

# Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción \*

(Aproximación desde el Derecho de sucesiones catalán)

**SUSANA NAVAS NAVARRO**  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Barcelona

## RESUMEN

*Dado que el legislador catalán ha apostado, en la modificación que ha llevado a cabo del Derecho de sucesiones, por los pactos sucesorios como instrumento de planificación sucesoria para la empresa familiar, en el presente trabajo se comparan éstos con el testamento, como otro posible negocio jurídico con el que organizar el relevo generacional en la referida empresa, haciéndose desde la perspectiva de los costes que para la misma y para el causante puede conllevar el decantarse por uno u otro modelo jurídico-sucesorio mortis causa. Las conclusiones a las que se llega no resultan especialmente en sintonía con la voluntad del legislador autonómico. A su vez, se aprovecha la tesitura para hacer una breve referencia a los pactos sucesorios de atribución particular, los cuales parecen equipararse a los legados otorgados en testamento.*

## PALABRAS CLAVE

*Testamento, pacto sucesorio, costes de transacción, empresa familiar, causante, heredero.*

---

\* Este estudio, que se enmarca en el proyecto de investigación «Grup de dret civil català» (2009 SGR 221), constituyó la ponencia presentada en la Jornada «L'autonomia de la voluntat i el Dret de successions», celebrada en Barcelona el día 30 de abril de 2010, y dirigida por la Dra. Esther Arroyo i Amayuelas. Agradezco las observaciones que realizaron los Profs. Santiago Espiau Espiau, catedrático de derecho civil (UB), y Antoni Vaquer Aloy, catedrático de derecho civil (UdL), al hilo de la lectura del presente trabajo. Los errores que pudiera haber son sólo imputables a su autora.

## ABSTRACT

*One of the more noteworthy amendments implemented by the Catalan legislator is that concerning succession agreements. Said amendment sought, as one of its objectives, to ensure that these agreements recover their value as a legal instrument used in estate planning, particularly in cases where a generational change takes place within a family business. In this work, we compare from an economic perspective the succession agreements with the will, which is another legal tool for planning the succession within a family business: which costs the business and the deceased sought assume in each model of mortis causa succession. The conclusions of this study do not syntonize with the Catalan legislator point of view. On the other hand, a brief reference is made to the agreements of particular succession, which represent the equivalent of bequests in the testamentary succession.*

## KEYWORDS

*Will, inheritance agreements, transaction costs, family business, deceased, heir.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *La elección por el legislador: el pacto sucesorio en el que se instituye heredero (heretament) es preferente y, en algún caso, incompatible con el testamento.*—III. *La elección por el causante: la sucesión en la empresa familiar:* 1. Datos previos; 2. El patrimonio familiar ¿de la «casa» a la «empresa»?; 3. Los costes económicos de la celebración de pactos sucesorios; 3.1 Los costes de transacción y la elección del sucesor; 3.2 Los costes económicos derivados de la modificación por el causante de su voluntad; 4. Posibles negocios jurídicos «eficientes» para la sucesión en la empresa familiar; IV. *Los pactos sucesorios de atribución particular, ¿necesidad de su existencia?*—V. *Conclusiones finales.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las modificaciones más llamativa que ha realizado el legislador catalán, como es conocido, es la que tiene que ver con los pactos sucesorios (Preámbulo IV de la *Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones*<sup>1</sup>) y la misma ha perseguido, como una de sus finalidades, que estos recuperen su valor como instrumento jurídico para la

<sup>1</sup> «El règim dels pactes successoris és, sens dubte, la innovació de més volada que presenta el llibre quart respecte a l'anterior Codi de successions» (Preámbulo IV, DOGC núm. 5175, de 17 de julio de 2008, en adelante, será abreviada como Libro IV CCC).

planificación sucesoria, máxime cuando se trata de llevar a cabo el cambio generacional en la denominada empresa familiar<sup>2</sup>. En esta dirección, es afirmado por el propio legislador, el cual pone de manifiesto la obsolescencia de los capítulos matrimoniales: «*aquests pactes, com és sabut, eren el vehicle de transmissió intergeneracional dels patrimonis familiars, de base típicament agrària, per mitjà de la institució d'hereu únic convinguda en capítols matrimoniales. Malgrat la importància històrica dels heretaments, llur regulació, ancorada en una realitat socioeconòmica i una concepció de les relacions familiars pròpies d'una altra època, resultava més útil per a interpretar capítols matrimoniales antics que com a instrument de planificació successòria*» (Preámbulo IV). Por ello, el legislador, ha optado por desligar los pactos sucesorios del matrimonio, de la necesidad *ad solemnitatem* de otorgarlos en capítulos matrimoniales (art. 431-7 CCC) y amplía el ámbito de aplicación subjetivo, de suerte que puedan celebrarse pactos sucesorios no sólo entre los cónyuges o futuros cónyuges o sus ascendientes o descendientes, sino también entre miembros de uniones estables de pareja, entre parientes colaterales por consanguinidad y por afinidad (art. 431-2 CCC)<sup>3</sup>. De esta forma, se facilita que, mediante estos pactos, se organice la transmisión de la empresa

