comentarista, invocando la autoridad del Profesor LACRUZ BERDEJO, había exteriorizado su inteligencia dubitativa, primero en general, para cualquier renuncia a derechos hereditarios o sucesorios y, finalmente, en el contexto de repudiación no aceptada de la legítima.

“Esa renuncia anticipada, como tal, es, desde luego, un acto unilateral del renunciante, pero en la medida en que la misma no sea aceptada por el causante de cuya sucesión se trate, carecerá de verdadera efectividad, por cuanto su autor podrá arrepentirse de la misma y dejarla sin valor ni efecto alguno. / De ahí que para que dicha renuncia pueda tener los efectos a que me referiré en seguida, precisa de la oportuna aceptación por el causante. Desde el momento en que ésta se produzca –en el mismo acto y documento en el que se realice la renuncia, o en otros posteriores-, la renuncia deviene efectiva e irrevocable para el renunciante”. Ulteriormente y luego de haber subrayado que [sólo] “la renuncia aceptada conlleva en Aragón la existencia de un pacto sucesorio, de los que al comienzo de estos comentarios calificaba de «negativos» o pactos *de non succedendo*”, el propio autor extrae las consecuencias para la renuncia a la legítima, en “el supuesto, posible en la práctica, de que efectuada la renuncia unilateralmente el causante no llegue a aceptarla”, asegurando “que entonces esa facultad de aceptación se transmitirá a sus herederos, quienes, incluso previamente a cualquier operación sucesoria, podrán, como subrogados en la posición jurídica de su causante, aceptar la renuncia que el legitimario efectuó en su día (siempre, por supuesto, que no la haya revocado)”: José Luis MERINO HERNÁNDEZ (1987), *Comentarios al Código Civil, Tomo XXXIV - Vol. 1º. Artículos 89 a 118. Compilación de Aragón*, disponible en <http://vlex.com/vid/renuncia-legitima-261210> [consulta: 3 septiembre 2010].

3.- Cataluña y Galicia: legítima escasa y meramente crediticia ⁵⁷

Un nuevo escalón debe formarse con los ordenamientos sucesorios catalán y gallego, también interesantes desde nuestra perspectiva aunque en ellos no rige el sistema de legítima colectiva, sino el de pretensión sustantiva individual progresivamente debilitada. En efecto, la ventaja que ambos sistemas representan puede comprobarse tanto en la *vertiente de los cauces dispositivos*, en la medida en que en ambos casos se cuenta con un margen relevante para la ordenación contractual de la sucesión, como en la perspectiva decreciente de la amplitud y dureza de los *márgenes legitimarios*.

Empezando por éstos, procede resaltar cómo los respectivos parlamentos, gallego y catalán, se han decidido por reducir la legítima de los descendientes a *sólo un cuarto* del caudal hereditario y a especificar que no necesariamente tiene que ser abonado con bienes de la herencia, sino que el legislador la configura como simple *pars valoris*⁵⁸. Por lo demás, no puede dejar de significarse cómo, habida cuenta del carácter sobrevenido de estas decisiones parlamentarias respecto de la intervención estatal a través de la Ley 41/2003, se trata precisamente de opciones de política legislativa que se adoptan también en la perspectiva de incrementar las posibilidades de organización *post mortem* de la protección patrimonial a los descendientes discapacitados o a los judicialmente incapacitados, ofreciéndose como verdaderas alternativas al escueto abandono de la intangibilidad legitimaria por el que previamente había optado el Código civil⁵⁹.

⁵⁷ CATALUÑA: [Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones](#). (BOE, 7 agosto 2008). GALICIA: [Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia](#) (BOE, 11 agosto 2006).

⁵⁸ Por lo que a Cataluña respecta, prescribe el nuevo artículo 451-1 CCC que “[l]a legítima confiere a determinadas personas el *derecho a obtener* en la sucesión del causante *un valor patrimonial* [art. 451-5: una *cuarta parte*; art. 451-11: abonable *en dinero, aunque no haya en la herencia*] que éste puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma”. Se trata, por lo demás, de una asignación libre de gravamen, si bien el legitimario tiene que optar entre aceptar el gravamen o reclamar el valor que estrictamente le corresponda, por cuanto –advierte la exposición de motivos– “se generaliza la fórmula de *cautela compensatoria de legítima, o cautela Socini*, como regla por defecto en toda sucesión. Esta decisión, también debilitadora de la legítima, implica que se respeta sólo la intangibilidad cuantitativa, y no cualitativa”. En el caso de Galicia, el artículo 243 LDCG dispone escuetamente que “[c]onstituye la legítima de los descendientes *la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido* que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes”.

⁵⁹ Así lo ha dejado patente, en el comentario del artículo 241 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (2008), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1028-1029, donde subraya que ya no sirve invocar el carácter dinámico de las remisiones al Código civil, puesto que ha desaparecido el reenvío del artículo 146.2 en la redacción de la Ley 4/1995, y carecería de sentido pretender resucitar la enmienda técnica (sobrescrida en la tramitación de la reforma gallega) para considerar el eco de las reformas operadas en el Código por la Ley 41/2003: “Lo cierto –concluye– es que ni la Comisión ni el Pleno incorporó tal enmienda técnica lo que, en cierto modo, guarda una cierta coherencia con el nuevo sistema legitimario pues partiendo de una pluralidad de descendientes –uno de ellos incapacitado–, la reducción cuantitativa de la legítima y su cambio de naturaleza (derecho de crédito que puede ser satisfecho en metálico) haría excesivo, por práctica supresión del derecho desde un punto de vista económico, el gravamen de una legítima en sí misma muy mermada en relación con el régimen del CC”. Asimismo, ÁLVAREZ (2010, pp. 574-575) comparte dicho punto de vista, asegurando que, al margen de los de mejora y apartación, “resulta muy forzado defender al posibilidad de que otros pactos sucesorios tengan cabida en el Derecho civil de Galicia, bajo los auspicios de un principio de sucesión contractual”.

Concretamente, el nuevo sistema sucesorio catalán ha elegido como puntos de inflexión, aparte la remodelación de los denominados *derechos viduales*, precisamente el terreno de los *pactos sucesorios* y el de *las legítimas*⁶⁰, sin que en este contexto podamos entrar a calibrar la dimensión del avance realmente experimentado en cada materia. Bastará con remarcar que el esquema paccionado salido de la Ley 10/2008, si bien efectivamente “queda desligado del matrimonio y permite no solo instituir heredero, como hasta ahora, sino también convenir todo tipo de atribuciones particulares”, en cambio, no ha llegado a desprenderse de su *marcado carácter familiar* ni de la finalidad prevalente de ofrecerse como cauce privilegiado para “instrumentar la *transmisión intergeneracional* de las empresas familiares”⁶¹.

Dicho de otro modo y mirado desde nuestro peculiar frente, el *de cuius* catalán podrá diseñar la sucesión a través de pactos con la condición de que los protagonicen sus propios familiares (incluido el parentesco por afinidad), y, de este modo, aprovecharlos para, descontada la *porcio debita*, trasvasar elementos patrimoniales directamente al discapacitado que se encontrare dentro de ese cerco legalmente establecido; también podrá servirse del mismo cauce paccionado, y con igual límite, para desplazar recursos a otro de dichos familiares con la carga de prestar cuantas atenciones y cuidados necesitare el discapacitado. Pero, en cambio, no podrá diseñar esta estrategia de sucesión contractual provocadora de protección ‘indirecta’, si precisa canalizar la generosidad que el tope legitimario le autoriza a través de pacto sucesorio con personas extrañas, físicas o jurídicas, de las que confiara obtener irrevocablemente la garantía de dichos cuidados y atenciones al discapacitado.

Bien es verdad que, incluso en clave de protección y abstracción hecha de la sucesión contractual, no debe minusvalorarse el hecho de que el ascendiente catalán, gracias a la última remodelación de su sistema sucesorio, ha incrementado su ámbito de disponibilidad material, precisamente, por consecuencia del debilitamiento que ha

⁶⁰ Josep FERRER RIBA (2008), “El nuevo derecho catalán de sucesiones”, *InDret* 4/2008, Editorial, disponible en http://www.indret.com/pdf/editorial_es_4.pdf: “El derecho sucesorio catalán ha experimentado con la Ley 10/2008 una renovación profunda, que se percibe sobre todo en su regulación de los pactos sucesorios, las legítimas y los derechos viduales. ... El viudo refuerza su posición: en la sucesión testada se le garantizan derechos cuando menos análogos a los de un excónyuge tras el divorcio –resultado que no aseguraba el derecho vigente–, y en la intestada se le permite conmutar el usufructo universal, que de vidual pasa a ser vitalicio, por el usufructo de la vivienda más una cuarta parte del resto del caudal. Por otra parte, adoptando una decisión controvertida, la nueva ley equipara a todos los efectos sucesorios el cónyuge y el conviviente de hecho. Muy pocos ordenamientos en el derecho comparado han llegado tan lejos”.

⁶¹ Joan EGEA FERNÁNDEZ (2007), “Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos”, *InDret*, núm. 3/2007, disponible en http://www.indret.com/pdf/455_es.pdf, p. 22: “A pesar de la ampliación del ámbito subjetivo de los heredamientos, el Proyecto sigue presentando la sucesión contractual como una excepción, ya que el art. 411-7 afirma que sólo son válidos los pactos sucesorios sobre una sucesión no abierta que sean admitidos por la ley. Igualmente, a la vez que abre las posibilidades de pactar la sucesión contractual más allá del círculo familiar, todas las justificaciones que ofrece continúan basándose, como hasta ahora, en que constituye básicamente un instrumento de planificación de la transmisión intergeneracional de la riqueza familiar. Así pues, si éste continúa siendo el principal objetivo del Proyecto, para lograrlo hubiese resultado suficiente con desvincularlos del matrimonio y eliminar la exigencia de capitulaciones, reconduciéndolos a la sucesión de la empresa o el patrimonio familiar. // En fin, como ya he comentado más arriba, parece que los redactores del Proyecto no están muy convencidos de que extender estos pactos más allá de la familia sirva de mucho, ya que la justificación concreta de esta figura la buscan, una y otra vez, en las relaciones familiares”.

experimentado la expectativa legitimaria que –según diagnosis de autoridad– “sigue su lento camino hacia la desaparición”. Un plano inclinado cuyas referencias se apoyan en la constatación de que se ha excluido de cómputo para su cálculo las donaciones a extraños de antigüedad superior a diez años, contados hasta la muerte del causante (art. 451-5), y en la de que, a su vez, “el círculo de donaciones imputables se ensancha y los causantes con hijos ganan libertad para la toma de sus decisiones sucesorias” (art. 451-8)⁶².

Por eso, supuestos su carácter escueto y la subrayada entidad meramente crediticia, estos legisladores, catalán y gallego, no necesitan mostrarse excesivamente permisivos en cuanto a la posible renuncia a la legítima de los descendientes. Concretamente, el nuevo artículo 451-26 enuncia un *principio prohibitivo* en orden a disponer de la legítima no deferida, o sea, en vida del causante, y únicamente deja hueco para la *renuncia al suplemento de legítima* por parte de los descendientes, aun cuando dicho confinamiento haya representado abdicación del espíritu liberal del Proyecto⁶³ y regreso a la contención del derogado artículo 377.2 del anterior Código de Sucesiones⁶⁴.

⁶² Referencia que se encuentra también en FERRER (2008), precedida de esta consideración: “La legítima, que en Cataluña ya es más bien corta -una cuarta parte del patrimonio hereditario a repartir entre todos los hijos del causante- sigue su lento camino hacia la desaparición. Ahora, van a dejar de computarse para su cálculo las donaciones que precedan en más de diez años a la muerte del causante, salvo que hubieran sido efectuadas a los legitimarios y fueran imputables a la legítima”.

Por lo demás, los primeros análisis de conjunto efectivamente suscriben la importancia primordial de ambas reglas combinadas, observando, ante todo, que “[l]a finalidad que se persigue [con la limitación a la última década] es simplificar el cálculo de las legítimas... y, en cualquier caso, conlleva una reducción de la cuantía de la legítima, en la medida en que dejan de computarse bienes en el *donatum*, lo que significa que se rebaja la base de cálculo de la legítima global y, a su vez, determina una inferior cuantía de las respectivas legítimas individuales”; para acabar subrayando que, por contraste con esa computación ‘limitada’, “la imputación comprende todas las donaciones, con independencia de la fecha en que se hayan realizado; es decir, no rige el límite temporal”, lo que asimismo revierte en “una reducción en la cuantía de las legítimas, pues la menor computación de donaciones disminuye la base de cálculo de la legítima global y la imputación de todas las donaciones, sea cual sea su fecha, reduce la legítima individual”: Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA (2009), *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 394-398.

⁶³ EGEA (2007, p. 28): “El Proyecto elimina estas restricciones, ya que el art. 431-27 parte de la formulación contraria: *son válidos los pactos de renuncia o de transacción sobre derechos sucesorios de cualquier naturaleza otorgados entre el renunciante o renunciante y el causante de la sucesión*. La expresión ‘derechos sucesorios de cualquier naturaleza’ podría hacer pensar que la renuncia puede alcanzar también a los derechos sucesorios de carácter voluntario, cosa que en mi opinión está de más y, por ello, entiendo que lo más conveniente es interpretar que sólo se refiere a los derechos sucesorios determinados por la ley”.

⁶⁴ La continuidad puede comprobarse así en el principio del artículo 451-26.1 (“Son nulos los actos unilaterales, las estipulaciones en pacto sucesorio y los contratos de transacción o de cualquier otra índole otorgados antes de la muerte del causante que impliquen renuncia al derecho de legítima o que perjudiquen a su contenido”) como en el tenor de la excepción que contempla el propio artículo 451-26.2.c, que se circunscribe al “pacto entre ascendientes y descendientes estipulado en pacto sucesorio o en donación por el que el descendiente que recibe de su ascendiente *bienes o dinero en pago* de legítima futura *renuncia al posible suplemento*.” Finalmente, el apartado tercero de mismo precepto dispone: “3. La renuncia hecha en pacto sucesorio o donación de acuerdo con el apartado 2.c puede rescindirse por lesión en más de la mitad del justo valor de la legítima, atendiendo al importe que tendría la legítima del renunciante en la fecha en que se ha hecho. La acción puede ejercerse en el plazo de cuatro años a contar del otorgamiento del pacto”.