<sup>2</sup> Conocido es que no existe un concepto normativo de empresa familiar (ni siquiera los autores se ponen de acuerdo acerca de la definición de «empresa», *vid.* al respecto, PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> Luisa, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 27 ss.) y, además, dado lo heterogéneo del fenómeno es difícil ofrecer un concepto de la misma. De ello da cuenta el *Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*, que fue constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, de 12 de noviembre de 2001 (BOCG-Senado, VII Legislatura, serie I, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001, p. 25). En un intento de concreción, CERDÁ ALBERO, Fernando advierte que la empresa familiar es aquella que está bajo el control de una familia, lo que supone la posesión de la mayoría de los derechos de voto, la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración y la posibilidad de disponer, en virtud de acuerdos, de la mayoría de los derechos de voto («La empresa familiar: una noción relativa» en AA. VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 91-92). Desde la perspectiva de la gestión de la empresa familiar, se considera que tres son los aspectos que determinan que una empresa pueda ser calificada como «empresa familiar»: la propiedad o el control de la empresa, el poder que la familia ejerce sobre la empresa, normalmente por el trabajo desempeñado en la empresa por algunos de los miembros de la familia y la intención de transferir la empresa a generaciones venideras y su plasmación en la incorporación de miembros de esta nueva generación en la propia empresa (CASILLAS, José CARLOS/DÍAZ, Carmen/VÁZQUEZ, Adolfo, *La gestión de la empresa familiar*, Thomson, Madrid, 2005, pp. 6-7; STEIER, Lloyd P./CHRISMAN, James J./CHUA, Jess H., «Entrepreneurial Management and Governance in Family Firms: An Introduction», *ET&Practice*, verano 2004, pp. 295-303, p. 296).

<sup>3</sup> Acerca de otras modificaciones que el legislador catalán ha introducido en materia de pactos sucesorios, *vid.* BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric, «Els pactes successoris en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya», *RJC* 4/2009, pp. 953-982; EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, «El nou règim jurídic de la successió contractual», *RJC* 1/2009, pp. 9-58; PRATDESABA I RICART, Ramon, «La successió contractual en el nou Llibre IV del Codi civil de Catalunya» en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, pp. 151-181.

familiar<sup>4</sup>. Ésta será una de las cuestiones que trataremos, en este trabajo, abordándola desde una perspectiva económica (III).

Otra de las novedades que ha introducido el legislador en relación con los pactos sucesorios es la posibilidad de otorgar, en ellos, atribuciones particulares. A la regulación de los mismos dedica los arts. 431-29 y 431-30 CCC. Ésta será otra de las cuestiones que nos interesarán en este estudio, si bien no respecto de su análisis pormenorizado que la autora de estas líneas ya ha llevado a cabo<sup>5</sup>, sino en lo relativo a la necesidad de esta nueva figura jurídica (IV).

No obstante, antes de adentrarnos en estos dos extremos, centrales en nuestro análisis, conviene referirse a la alternativa que aparece en el título de este trabajo —«*Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios*»— ya que la misma evoca una doble perspectiva. En efecto, la primera perspectiva, es la del legislador. Éste, a la hora de regular la transmisión *mortis causa* del patrimonio de la persona física puede optar, sobre la base de que el art. 33.1 CE protege la propiedad privada y el derecho a la herencia como corolario de la primera<sup>6</sup>, como ha hecho el legislador catalán, por ofrecer al causante tres opciones: que disponga lo que tenga por conveniente, de forma unilateral, mediante testamento nombrando, en él, uno o varios herederos (sucesión testada, arts. 421-1 a 429-15 CCC), que pacte con otra (u otras) persona(s) quién (o quiénes) será(n) el heredero o

<sup>4</sup> Ya en el IX Congreso notarial español, que tuvo lugar en Barcelona, los días 12 a 14 de mayo de 2005, se propuso ampliar la libertad de organizar la sucesión por causa de muerte a los contratos sucesorios, los testamentos mancomunados y a los *trusts* como instrumentos jurídicos para planificar la sucesión en la empresa familiar [vid. la referencia en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «New Developments in the Spanish Law of Succession», *Indret* 4/2007. También alude a esta cuestión, ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Algunos instrumentos jurídicos —contractuales— para la conservación y continuidad de las empresas familiares colectivas. Su endeblez jurídica» en SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER/GARCÍA PÉREZ, ROSA (coords.), *Protección del patrimonio familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 216-256]. Otra cuestión es que la regulación jurídica de todos estos negocios jurídicos sea igualmente «eficiente», extremo éste al que nos referiremos más adelante.

<sup>5</sup> NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya», *Indret*, 1/2009.