Con todo y si la perspectiva, en vez de concentrarse en el ‘suplemento’ (con cuya contención sería, de los pactos conocidos en los ordenamientos españoles, el que más se aproxima a la innovación francesa concerniente a la renuncia anticipada a la acción de reducción de donaciones⁶⁵), se traslada a una abdicación de la expectativa legitimaria al completo, no sería temerario buscarle parentesco con instituciones conocidas en otros ordenamientos territoriales a los que en seguida nos referimos, singularmente el balear o el gallego. Quiere decirse que ese concreto *pactum de non succedendo*, considerado globalmente, no parece extraño a una *apartación*, o lo que es lo mismo, a un convenio de *renuncia retribuida*; un pacto que, además de ser ‘materialmente oneroso’, se configura –esta es su peculiaridad más llamativa– como *rescindible* por lesión *ultradimidium*, si el importe de lo *recibido en pago* es inferior a la mitad del valor correspondiente, en el momento de la renuncia, a la legítima individual decaída; posibilidad de impugnación que, sin embargo, caduca a los cuatro años del otorgamiento del pacto (art. 451-26.3)⁶⁶.

Por su parte, el nuevo Derecho de Galicia enuncia igualmente un *principio prohibitivo* en relación con el *gravamen* de la legítima reconocida y en lo concerniente a la *renuncia o transacción* sobre la no deferida; con excepción, en el primer caso, del usufructo viudal y, en cuanto a la renuncia, del denominado –así exactamente– pacto de apartación⁶⁷. En el texto gallego ese pacto de *non succedendo* se configura también como ‘globalmente oneroso’⁶⁸ y puede alcanzar (además de a la legítima) al apartamiento de la sucesión intestada; pero resulta *estrictamente aleatorio*, ya que no sólo no se contempla, a diferencia de Cataluña, una hipotética rescisión por lesión,

⁶⁵ Para colegir la enorme distancia que, pese a todo, separa a una y otra renuncia, puede verse la síntesis de PEREÑA (2008, pp. 2494-2497) en relación con la reforma del artículo 929 *Code*.

⁶⁶ Por otra parte, la ‘consistencia’ de legítima individual puede resultar aun más debilitada por el juego de la diversidad de plazos fijados a la acción de inoficiosidad, que caduca a los cuatro años del fallecimiento del causante, y la prescripción de las pretensiones de reclamación de la legítima y del suplemento mismo que habrán de esperar el plazo de diez años desde la muerte del causante (art. 451-27.1). “Puede, pues, suceder, que si la legítima se reclama trascurridos más de cuatro años después de la apertura de la sucesión, no existiendo suficiente activo hereditario líquido para afrontar el heredero su pago, no sea ya posible reducir legados y donaciones por haber caducado la acción, y, por consiguiente, el legitimario no percibiría el importe correspondiente, puesto que, como sabemos, el heredero no está obligado al pago de las legítimas con su patrimonio propio”: DEL POZO / VAQUER / BOSCH (2009, p. 413).

⁶⁷ A la configuración estricta de dichas excepciones se decían los artículo 241 y 242, estableciendo, respectivamente, que “*a salvo el usufructo del cónyuge viudo ordenado con arreglo a la presente Ley, no podrán imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos, términos, fideicomisos o gravámenes de clase alguna*” y que, “[s]alvo los casos de apartación, será nula toda renuncia o transacción sobre la legítima realizada antes de la apertura de la sucesión”. En cuanto a la imposibilidad lógica de hacer hueco –junto al usufructo del cónyuge– a una consideración especial para los eventuales descendientes judicialmente incapacitados, bien en forma de usufructo, bien de sustitución fideicomisaria, que gravaran la legítima de sus hermanos, puede verse el razonamiento de REBOLLEDO (2008, pp. 1028-1029).

⁶⁸ Como es obvio, el adverbio antepuesto y la acotación del propio giro pretenden advertir del tono incomprometido con el que se utiliza la calificación y a su vez de la impertinencia de ahondar aquí en caracterizaciones sobre las que, tras mayor reflexión específica, no se ha logrado el acuerdo doctrinal. En relación con el Derecho gallego, bastaría remitir a la exposición más reciente (REBOLLEDO, 2008) y recuperar algunas anteriores, igualmente sobresalientes, Domingo BELLO JANEIRO (2001), *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, pp. 313-328 y María Paz GARCÍA RUBIO, (2000), “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, pp. 1403-1407.

sino que explícitamente se asegura que permanecerá eficaz cualquiera que sea el valor de los bienes o derechos entregados en pago⁶⁹.

Acaso las peculiaridades se manifiestan más llamativamente en el terreno de las fórmulas paccionadas de organización de la sucesión en su vertiente positiva (y ceñida al círculo familiar), de institución –mejora, en Galicia- o heredamiento –en Cataluña-, así como en el dibujo de la correspondiente fiducia sucesoria.

Sin necesidad de bajar al detalle y en relación con Galicia, puede asegurarse que dichos heredamientos se hallan tipificados, “sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho”⁷⁰, como *pactos de mejora* (convenio de sucesión-institución a descendiente ‘en bienes concretos’: arts. 214 a 218) y se ofrecen complementados en su modalidad tradicional de labrar y poseer lugar acasado (arts. 219 a 223).

Lo fundamental, para nuestro enfoque, es que, además de por testamento (incluso mancomunado), también por el *cauce contractual* al ascendiente gallego le cabe estructurar su tracto sucesorio en beneficio, directo o indirecto, de sus descendientes discapacitados, desde luego, eligiendo los contratantes dentro de esa descendencia, pero bastante más holgadamente en canto a los recursos materiales a movilizar de lo que pudiera hacerlo si estuviera sometido al régimen del Código civil. Además, su estatuto sucesorio le legitima para nombrar *comisario-fiduciario* a su cónyuge, si es que prefiere que sea éste –por plazo determinado o mientras viva- quien ejercite, ciertamente sin perjuicio de las legítimas, “la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán” (arts. 196 a 202).

En lo que a Cataluña respecta, ya he dejado dicho que los pactos sucesorios de institución o heredamiento también permanecen *restringidos al ámbito familiar*, toda

⁶⁹La posibilidad, naturaleza y alcance del pacto de renuncia son las resultantes de los artículos 224, 225 y 226 LDCG, donde en esencia se prescribe que la aportación fluye directamente de la atribución de algún bien o derecho, sin importar su consistencia o valor, y el consentimiento de, a cambio, quedar *excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante* (art. 224 y 225), e incluso del llamamiento intestado, si se pactase expresamente (art. 226).

⁷⁰ Es del todo impertinente en este lugar el debate acerca de si la nueva normativa gallega permanece en la línea tradicional de excepcionalidad y tipicidad de los pactos admisibles y siempre ceñidos al ámbito familiar, o si ha superado el contorno de los pactos de mejora y apartación entre ascendientes, descendientes y cónyuge para consagrar un principio general de admisión de la delación contractual sin restricciones, esto es, haciendo posible cualesquiera “pactos sucesorios entre extraños como una forma más de delación hereditaria”. Nos limitamos a reproducir la autorizada opinión de REBOLLEDO (2008, p. 907) a propósito del nuevo artículo 209 [Sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con la presente Ley son pactos sucesorios: 1. Los de mejora. 2. Los de apartación], en el sentido que “la admisión generalizada de los pactos sucesorios salvo que estén expresamente prohibidos *no es el principio general del derecho gallego, sino el contrario*: además del pacto de mejora y apartación, caben otros pactos sucesorios, siempre y cuando estén expresamente admitidos conforme a derecho. En mi opinión, tal es el principio interpretador del derecho gallego (art. 1.3 y 2.2) que no se opone, por tanto, a la aplicación supletoria del art. 1271 CC y sin que realmente se pueda decir que el derecho sucesorio gallego es un ordenamiento jurídico completo con sus propios principios que excluye la aplicación supletoria del CC, pues aunque el Título X de la Ley 2/2006 ciertamente supone un claro desarrollo de instituciones propias, está muy lejos de excluir la aplicación del CC en el ámbito del derecho de sucesiones”.

vez que el causante puede otorgarlos sólo con los sujetos que el legislador enuncia⁷¹, ya contengan “disposiciones a favor de los otorgantes, incluso de forma recíproca, o a favor de terceros” (art. 431-1 y 2). No hay, por el contrario, restricción alguna en lo concerniente al objeto del pacto (con tal de que no incluya renuncia atípica), pudiendo albergar todo tipo de cláusulas atributivas y aun “sujetar las disposiciones, tanto si se hacen a favor de ellos como de terceros, a *condiciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones*”, habilitando de este modo, la denominada vía indirecta –aunque, como dije, intrafamiliar- de favorecimiento y atención al pariente discapacitado.

Por lo demás, no deja de ser llamativo que el nuevo Código se haya ocupado de diversificar las eventuales *cargas y finalidades* determinantes, discriminación que no ha sido acogida con aplauso unánime por la doctrina catalana⁷². Nuestro interés, como es obvio, viene ceñido a dicha carga o modo, en cuanto posible cauce para el beneficio indirecto del discapacitado, pues, según el artículo 431-6.2 recuerda, “las cargas pueden consistir, entre otras, en el *cuidado y atención de alguno* de los otorgantes o de terceros”.

En particular, se reprocha a la nueva regulación que no especifique la consecuencia jurídica del incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido, resultando que, tratándose de institución de heredero, si pretende identificarse la desatención de la carga o modo con el incumplimiento de una condición resolutoria, acabaría chocándose frontalmente con el principio axiomático que el Derecho catalán sigue identificando con el carácter durable o irreversible del título de heredero (art. 423-12.1). De ahí, la obligada deriva de la contravención del compromiso en que la carga consiste hacia las normas concernientes al incumplimiento del modo, que permiten asegurar, mediante cauciones, el cumplimiento del mismo (art. 428-4.1)⁷³.

⁷¹ El retorno al *carácter necesariamente familiar* luce en la enumeración cerrada del nuevo artículo 431-2: “Puede otorgarse pactos sucesorios *solo con las siguientes personas*: a) El cónyuge o futuro cónyuge; b) La persona con quien convive en unión estable de pareja; c) Los parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad; d) Los parientes por consanguinidad en línea directa o en línea colateral, dentro del segundo grado, del otro cónyuge o conviviente”.

⁷² Artículo 431-6. *Cargas y finalidad del pacto sucesorio*. “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.”

La distinción proviene del texto proyectado y de la pretensión de dar seguridad a los presupuestos de la resolución, aunque no se haya alcanzado el objetivo: “En nuestra opinión, *no cabe distinguir* entre carga y finalidad como dos categorías opuestas, porque siempre la imposición de una carga responde a una finalidad y pretender una finalidad no siempre se hace por medio de una carga. Así cuando se dice que la carga impuesta (al heredero, por ejemplo) puede consistir en cuidar a alguien (al causante, por ejemplo), en realidad se está diciendo que la finalidad del pacto sucesorio es el cuidado y atención del causante; es decir, que en el fondo la carga funciona como un medio para conocer la finalidad del pacto”: Martín GARRIDO MELERO (2008), *Notas de concordancia y críticas al Código Civil de Catalunya, Libro IV, relativo a sucesiones* (Ley 10/2008, de 10 de julio), La Notaría, Madrid, p. 292.

⁷³ El obstáculo no existe si la carga acompaña a una disposición particular o legado, en opinión de DEL POZO / VAQUER / BOSCH (2009, p. 313): “en cambio, sí sería posible en el caso del pacto sucesorio de atribución particular, por aplicación del arto 427-11.1, que permite ordenar un legado bajo condición resolutoria (la

En lo que a *la finalidad* respecta, el propio precepto (art. 431-6.2) advierte que puede consistir “en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional” y que, para que adquiriera relevancia de motivo causalizado, *necesita constar explícitamente* en el pacto, debiendo asimismo dejarse constancia expresa de “las obligaciones que las partes asumen a este efecto”.

Finalmente, es oportuno advertir cómo el nuevo artículo 424 catalán diversifica la *fiducia sucesoria* en una modalidad privilegiada que concierne al *cónyuge o conviviente* de hecho frente a la que puede encomendarse asimismo a *dos parientes* próximos del causante, previendo que en todo caso comporta la facultad de instituir o distribuir entre los hijos o descendientes designados genéricamente por el causante y que, si no se llevara a cabo la encomienda, “se defiende la herencia a los hijos por partes iguales, y en el lugar del premuerto entran sus descendientes por estirpes”.

La diferencia más relevante para nuestro interés estriba en que mientras “*el cónyuge o conviviente puede imponer siempre las condiciones, las limitaciones de disponer y las sustituciones que estime oportunas*, si los favorecidos con estas son hijos o descendientes del testador” con tal de que no contraríen su voluntad, los parientes comisionados sólo pueden establecer las que el testador hubiere autorizado positivamente (arts. 424-1 a 6)⁷⁴.

4.- Islas baleares (y comunidad valenciana): legítima corta y variable⁷⁵

También el ordenamiento balear conceptúa la legítima como un valor patrimonial a cargo de la herencia relicta, si bien la mallorquina y menorquina sigue configurándose como *pars bonorum* o derecho a una parte de los bienes relictos, mientras que para Ibiza y Formentera la misma legítima adquiere la consideración de *pars valoris bonorum*, por cuanto atribuye el derecho a obtener una cuota del valor hereditario líquido, pero quedando afectos a su pago todos los bienes de la herencia.

No cabe duda de que la primera de las conceptuaciones, abstracción hecha de las determinaciones cuantitativas, se muestra capaz de dificultar seriamente cualquier ordenación voluntaria de la sucesión mallorquina, ya fuera en la perspectiva tradicional de traspaso generacional de la empresa familiar, ya sea con el nuevo objetivo de aplicar el máximo de recursos hereditarios al servicio y cuidado de los miembros más vulnerables.

aplicación de este precepto es posible gracias a la remisión genérica que a la regulación de los legados hace el art. 431-30.5”.

⁷⁴ Para el primer detalle, DEL POZO / VAQUER / BOSCH (2009, pp. 125-131).

⁷⁵ ILLES BALEARS: [Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares](#) (BOIB, 2 octubre 1990). COMUNIDAD VALENCIANA: [Anteproyecto](#) (24 julio 2009) de *Ley de Sucesiones por causa de muerte*, disponible en <http://www.notariosregistradores.com/PROYECTOS/proyectos%20concretos/valencia-sucesiones.htm> (consulta: 10 septiembre 2010).