<sup>6</sup> Conocido es que una de las discusiones que, desde el análisis económico del derecho, se hace, en relación con la herencia, es la que guarda relación con la distinción entre «*free inheritance*» y «*collective inheritance*» como decisión de política legislativa a la hora de adoptar un modelo económico-social [al respecto, vid. WAGNER, Richard E., «Inheritance» en BACKHAUS, Jürgen G. (ed.), *The Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham, UK, 1999, pp. 77-84] y si el primer modelo genera una mayor desigualdad en el reparto de la riqueza o no (JAGADEESH, Gokhale/KOTLIKOFF, Lawrence J./SEFTON, James/WEALE, Martin, «Simulating the Transmission of Wealth Inequality via Bequests» en KOTLIKOFF, Lawrence J., *Essays on Saving, Bequests, Altruism and Life-cycle Planning*, Massachusetts, 2001, pp. 133 ss. En relación con la transmisión de la riqueza a través de la sucesión *mortis causa* y la posible desigualdad que se pueda generar, vid. las atinadas reflexiones de BECKERT, Jens, *Inherited Wealth*, vertido al inglés por DUNLAP, Thom, Princeton University Press, 2008, pp. 167 ss.). Nosotros no vamos a hacer cuestión de ello aquí, puesto que, por un lado, traspasa los límites de este estudio y, por otro, porque el legislador tanto nacional como autonómico ya optó, en su momento, por un modelo sucesorio concreto.

los herederos (pacto sucesorio o sucesión contractual<sup>7</sup>, arts. 431-1 a 431-30 CCC) o que no establezca ningún tipo de disposición, en cuyo caso, la determina el propio legislador señalándole unos herederos (sucesión intestada, arts. 441-1 a 444-1 CCC). Centrándonos en la elección entre testamento o pacto sucesorio, que puede hacer el causante, el legislador debe precisar las relaciones entre ambas fuentes del título de heredero (art. 411-3 CCC, el cual alude incorrectamente a los «*fundamentos de la vocación*»), dando, en su caso, preferencia a una respecto de la otra, o también, en su caso, haciéndolas total o parcialmente incompatibles (art. 411-3 CCC), cuestión ésta que trataremos en el próximo epígrafe (II).

La segunda perspectiva, quizá, la más interesante, es la perspectiva del *causante*, la del sujeto de cuya sucesión se trata, el cual, en el derecho catalán, se encuentra ante las tres opciones antes vistas que le ofrece el legislador: primero, no hacer nada en relación con la transmisión de su patrimonio para después de su muerte<sup>8</sup>; segundo;

<sup>7</sup> El Preámbulo IV de la Ley 10/2008 alude indistintamente tanto a *pactos sucesorios* como a *sucesión contractual*. El Título III lleva por nombre «*La successió contractual i les donacions per causa de mort*». Seguidamente, el capítulo I aparece rubricado con «*Els pactes successoris*» y el art. 431-1 CCC, en sede de disposiciones generales, alude a «*pacte successoris*». El plural y el singular se van, posteriormente, alternando en la regulación de los pactos sucesorios (arts. 431-1 a 431-30 CCC), en función de que se haga una referencia *in genere* al pacto sucesorio en cuanto negocio jurídico (v. gr. cuando se refiere al concepto del mismo, aunque en realidad no se da ningún concepto, sino que se alude al contenido, art. 431-1.1 CCC, o cuando se indica su objeto, art. 431-5 CCC) o se menciona la diversificación del pacto sucesorio *in genere* en distintos pactos sucesorios, en cuyo caso, se empleará la expresión en plural (art. 431-1.2 CCC o art. 431-9.3 CCC). También se emplea la expresión «pacto sucesorio» para referirse a cada una de las disposiciones («pactos») que se contienen (v. gr. art. 431-8 CCC) y, finalmente, en cuanto documento (escritura pública) en el que se contienen dichas disposiciones (v. gr. art. 431-1.2 CCC. En este sentido, *vid.* EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El nou règim jurídic», p. 24). La expresión «*sucesión contractual*», aparte de su aparición fugaz en el encabezado del título III, no vuelve a hacer acto de presencia a lo largo del articulado. A nuestro modo de ver, el legislador catalán debería haber evitado emplear la referida expresión, por cuanto no todos los supuestos que se regulan, en el título III, lo son de sucesión contractual (*vid.* similares reflexiones en torno a esta expresión pero referida a los *heretaments* por MARSAL GUILLAMET, Joan en BADOSA COLL, Ferran, *Manual de dret civil català*, Barcelona/Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 730). En efecto, puede ser que el favorecido con la atribución no sea parte otorgante del pacto sucesorio (art. 431-1.2 o art. 431-29.1 CCC). De hecho, en el Código de Sucesiones (en adelante, CS) se evitó emplear la voz «*sucesión contractual*» (arts. 67 ss. CS). Por todo lo advertido, las expresiones «*pacto sucesorio*» o «*pactos sucesorios*» nos parecen más acertadas.