No es extraño, por tanto, que la propia decantación de esa naturaleza jurídica de la legítima se haya erigido en caballo de batalla entre los estudiosos de las islas⁷⁶, si bien, en lo que aquí concierne, podemos sobreeserlo tras un par de observaciones de contexto. La primera, para recoger la constatación de que, tal y como mayoritariamente se dibuja, la legítima mallorquina no sólo se aproxima sino que puede superar en rigidez a la versión relativamente inflexible del Código civil que, además y a su forma, cuenta a su favor con el remozamiento experimentado gracias a la Ley 41/2003⁷⁷; la otra, para subrayar el carácter obsolecente de la normativa en cuestión y la dilatada expectativa de renovación a cargo del parlamento autonómico⁷⁸.

Por lo que respecta a la cuantía de la legítima de los descendientes, el porcentaje, común a todas las islas, deviene *variable en atención al número de los hijos* del causante, entre una *tercera parte* del haber hereditario, si fueren cuatro o menos, y *la mitad*, si los vástagos llegan a cinco o sobrepasan ese número (art. 42). Algo semejante proyecta hacer la Comunidad de Valencia, aunque sirviéndose de porcentajes diversos y siguiendo la estela de su propia tradición (hasta dos hijos, legítima de un *cuarto*; a partir de los tres, de un *tercio*)⁷⁹.

⁷⁶ En efecto, tras asegurar que la “Compilación remarca el carácter de «pars bonorum» de la legítima en la sucesión de causantes de vecindad mallorquina y menorquina, acercándose a la concepción que de la misma tiene el Código civil, e incluso, como se verá, acentuando sus caracteres, sin aceptar las atenuaciones que admite este último cuerpo legal”, e intercalar el parecer de VERGER GARAU, en el sentido de que esa inflexibilidad puede resultar fatal incluso para la transmisión de las empresas familiares, se viene a concluir que dichos “*vaticinio y previsión, desgraciadamente se han cumplido: la rigidez de la Compilación en esta materia ha dificultado seriamente y seguirá dificultando soluciones deseadas, en muchos casos, por los testadores para el adecuado destino de su patrimonio*”: Jaime FERRER PONS (1980), “Comentario a los artículos 46, 47 y 48”, *Comentarios al Código Civil, Tomo XXXI, Vol. 1º: Artículos 1 a 63 de Compilación de Baleares*, pp. 641-642 y 726-727; disponible en <http://vlex.com/vid/legitimas-64121579#ixzz13s0MZcwR> [consulta: 10 septiembre 2010].

Con todo, dichas rigideces parecen suavizarse si se observan las posibilidades de pago en metálico, toda vez que – escribe LEÑA (1997, pp. 131-132)- “el heredero contractual nombrado, si fuere universal, podrá pagar esta legítima en metálico hereditario o extrahereditario a sus hermanos, bien porque así lo haya dispuesto el donante (art. 48 para Mallorca) o bien porque el instituyente no lo haya prohibido (arts. 81 y 82 para Ibiza y Formentera, que configura la legítima como una *pars valoris*”); o, como se ha precisado en la glosa del artículo 48, “[s]e trata de un crédito contra el o los herederos, de origen legal que supone al conversión de la legítima ‘pars bonorum’ en ‘pars valoris bonorum’, en el momento del pago, cual si fuera una dación en pago o una obligación facultativa. Todo ello a diferencia de la legítima catalana, que en su origen es ya un simple crédito” Antonio CANALS PRATS (2004), “La legítima en los Libros I y II”, en FERRER VANRELL, M^a Pilar (Coord.), *Lecciones de Derecho Civil balear*, Palma, p. 442.

⁷⁷ La inflexibilidad de partida había sido destacada en las críticas al sistema mallorquín, como muestran las opiniones aludidas en la nota precedente. Ahora corresponde remarcar que la insensibilidad, a los relativos avances de la Ley estatal 41/2003, se impone por el juego de la competencia legislativa de la Comunidad balear sobre su propio Derecho civil y la falta de actuación al respecto del Parlamento autonómico.

⁷⁸ Además de la enumeración de las “sólo 24 sentencias civiles” (cuatro de ellas, por cierto, relativas a renuncia a legítima y sucesión contractual) que ha dictado el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en los últimos veinte años, COCA (2010, pp. 188 y 196-199) ofrece una síntesis autorizada de los sucesivos impulsos prelegislativos que conforman el horizonte normativo balear.

⁷⁹ Según el texto valenciano (anteproyecto de Ley valenciana de sucesiones, fechado a 24 de julio de 2009, coincidiendo con la aprobación por el gobierno autonómico), “[l]a legítima de los hijos y descendientes será de una *cuarta parte* del valor del patrimonio relicto si el número de hijos es *uno o dos* y de una *tercera parte* del mismo si el número de hijos es de *tres o más*, sin perjuicio de las normas aplicables a los discapacitados” (art. 125), precisando de inmediato que “[e]l *crédito legitímario* de los hijos o descendientes *discapacitados* ... consistirá en un

Centrados en el Derecho civil balear y ceñidos a la vertiente instrumental que venimos explorando, en seguida se observa que la normativa en vigor ofrece dos regulaciones ligeramente diversas de los pactos *positivos o de institución*. A saber: la *donación universal* de bienes presentes y futuros, que confiere al donatario la cualidad (irrevocable) de heredero contractual y le transmite los bienes presentes, específica de Mallorca (art. 8), pero frontalmente rechazada en Menorca (art. 65); y los *pactos sucesorios*, otorgables en escritura pública o en capitulaciones matrimoniales (*espolits*), que obtienen regulación como tales capítulos en el artículo 72 para Ibiza y Formentera.

Pues bien, tanto la donación universal mallorquina como los pactos sucesorios pitiusos, resultan especialmente propicios para instrumentar la protección patrimonial, directa o indirecta, del descendiente discapacitado, toda vez que, según se expresa en sede de dichos pactos, *“pueden contener cualesquiera disposiciones mortis causa, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan”* (art. 72.2; y, con ligeras variantes en la formulación, el art. 13 relativo a la donación universal mallorquina).

Por otra parte, el artículo 73 del propio texto refundido balear se detiene a especificar (en paralelo con las previsiones de la ley 177 FNN) que la disposición paccionada puede quedarse en ‘simple llamamiento’ o conllevar la *transmisión inmediata de los bienes concernidos* (transmisión de presente que aparece como natural en la donación mallorquina: art. 8); aparte de que puede dejarse encomendada su concreción, si se prefiere, a un fiduciario, *“delegando en el cónyuge la facultad de ordenar la sucesión”*⁸⁰. Por lo demás, también en Mallorca y Menorca puede operar la fiducia sucesoria en términos similares, aunque bajo la denominación de *heredero distribuidor* (arts. 18 a 23 y 65), que el espíritu de la ley parece dejar ceñido al cónyuge del causante, aunque

capital o pensión alimenticia que les permita cubrir sus necesidades del modo como lo eran antes del fallecimiento del causante conforme a las nuevas circunstancias de la familia, sin que se supere, por cada hijo discapacitado, el límite de una cuarta parte del valor del patrimonio relicto, aunque con ello se supere el límite del valor de la legítima de los hijos y descendientes establecido en el artículo anterior” (art. 126). Los preceptos ulteriores están dedicados a la concreción de este tratamiento específico de dicho crédito legitimario.

Previamente el propio diseño valenciano deja establecido que “la intangibilidad de la legítima se entiende sin perjuicio de los gravámenes que sobre ella puedan resultar de la satisfacción de los derechos también legitimarios del cónyuge viudo y de los hijos discapacitados” (art. 109.II), aparte de que el artículo 63 prevé el denominado *pacto de definición*, disponiendo que “el causante y alguno, algunos o todos sus legitimarios *podrán convenir en la extinción de la legítima y de todo cuanto por ella y sus demás derechos sucesorios* puedan reclamar éstos en la herencia de aquél *en consideración a alguna donación o atribución patrimonial* que el propio causante o una tercera persona les hubiera hecho con tal finalidad”.

⁸⁰ El carácter *estrictamente conyugal* de esta fiducia resulta obligado conforme a la letra del artículo 71: *“Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre sus descendientes comunes. / La designación de fiduciario, así como los actos de éste en cumplimiento del encargo, deberán constar en testamento o en escritura pública. La ejecución del encargo hecho por acto inter vivos será irrevocable”*. Con todo, en el término ‘cónyuge’ ha de considerarse ya incluido al miembro de la pareja, a partir de la equiparación sucesoria que ha dispuesto el artículo 13 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables (BOIB, 29 diciembre 2001): *“Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo”*.

determinada doctrina propugna que pueda desempeñar el cargo cualquier persona física o jurídica con capacidad para ser heredero⁸¹.

En el Derecho balear, es sabido que el pacto sucesorio de renuncia (*onerosa*) o apartación se conoce con el nombre de *diffinitio* o *definición*⁸², que se disciplina singularmente para Mallorca y aparece rebautizado como *finiquito*⁸³ en la regulación específica de Ibiza y Formentera (arts. 50 y 51, y 77); sin que ninguna de dichas fórmulas pueda alcanzar vigencia en Menorca (art. 65).

5.- Resto del Estado español (y del País Vasco): legítima larga aunque ‘tangible’

Abro este último epígrafe o escalón, básicamente, con la finalidad de completar el dibujo panorámico de la escala de posibilidades que los ordenamientos españoles ofrecen en orden a la protección patrimonial de la discapacidad. Se trata, por tanto, de un apartado residual en este contexto expositivo, pese a que, desde el punto de vista

⁸¹ Francisca LLODRÀ GRIMALT (2004), “El heredero distribuidor”, en FERRER VANRELL, M^a Pilar (Coord.), *Lecciones de Derecho Civil balear*, Palma, p. 332: “Se entiende por distribuidor, en sentido vulgar, el delegado por parte del causante, un tercero en la sucesión, para elegir heredero y/o distribuir los bienes. Pero en nuestra Compilación, el distribuidor es llamado heredero, con lo cual decimos que esta institución se produce cuando el testador delega, en su heredero (el distribuidor), la facultad de elegir heredero (fideicomiso de elección) y/o de distribuir los bienes adquiridos (fideicomiso de distribución), libremente o con las condiciones que él establezca, entre una o varias personas que forman parte de un grupo determinado de parientes del propio testador y/o del heredero distribuidor”. Como favorable a la inteligencia restrictiva al cónyuge cita a COCA (2003), Lección pronunciada en el Curso universitario de Derecho civil balear, el 10 enero 2003.

⁸² Artículo 50: “Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación atribución o compensación que de éstos reciban o hubieran recibido con anterioridad”. Según vimos en nota previa, también la propuesta valenciana de regulación nomina pacto de definición al de renuncia de legítima u otros derechos sucesorios (art. 63). Por lo demás, el énfasis puesto en la transcripción pretende subrayar cómo la letra del precepto –al igual que la glosa doctrinal del mismo– vierte hacia la onerosidad: “Mi opinión se inclina a favor de la onerosidad. Si la renuncia pura y simple a la legítima ya deferida, o, dentro del marco general de los «pacta de non succedendo», una renuncia en compensación a la legítima o a la herencia futura, son supuestos claros de negocios jurídicos lucrativos, parece evidente que la «definición» no encaja en ninguna de estas clases de negocios, y la previa donación o ventaja son elemento básico de la institución, y que en contemplación (como literalmente cuida de precisar el art. 50 de la Compilación) a tales donación o ventaja se otorga la «definición». No parece una interpretación desacertada, entender que «en contemplación» significa en contraprestación, en atención o como consecuencia de la donación o ventaja recibida por el hijo que otorga la «definición» (FERRER, 1980, p. 772).

La onerosidad de la definición mallorquina, por la que parece inclinarse también la jurisprudencia (STSJIB de 28 mayo 1992 [RJ, 1993\430] y de 20 diciembre 2001 [RJ 2002\2387]), no resulta asumida pacíficamente por la opinión doctrinal. La puntualiza, por ejemplo, M^a Pilar FERRER VANRELL (2004), “La *diffinitio*”, en *Lecciones de Derecho Civil balear*, Palma, p. 456: “... aunque el art. 50 califique a la *diffinitio* de ‘pacto sucesorio’, estamos ante otro tipo negocial. El pacto es un negocio jurídico bilateral, recepticio, atributivo y causal. La renuncia, por el contrario, es un negocio unilateral, abstracto, dispositivo pero no atributivo”. Y antes: La atribución patrimonial existirá, se otorgue o no ‘renuncia’, ya que ésta es potestativa y no obligacional...se otorgue o no *diffinitio*, el anterior negocio (o resultado lucrativo del mismo) es válido y eficaz. En cambio el negocio de *diffinitio*, *stricto sensu*, no existe si no existe su presupuesto negocial.

⁸³ Artículo 77. “Por el *finiquito* de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquél”.

de su vigencia numérica, sea el más extendido en territorio estatal y en el interior del País Vasco.

Por otra parte, debido a la selección institucional que convencionalmente delimita esta exposición –ámbito de libertad dispositiva y cauces de ordenación de la sucesión– no puedo omitir la referencia a otra frontera que viene a multiplicar la compartimentación del País Vasco en general y singularmente del Territorio Histórico de Gipuzkoa. Quiero decir que no faltan los avecindados guipuzcoanos que pueden obviar parcialmente el sistema codificado de legítimas y el consiguiente respeto a la proximidad de grado⁸⁴ así como servirse de instrumentos de ordenación sucesoria proscritos en el Código civil (testamento mancomunado, pactos y fiducia sucesoria), con tal de que posean vecindad civil en Gipuzkoa y sean titulares de un caserío sito en dicho Territorio Histórico⁸⁵.

En particular y si ese fuera el deseo del disponente aforado, puede conseguir, utilizando los medios que le ofrece su estatuto sucesorio, dar mejor satisfacción a su personal diseño de la sucesión en beneficio del legitimario discapacitado, recurriendo al testamento mancomunado o al pacto sucesorio⁸⁶. Además, a semejanza de otros sistemas, viene autorizado a dilatar temporalmente la designación sucesoria con la mediación del fiduciario-comisario por más que esa designación haya de recaer en el

⁸⁴ Pues el art. 156 LDCF se ha ocupado de precisar “que gozan de tal condición [legitimarios aludidos en el art. 154] todos los descendientes, incluso aquellos que desciendan de otro que pudiera concurrir a la misma sucesión”.