<sup>8</sup> Si el causante se decide por no hacer nada, de suerte que es la ley la que señala el sucesor, tendrá que asumir, lo que, desde el análisis económico del derecho, se denomina, *coste de oportunidad* [SCHÄFER, Hans-Bernd/OTT, Claus definen los «costes de oportunidad» de la siguiente manera: «*Los costes de un bien económico equivalen al lucro cesante que este mismo bien habría podido generar si alternativamente se le hubiese utilizado de la mejor manera posible*» (*Manual de análisis económico del derecho civil*, vertido al castellano por VON CARSTENN-LICHTERFELDE, Macarena, Tecnos, Madrid, 1991, p. 75)]: el coste que representa hipotéticamente el renunciar a la oportunidad de disponer él de sus bienes y atribuirlos a personas concretas; es, en definitiva, el coste de su pasividad. Este coste puede ser mayor o menor en función del mayor o menor grado de voluntad que el causante manifieste, por ejemplo, en el derecho catalán, mediante un codicilo *abintestato* (art. 421-20.1 CCC) o su voluntad expresada mediante testamento o pacto sucesorio coin-

hacer algo, esto es, disponer, y si decide disponer de sus bienes puede nombrar a uno o a varios sucesores a título universal y, para ello, goza de una opción: testamento o pacto sucesorio (art. 411-3.1 CCC). La opción por la que, a este respecto, se decante el causante, además de obedecer a motivaciones personales, internas y psicológicas, e incluso estratégicas<sup>9</sup>, tiene también una explicación económica y ésta, a nuestro entender, es especialmente significativa cuando nos referimos a la sucesión en una empresa familiar.

## II. LA ELECCIÓN POR EL LEGISLADOR: EL PACTO SUCESORIO EN EL QUE SE INSTITUYE HEREDERO (*HERETAMENT*) ES PREFERENTE Y, EN ALGÚN CASO, INCOMPATIBLE CON EL TESTAMENTO

El legislador ha establecido en el art. 411-3.3 CCC («*La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament*») la preferencia del pacto sucesorio en el que se instituye heredero, respecto de la sucesión testada, cuyo precedente es

---

cida con la sucesión intestada establecida por el legislador. Éste puede mediante una modificación legislativa reducir los costes de oportunidad como ha sucedido en Holanda, país en el que el legislador modificó las normas de la sucesión intestada en 2003 para adaptarlas a la presunta voluntad del causante, de suerte que no fuera necesario que éste otorgara testamento (REINHARTZ, B. E., «Recent Changes in the Law of Succession in The Netherlands: on the Road Towards a European Law of Succession», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1, <http://www.wjcl.org>). En efecto, en la práctica notarial holandesa se había constatado que se otorgaban testamentos para instituir al cónyuge como heredero; éste en la sucesión intestada heredaba después de los descendientes. Por eso, para que heredara en primer lugar, se otorgaba el testamento postponiendo a los hijos. El legislador ha atendido a esta manifiesta voluntad del ciudadano holandés y, consiguientemente, ha modificado las normas de la sucesión intestada, de manera que el primer heredero sea el cónyuge y no los descendientes. En este sentido, ya no es ni siquiera necesario otorgar testamento y, por tanto, no tienen que asumirse los costes económicos de dicho otorgamiento. Se trata, en definitiva, de una regulación jurídica eficiente que ahorra costes. De todos modos, un cierto coste de oportunidad siempre existirá porque siempre hipotéticamente se podrá plantear qué hubiera sucedido si se hubiera optado por designar directamente al sucesor (en relación con esta modificación legal, además del estudio anteriormente citado, *vid.* SONNEKUS, Jean C., «The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System», *ZEuP* 1/2005, pp. 76 ss.). En el caso de la sucesión en la empresa familiar, la no designación de un sucesor por el causante-fundador, y la dejación a la ley para que lo determine, mediante la sucesión intestada, puede conllevar que la referida empresa familiar acabe desapareciendo. En efecto, si el causante no manifiesta ninguna voluntad los posibles herederos deberán asumir, en su caso, el coste económico que representa la «fragmentación» del patrimonio hereditario (art. 1056,2 CCE), lo que según su composición puede resultar menos eficiente, que si se mantiene unido en manos de un heredero concreto. En efecto, deberán pechar con un nada desdeñable coste de oportunidad: el lucro cesante que se habría podido generar si se hubiera dispuesto de otro modo de los bienes para que produjeran una mejor y mayor utilidad.

<sup>9</sup> BERNHEIM, B. Douglas/SHLEIFER, A./SUMMERS, Lawrence H., «The Strategic Bequest Motive», *Journal of Political Economy*, 1985, vol. 93, n. 6, pp. 1045-1076; SHAVELL, Steven, «An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts», *Journal of Legal Studies*, vol. XX, junio, 1991, pp. 401-421.

el derogado art. 3.3 CS, el cual se expresaba con idéntico tenor literal. El precepto del CS provenía directamente del Anteproyecto de Código de Sucesiones de 1991<sup>10</sup>. Respecto de este último precepto —el art. 3.3 CS—, la mayor parte de la doctrina catalana ha venido sosteniendo que, el mismo postulaba la incompatibilidad entre la sucesión mediante pacto sucesorio (el *heretament*) y la sucesión testada, concretamente, entre el título de heredero cuya fuente era testamento y el título de heredero cuya fuente era el *heretament*<sup>11</sup>. Sin embargo, doctrina más reciente ha entendido que la norma del art. 3.3 CS, de hecho, lo que consagraba era la preferencia, que no la incompatibilidad, entre ambos títulos hereditarios. Esta preferencia era, a su vez, incompatibilidad material y jurídica cuando el causante disponía de todo su patrimonio mediante *heretament*. En cambio, en el tenor literal del CS, la compatibilidad material entre éste y el testamento, no se transformaba en incompatibilidad jurídica cuando, en el *heretament*, se disponía sólo de una cuota de la herencia<sup>12</sup>.