En orden a los límites legitimarios, los dos primeros números del artículo 154 LDCF viene a prescribir que, *si el causante dispusiere del caserío y sus pertenecidos en favor de alguno o, en proindivisión, en favor de algunos de los herederos forzosos* mencionados en los dos primeros números del artículo 807 del Código civil, el valor del caserío y sus pertenecidos *no se computará en el caudal que para el cálculo de las legítimas* determina el artículo 818 del propio Código civil (un diseño del que asimismo pretende servirse la Comunidad Valenciana para viabilizar la transmisión indivisa de la empresa familiar: art. 112 de su anteproyecto, rotulado ‘la empresa y el cálculo de la legítima’). “Esta sencilla solución tiene la virtualidad de alcanzar aquellas finalidades en la medida en que: primero, posibilita la transmisión indivisa del caserío al aislarlo del débito legitimario; su exclusión de la masa de cálculo de las legítimas lo transmuta a estos efectos (y sólo a ellos) en un objeto independiente y distinto del resto del patrimonio del *de cuius* y lo libera de toda afectación en orden a la satisfacción de aquéllas (aislamiento que la ley garantiza, además, mediante ciertas previsiones complementarias); y, segundo, incide mínimamente en el sistema legitimario del Código civil, pues las limitaciones que éste establece a la libertad de disposición por causa de muerte continúan gravitando (casi) invariablemente sobre el resto del patrimonio del causante”: Gorka GALICIA AIZPURUA (2010), “La sucesión forzosa en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho sucesorio*, dirigido por Carmen GETE-ALONSO, Thomson-Civitas, Pamplona (en prensa).

⁸⁵ Ese es el doble ámbito, personal y funcional (art. 150), en torno al que giran todas los instrumentos del Fuero tal y como quedó estructurado por *Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley 3/1992 del Derecho Civil del País Vasco en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa*. De la existencia de ese caserío en el caudal depende, para el guipuzcoano, la posibilidad de servirse del testamento mancomunado, de los pactos sucesorios o de la ordenación por comisario.

⁸⁶ Supuesto que el artículo 172 le autoriza para testar mancomunadamente con su cónyuge, de modo que pueden “ordenar la sucesión en el caserío a través de un solo instrumento, en el que además podrán disponer del resto de sus bienes”, el artículo 179 pone a su disposición para los mismos fines el “pacto sucesorio plasmado en escritura pública”, a través de cuya “designación sucesoria con transmisión de presente del caserío y sus pertenecidos confiere al sucesor la titularidad del mismo *con las limitaciones pactadas*” (art. 181).

propio cónyuge o pareja inscrita⁸⁷. Sin embargo, no es seguro que el sistema guipuzcoano, que desde luego permite atribuir *directamente* el caserío excluido del cómputo legitimario al propio descendiente discapacitado (incluso saltando grado), pueda ser utilizado para *beneficio indirecto* de este mismo discapacitado, por ejemplo, adjudicándosele a otro u otros de sus legitimarios precisamente con la carga de cuidar y atender al discapacitado⁸⁸.

Ahora bien, la organización de la transmisión *mortis causa* por parte de todos los demás guipuzcoanos que no llenen los requerimientos del Fuero es obvio que no conoce otros cauces de disposición ni otro ámbito de libertad dispositiva que aquellos que el Código civil tiene preestablecidos para el resto del Estado. Lo mismo, exactamente, cabe decir para la inmensa mayoría de los alaveses, no concernidos ni por el propio Fuero de Ayala ni por el Fuero vizcaíno; y, matizadamente, para casi la mitad de los vecinos de Bizkaia, por cuanto el estatuto sucesorio peculiar de los no infanzones no supera la vertiente formal de los cauces de ordenación, o sea, la posibilidad de testar mancomunadamente y la de servirse del testamento por comisario que les reconoce el artículo 13 LDCF.

Llegados a este punto, considero que estamos al borde de las posibilidades e instrumentos cuya ponderación, desde la óptica del Código civil retocado por la Ley 41/2003, ha sido encomendada a otros ponentes; evidencia que justifica mi tránsito a una mínima reflexión conclusiva.

IV. A LA MANERA DE CONCLUSIÓN

La Ley estatal 41/2003, *debilitando la expectativa legitimaria* estricta, se ha decidido a dejar expedita la eventual *imposición testamentaria del pater*. La reforma ha optado por reforzar el *principio de autoridad*, habilitando el cauce de la que –así podemos llamarla– *expropiación de derechos legitimarios por causa de utilidad familiar o por concurrencia de un interés más necesitado de protección*. Por otra parte, el esquema sugerido por el legislador (sustitución fideicomisaria) elige la denominada *vía directa* o de atribución de la *titularidad de los bienes* hereditarios al descendiente discapacitado.

Como es lógico, dicha opción legislativa, *aparte de que choque con la fórmula* más habitual de manifestación *post mortem* de la solidaridad familiar y fraternal (son los hermanos los que, en la mayor parte de los casos, hacen frente al cuidado del

⁸⁷ La limitación al cónyuge es la que resulta del tenor del artículo 164 LDCF (*el causante podrá encomendar a su cónyuge la designación de sucesor en el caserío y sus pertenecidos pudiendo también comprender el encargo el resto de su patrimonio*), pero la extensión al miembro de la pareja inscrita viene impuesta por el artículo 9 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

⁸⁸ En principio y en el estado actual del Fuero de Gipuzkoa, dicha utilización encontraría el escollo que representa el blindaje preceptuado en el artículo 161.1 LDCF: “Si el causante dispusiere del caserío y sus pertenecidos en la forma prevista en el artículo 154, *no podrá imponer sobre el mismo limitación o carga de ninguna especie*, a excepción de las contempladas en los artículos anteriores y de las que en su caso estableciere ateniéndose al uso y costumbre del lugar”.

incapacitado), es evidente que *intensifica el riesgo* para la convivencia familiar y el peligro de tensiones intrafamiliares. Así las cosas, parecería que la mejor forma de rebajar las tensiones y dar cauce a la experiencia benéfica se identifica con *la vía contraria*, aunque, según nuestro Código, *de dirección prohibida*.

El sistema 'francés' tiene a su favor el acierto de no haber insistido en aquella vereda autoritaria o expropiatoria. Al contrario, se ha decidido por explorar el camino de la *autonomía de la voluntad y del convenio* intrafamiliar; una imagen, quizás demasiado bucólica, que en seguida suscita la adhesión del observador.

Mas cuando se dimensiona el verdadero papel que el Código francés reserva a la fórmula paccionada, no puede por menos de subrayarse la *concentración en los aspectos 'blandos' o vertiente negativa* de los pactos sucesorios, esto es, en la permisión de la renuncia por parte de otros descendientes en orden a una discriminación hereditaria positiva del consanguíneo discapacitado.

La de nuestros Derechos civiles territoriales, en cambio, es otra orientación y obedece a otra historia. Sobre todo, en cuanto a la profundidad del arraigo de la libertad dispositiva; amén de que en ellos, la autonomía de la voluntad vierte a ambos niveles. Cabe, por supuesto, el *pacto de renuncia*, en ocasiones, con tintes onerosos; pero cabe también y antes que nada, el *pacto de institución*, heredamiento o mejora y, siquiera en los sistemas de cabeza (Ayala y Navarra), con tanto margen que torna innecesaria, superflua o meramente formal la renuncia de los no instituidos, porque la propia libertad sólo se entiende plena acompañada de la facultad de apartamiento, incluso, tácito.

Por otra parte, el esquema 'foral' surte un atractivo más, en la medida en que parece propiciar, no sólo o no tanto la *vía directa* de una burda concentración de la titularidad patrimonial en cabeza del propio discapacitado, sino que el esquema paccionado (incluida fiducia y acaso testamento preventivo) permite potenciar la denominada *vía indirecta*, bajo la fórmula de institución hereditaria al descendiente más capacitado para dirigir la explotación pero con la expresa imposición del modo o carga de atender integralmente a los miembros más desprotegidos de la familia. Como excepción, los indicados sistemas sobresalientes no limitan ni la propia institución ni el desempeño de la fiducia al círculo familiar más próximo; falta de constricción que, para nuestro caso, ofrece expedito el recurso a la institución o a la designación de la persona más idónea (aunque fuere extraña o jurídica) para el cuidado futuro del descendiente discapacitado.

Pero conviene no llamarse a engaño. Por una parte, también el pacto es (funciona como) cauce de *imposición de jerarquía familiar* y, por otra, no existen fórmulas mágicas meramente privadas capaces de *garantizar* la atención plena de los discapacitados.

V.- REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia (2010), "Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación", en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, Cap. XII, pp. 555-602.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor (1999), *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria.
- BELLO JANEIRO, Domingo (2001), *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid.
- CANALS PRATS, Antonio (2004), "La legítima en los Libros I y II", en FERRER VANRELL, M^a Pilar (Coord.), *Lecciones de Derecho Civil balear*, Universitat de les Illes Balears, Palma.
- CELAYA IBARRA, Adrián (1997): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XXVI, *Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*, Edersa, Madrid. También disponible en <http://vlex.com/source/759>.
- COCA PAYERAS, Miguel (2010), "Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 54, vol. 2, pp. 184-202.
- CONSELL CONSULTIU (2004), *Dictamen del ... de la Generalitat de Catalunya* núm. 252/2004, disponible en <http://www.cconsultiu.cat/servlets/generaPDF?iddict=D252&idlleng=1> (consulta: 15 septiembre 2010).
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2001), *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, Barcelona.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1942), *Derecho Civil de España*, Tomo primero, Editorial Casa Martín, Valladolid.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve (2009), *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona.
- DÍAZ ALABART, Silvia (Dir./2004), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/cap1/inicial.htm [consulta: 10 septiembre 2010].
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan (2007), "Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos", *InDret* 3/2007, 1-36 http://www.indret.com/pdf/455_es.pdf
- FERNÁNDEZ-HIERRO, María y FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta (2010), "Panorama legislativo actual de la libertad de testar", *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 19, pp. 17-80.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa (2006), *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código civil*, Comares, Granada.
- FERRER PONS, Jaime (1980), *Comentarios al Código Civil, Tomo XXXI, Vol. 1º: Artículos 1 a 63 de Compilación de Baleares*, disponible en <http://vlex.com/vid/legitimas-64121579#ixzz13s0MZcwR> [consulta: 10 septiembre 2010].
- FERRER RIBA, Josep (2008), "El nuevo derecho catalán de sucesiones", *InDret* 4/2008, Editorial, disponible en http://www.indret.com/pdf/editorial_es_4.pdf
- FERRER VANRELL, M^a Pilar (2004), "La diffinitio", en FERRER VANRELL, M^a Pilar (Coord.), *Lecciones de Derecho Civil balear*, Universitat de les Illes Balears, Palma.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka (2002), *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid.

- - (2010), "La sucesión forzosa en el País Vasco", en *Tratado de Derecho sucesorio*, dirigido por Carmen GETE-ALONSO, Thomson-Civitas, Pamplona (en prensa).
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio (2007), "Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por J. Pérez de Vargas Muñoz, Madrid, La Ley, pp. 113-180.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2000), "El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, pp. 1397-1482.
- GARRIDO MELERO, Martín (2008), *Notas de concordancia y críticas al Código Civil de Catalunya, Libro IV, relativo a sucesiones* (Ley 10/2008, de 10 de julio), La Notaría, Madrid.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (2010), "[¡Por fin, hacia un Derecho Civil Vasco!](#)", en Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (Coord.), *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Difusión jurídica, Madrid (en prensa), pero ya disponible en http://www.derechocivil.ehu.es/s0125-con/es/contenidos/informacion/publicaciones/es_publicac/adjuntos/gil2010-HaciaDerechoCivilVasco.pdf.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SANCHEZ, José Javier (1993): "Prólogo" a la *Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*, en el volumen *Compilaciones Forales*, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 833-848.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire (2006), *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*, Madrid, Marcial Pons.
- - (2010), "El pacto sucesorio en los ordenamientos civiles autonómicos vascos", Auñamendi Eusko Entziklopedia, <http://www.euskomedia.org/aunamendi/152182/137371> [consulta: 10 septiembre 2010]
- LARENA BELDARRAIN, Javier (2010), "Los pactos sucesorios como instrumento para la protección del patrimonio de los discapacitados", en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, Capítulo XV, pp. 695-707
- LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael (1997), *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, Consejo General del Notariado.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco (2010), "Análisis de las disposiciones testamentarias favorables al discapacitado y/o incapacitado: el recurso al pago de la legítima y/o porción hereditaria. La mejora y/o la libre disposición sus diversas variantes. La situación protectora del incapacitado en concurrencia con la institución del heredero modal y condicional", en Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Capítulo X, Madrid, Dykinson, pp. 465-467.
- LLODRÀ GRIMALT, Francisca (2004), "El heredero distribuidor", en FERRER VANRELL, M^a Pilar (Coord.), *Lecciones de Derecho Civil balear*, Universitat de les Illes Balears, Palma.
- MARTÍN CALERO, Carlos (2007), *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (1987), *Comentarios al Código Civil, Tomo XXXIV - Vol. 1º. Artículos 89 a 118. Compilación de Aragón*, disponible en <http://vlex.com/vid/renuncia-legitima-261210> [consulta: 10 septiembre 2010].
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2009), "Legítima material y legítima formal", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 49, (Ejemplar dedicado a: Curso 2008/2009), pp. 493-560.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles (2009), "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat (2006), *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid.

- - (2008), “Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el Derecho francés”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 710, pp. 2485-2502.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis (2008), “Comentario a los artículos 209-227 y 238-252”, en Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 905-984 y 1015-1099.
- - (2010), “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, en Ángel Luis REBOLLEDO VARELA (Coordinador), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, Capítulo introductorio, pp. 23-41.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José (2009), *Derecho de sucesiones. Común y foral*, Madrid, Dykinson, Tomo III, 4ª edición.
- ROCA GUILLAMÓN, Juan (2004), *La protección de los mayores en el Derecho civil*, Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia
- SALINAS QUIJADA, Francisco (1983), *Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro*, Vitoria, Diputación Foral de Álava
- SERRANO GARCÍA, Ignacio (2008), *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid.
- URIARTE LEBARIO, Luis M^a de (1912), *El Fuero de Ayala*, Hijos de M. G. Hernández, Madrid. [Existe 2ª edición (1974), con introducción de Antonio María de Oriol y Urquijo, Diputación Foral de Álava, Vitoria]
- URRUTIA BADIOLA, Andrés (2007), “Discapacidad y derecho foral vasco”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 12, pp. 159-176.