El Libro IV CCC ha optado por convertir la compatibilidad material en incompatibilidad jurídica. En efecto, el art. 431-23 CCC, al regular la eficacia revocatoria del *heretament*, establece, en su párrafo primero, que «*L'heretament vàlid revoca el testament, el codicil, la memòria testamentària i la donació per causa de mort anteriors al seu atorgament, encara que hi siguin compatibles*». Esta compatibilidad material a la que se refiere el precepto, en relación con la sucesión testamentaria, parte del supuesto en el que, en el testamento, el causante hubiera dispuesto de una cuota de la herencia pero no de toda ella y en el *heretament* posterior se dispusiera de la cuota de la que no dispuso en aquel testamento. Según el sentido literal del precepto, parece que siendo compatibles, dejan de serlo, de suerte que el *heretament* (parcial) revoca el testamento con la consecuencia de que seguirá existiendo una cuota de la herencia, aquella de la que se dispuso en testamento, que ahora se considerará como «no dispuesta». Así, por aplicación de

<sup>10</sup> Da noticia de ello, BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *El principio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Evolución y significado*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 115, nota núm. 219.

<sup>11</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan en BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual de dret civil català*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 587; PUIG FERRIOL, LUIS en PUIG FERRIOL, LUIS/ROCA I TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Dret de successions*, vol. III, 7ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 47; PUIG SALELLAS, Josep Maria, «Comentario al art. 3 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 22.

<sup>12</sup> BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *El principio*, pp. 115-118. Esta interpretación parece ponerse en entredicho con la redacción del art. 431-23 CCC (DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2009, p. 51).

la regla de la incompatibilidad jurídica de lo que es compatible materialmente, una cuota de la herencia pasa de tener un destino prefijado por el causante o a no tenerlo. Consiguientemente, el causante debe disponer con posterioridad (y de nuevo) de esa cuota en codicilo, memoria testamentaria, otro pacto sucesorio o donación (arg. ex art. 431-22.1 CCC) para que esa cuota, ahora vacante, tenga el destino que considere oportuno y no se incorpore al *heretament* (art. 431-28.2 CCC). Esta interpretación a la que aboca el art. 431-23.1 CCC va en contra claramente de la voluntad del causante, sobre la base de la incompatibilidad jurídica entre títulos sucesorios. Interpretación que se deriva del hecho de que el legislador catalán ha introducido, en este precepto, un inciso final que no aparecía en el art. 70.1 CS del cual trae causa. En efecto, el art. 70.1 CS sólo establecía, en su primera parte, que: «*l'heretament vàlid revoca el testament, el codicil, la memòria testamentària, la donació per causa de mort anteriors al seu atorgament*». Este precepto podía interpretarse como que se estaba refiriendo a la regla general, esto es, al supuesto en que en el testamento se hubiera dispuesto de toda la herencia y también se hubiera hecho lo propio en el *heretament*, en cuyo caso, éste revocaba a aquel. En cambio, cuando se había dispuesto de solo una cuota de la herencia no existía inconveniente en entender que la compatibilidad material conllevaba la jurídica<sup>13</sup>.

El art. 431-23.1 CCC no concilia bien con el hecho de que en el mismo precepto, el párrafo segundo, al aludir al *heretament*, éste se refiere a *toda* la herencia, al afirmar que: «*les disposicions per causa de mort posteriors a l'heretament només són eficaces si l'heretament era preventiu...*». Como es conocido, el *heretament* preventivo ostenta la función de evitar que el causante fallezca intestado, de suerte que si dispone de sus bienes, para después de su muerte, mediante testamento, éste tendrá preferencia respecto de aquél. Es decir, el legislador catalán parte de la base de que el *heretament* preventivo es universal, o sea, comprende todos los bienes de la herencia y no sólo una cuota de la misma. Esta universalidad, a nuestro entender, es también la referida, en el apartado primero del precepto que estudiamos.

Además, la redacción del art. 431-23-1 CCC resulta incoherente con el hecho de que, en cambio, sí se pueda, en un testamen-

<sup>13</sup> BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *El principio*, pp. 117-118. La doctrina admitía que el heredante hiciera una disposición de forma expresa, en un *heretament* posterior, y que el testamento anterior subsistiera total o parcialmente. Incluso que dicha voluntad se deduzca tácitamente del propio *heretament* [LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentario al art. 70 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 346].

to posterior, elegir al heredero del heredante, como precisa el art. 431-20.2 CCC al remitirse a los arts. 424-1 a 424-2 CCC, en sede de elección de heredero por el cónyuge o conviviente estable, o el art. 431-24.2 CCC en relación con la elección de un heredero al heredero, nombrado en el *heretament*, pero premuerto intestado, de entre los diversos hijos y descendientes de éste.

Por ello, el art. 431-23.1 CCC podría interpretarse en el sentido de que el *heretament* otorgado posteriormente –y que es revocatorio del testamento otorgado con anterioridad– debe ser un *heretament* de toda la herencia; mientras que, en el testamento que se revoca, se había dispuesto de una cuota de la herencia y por eso, en principio, era compatible, si bien deja de serlo al otorgarse un *heretament* que comprende todos los bienes de la herencia. Si, en cambio, el *heretament* comprende sólo aquella cuota de la herencia de la que no se dispuso en testamento, pensamos que debería mantenerse la compatibilidad material y jurídica, puesto que ello coincide con la voluntad del causante respecto al destino *mortis causa* de sus bienes. Esta interpretación, además, se apoya en el argumento legal consistente en que, en el art. 431-23.1 CCC, el testamento aparece nombrado junto al codicilo, a la memoria testamentaria y a la donación *mortis causa*, en los cuales, sólo se puede disponer de bienes concretos o de una cuota de la herencia, pero no de toda ella (arts. 421-20, 421-21 y 432-2.1 CCC). Luego, el legislador está partiendo efectivamente del supuesto de hecho, al referirse a la compatibilidad (material), en el que en las disposiciones por causa de muerte otorgadas con anterioridad al *heretament* sólo se ha dispuesto de una cuota de la herencia y, por eso, son susceptibles de ser compatibles, y en el *heretament* posterior se dispone de toda la herencia necesariamente (*heretament* universal), tiene el efecto revocatorio previsto en la norma.

Ahora bien, si el causante otorga un *heretament* y se reserva una serie de bienes para disponer con posterioridad, la disposición que haga de éstos sólo podrá tener lugar mediante codicilo, memoria testamentaria, pacto sucesorio o donación *mortis causa*, pero no mediante testamento (art. 431-23.2 en relación con el art. 431-22.1 CCC). Si no dispone, la cuota vacante se incorpora al *heretament* (art. 431-28.2 CCC). Por tanto, parece que la compatibilidad material y jurídica entre heredero contractual y testamentario se reduce en el Libro IV, ya que sólo será válida si el testamento disponiendo de parte de los bienes se otorgó con anterioridad al *heretament* y no lo será, en cambio, si el testamento se otorga con posterioridad al *heretament*, lo que nos parece que limita innecesariamente los cauces jurídicos por los que se puede expresar la voluntad última del causante. El hecho de que el art. 431-22.1 CCC haya admitido que

el heredante puede reservarse una *parte alícuota* de la herencia para disponer libremente, cosa que no hacía el antiguo art. 82.1 CS, del cual trae causa el precepto, impide mantener la interpretación de que el precepto hace referencia a un *heretament* universal total (de toda la herencia) y lo único que pretende el heredante es sustraer al mismo un bien o bienes concretos y singulares<sup>14</sup>.

Por otra parte, llama la atención la evolución sufrida en relación con este importante aspecto, pues del art. 78 CDCC que permitía que se dispusiera de la parte reservada mediante testamento, en el Libro IV CCC, a la incompatibilidad jurídica, aunque existiera la compatibilidad material. En definitiva, una restricción que hoy sólo se justifica por el mantenimiento a ultranza de los principios sucesorios del derecho catalán<sup>15</sup>.

Sea lo que fuere, lo cierto es que exista o no incompatibilidad jurídica, en la práctica ello tiene poca –sino nula– aplicación dada la ausencia de celebración de pactos sucesorios y, concretamente, de *heretaments* y, en cambio, el aumento considerable de testamentos. Hay que tener en cuenta que, en el CS, los *heretaments* sólo podían pactarse en capítulos matrimoniales (art. 67.1 CS) y la celebración de éstos, como demuestran las estadísticas, también ha descendido considerablemente<sup>16</sup>. En efecto, según el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, para el año 2007, se otorgaron, en Cataluña, 110.575 testamentos frente a 3.024 negocios jurídicos por razón de matrimonio y actos relativos a uniones o separaciones de hecho. Además, se da otro dato que lleva por título «Herencias», en total, 64.480, si bien no se conoce cual fue el fundamento sucesorio del título de heredero<sup>17</sup>. En definitiva, si a esos 3.024 documentos públicos se detraen los que tie-

<sup>14</sup> Interpretación ésta que hacía BOSCH I CAPDEVILA, Esteve en relación con el CS (*El principio*, pp. 117-118). LÓPEZ BURNIOL, Juan José era a este respecto más taxativo: «...diga lo que diga el art. 82-1 CS, el heredante sigue pudiendo disponer por testamento de los bienes reservados» [«Comentario al art. 82 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 372].

<sup>15</sup> Críticos en relación con el mantenimiento de dichos principios en el Libro IV CCC, vid. SALVADOR CODERCH, Pablo/LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentari a l'art. 411-3 CCC» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 71.

<sup>16</sup> De ahí que se haya pretendido hacer renacer a los capítulos, entre otras finalidades, para pactar herederos que continúen la empresa familiar que iniciaron sus ascendientes [LÓPEZ BURNIOL, Juan José, *La «resurrecció» dels capítols matrimonials (L'àmbit de l'autonomia de la voluntat en els contractes reguladors de la convivència)*, discurso de Ingreso como académico de número en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 30 de noviembre de 1999, Barcelona, 1999, pp. 46 ss.]. Recoge esta idea GORTÁZAR LORENTE, CARLOS, «Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo», *Nous reptes del Dret de família*, Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa, Girona, 2005, pp. 123 y ss.

<sup>17</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. IV, BOE, Madrid, 2008.

nen que ver con uniones estables de parejas, los que regulan separaciones de hecho, los que se limitan a pactar un régimen económico matrimonial o a disolver uno, además de aquellos en los que se establecen pactos en previsión de un futura ruptura, se constata que los *heretaments* desaparecen por desuso<sup>18</sup>. Dentro de la Unión Europea, en relación con el total de herencias deferidas, es España el país en el que se otorgan más testamentos (50%) frente a Italia (45%), Bélgica (10-15%), Francia (10%), Alemania (20%) e Inglaterra (33%)<sup>19</sup>.

Ello pondría de relieve, de entrada, la ausencia de interés (o, incluso, actualmente, el desconocimiento) por los pactos sucesorios a la hora de planificar, en vida, la transmisión sucesoria del patrimonio<sup>20</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva económica, ese comportamiento podría calificarse de perfectamente racional<sup>21</sup>.

### III. LA ELECCIÓN POR EL CAUSANTE: LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

#### 1. DATOS PREVIOS

Como hemos advertido al inicio de estas líneas, nos vamos a centrar especialmente en la sucesión de la empresa familiar por ser una de las razones que animaron al legislador catalán a dotar a los pactos sucesorios de una, en gran parte, nueva regulación. Los datos evidencian, en efecto, la existencia de un tejido industrial que está formado en esencia por empresas familiares que difícilmente llegan a la tercera generación. En España, según los datos aportados por el Instituto de la Empresa Familiar, se estima que existen unos tres millones de empresas familiares, lo que se corresponde con el 85% del total de empresas implantadas. Esto supone que dan empleo al 75% de los trabajadores (13.9 millones de trabajadores).

<sup>18</sup> LÓPEZ BURNIOL, Juan José ya apuntaba a estas conclusiones en el año 1990 [«Comentario al art. 67 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 330].

<sup>19</sup> Estos últimos datos son aportados por CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, «New Developments», *Indret* 4/2007.

<sup>20</sup> JOU MIRABENT, Lluís, «Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar» en GARRIDO MELERO, Martín/FUGARDO ESTIVILL, José Manuel, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 367 ss.; GIMÉNEZ BOU, EMILIO, «Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa» en GARRIDO MELERO, Martín/FUGARDO ESTIVILL, José Manuel, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 745-749.

<sup>21</sup> *Vid.* epígrafe III.3 de este trabajo.

Además, realizan, el 59% de las exportaciones españolas. El total de su facturación equivale al 70% del PIB español. El 50% de las empresas españolas que cotizan en Bolsa son empresas familiares, lo que es indicativo de que no sólo las pequeñas y medianas empresas son empresas familiares, sino que también existen grandes empresas que son familiares. En el caso de Cataluña, de las empresas medianas y grandes las dos terceras partes son empresas familiares, lo que representa el 65.6% del total de empresas existentes<sup>22</sup>. Si nos fijamos, ahora, en el cambio generacional, hay que advertir que sólo el 65% de las empresas pasan a la primera generación; el 26% llegan a la segunda; el 9% a la tercera y sólo un 1% llega a la cuarta generación o más allá<sup>23</sup>. A escala macroeconómica, en la Unión Europea, existen 17 millones de empresas familiares que emplean a 100 millones de personas, lo que representa el 60% del tejido empresarial de la misma. Dentro de las 100 primeras empresas europeas, el 25% son empresas familiares<sup>24</sup>. Otro dato interesante es el de Estados Unidos, en el cual el 80% del total de empresas existentes son empresas familiares, lo que supone dar empleo a más del 50% de la población<sup>25</sup>.

En la realidad social, se ha apreciado que los empresarios, sobre todo, los de la primera generación suelen ser reticentes a planificar con tiempo y ordenadamente su sucesión, por lo que raramente se da, en vida de éstos, la sucesión tanto en la organización empresarial como en la propiedad de la misma<sup>26</sup>. Por eso, nosotros nos

<sup>22</sup> GUINJOAN, Modest/MURILLO, Carlos/PONS, Jordi, *L'empresa familiar a Catalunya. Quantificació i característiques*, Cidem, Generalitat de Catalunya, 2004, pp. 21-22.

<sup>23</sup> Situación muy similar se ha producido en Alemania, *vid.* Bös, Dieter/KAYSER, Gunter, *Der Generationenwechsel in Mittelständischen Betrieben*, IfM-Materialien Nr. 120, Bonn, junio, 1996. Agradezco la amabilidad que ha tenido el *Institut für Mittelstandsforschung Bonn* de hacerme llegar dicho estudio.

<sup>24</sup> La constatación real de que las empresas familiares iban desapareciendo, sin transmitirse de generación en generación, fue lo que determinó la publicación de la *Recomendación de la comisión europea dirigida a los estados miembros de 7 de diciembre de 1994, relativa a la transmisión de pequeñas y medianas empresas*, (DOCE, n.º C 204, de 23 de julio de 1994), con posterioridad, a la reunión, en la ciudad francesa de Lille, donde se abordó la necesidad de buscar soluciones, entre otras, desde el derecho de sucesiones que propiciarán el cambio generacional en las empresas familiares, para lo cual, se planteaba la importancia de los pactos sucesorios (*The European Forum on the Transfer of Business on 3 and 4 February 1997 in Lille*). En parte, para paliar la situación descrita obedece la modificación del art. 1056,2 CCE mediante la *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa* (BOE, núm. 79, de 2 de abril de 2003). Una referencia general a esta Ley puede consultarse en REYES LÓPEZ, María José, «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar», *AC*, núm. 28, 2003, pp. 771 ss. Incide en los problemas de la transmisión de las empresas familiares, la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones* [COM(2006), 117 final, p. 20].

<sup>25</sup> <http://www.iefamiliar.com/empresafam/datos.asp>

<sup>26</sup> CASILLAS, José Carlos/DÍAZ, Carmen/VÁZQUEZ, Adolfo, *La gestión de la empresa familiar*, pp. 234 ss.; FUENTES RAMÍREZ, Javier, *De padres a hijos. El proceso de sucesión en la empresa familiar*, Pirámide, Madrid, 2007, pp. 93 y ss, 271 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, Ercilia/LÓPEZ SINTAS, Jordi, «El liderazgo como tema central del proceso de sucesión», en

centraremos en la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. Y, para ello, hay que partir de los datos que proporciona el Informe *Radiografía de la empresa familiar española. Fortalezas y riesgos*, dirigido por el Prof. Gimeno Sandig, en el que se concluyó que el 78% de las empresas familiares no han planificado su sucesión y que sólo el 51% de las generaciones posteriores conocen las líneas maestras de esa sucesión, lo que conlleva que la mitad de las sucesiones de las empresas familiares se planifican sin la debida participación de la generación que sucederá en la titularidad de la empresa familiar<sup>27</sup>. Y, cuando se planifica convenientemente la sucesión, el negocio jurídico utilizado, como demuestran las estadísticas arriba reseñadas, es el testamento y no el pacto sucesorio<sup>28</sup>. No suele ser infrecuente que, en determinadas empresas, mediante acuerdos parasociales, los socios familiares establezcan cláusulas con un evidente contenido sucesorio (v. gr. transmisión *mortis causa* de acciones a favor de una persona determinada)<sup>29</sup>. Un instrumento jurídico que sirve de soporte a dichos acuerdos es

AMAT, Joan M., *La sucesión en la empresa familiar*, Colección IEF, Barcelona, 2004, pp. 47-48.

<sup>27</sup> GIMENO SANDIG, Alberto, *Radiografía de la empresa familiar española. Fortalezas y riesgos* ([www.fbkonline.com/es/eventos/evento\\_01.html](http://www.fbkonline.com/es/eventos/evento_01.html)). Una planificación con tiempo de la sucesión en la empresa familiar es garantía de supervivencia de la misma a pesar del cambio generacional (SHERMA, Promodita/CHRISMAN, James J./CHUA, Jess H., «Succession Planning as Planned Behavior: Some Empirical Results», *Family Business Review*, vol. XVII, núm. 1, marzo 2003, pp. 1-16).

<sup>28</sup> Vid. el epígrafe II de este trabajo. En Alemania, donde el contrato sucesorio (*Erbvertrag*) tiene una larga tradición, se ha planteado incluso su supresión, dado el escaso número de contratos celebrados y el número comparativamente mayor de testamentos otorgados [MAYER, Jörg, Comentario al § 2265 BGB, núm. 38, pp. 26-30 en DITTMANN, Ottmar/REIMANN, Wolfgang/BENGEL, Manfred, (dirs.), *Testament & Erbvertrag*, 3.ª edic., Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 2000].

<sup>29</sup> Como se puso de relieve en el ya mencionado *European Forum on the Transfer of Business on 3 and 4 February 1997 in Lille* (en la doctrina, vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos», *Indret*, julio, 2007, p. 23). Este tipo de acuerdos parasociales son denominados, por la doctrina, como «acuerdos organizativos» (PAZ-ARES, Cándido, «El enforcement de los pactos parasociales» *Actualidad civil Uría & Menéndez*, núm. 5, mayo, 2003, pp. 2-3 <http://vlex.com/vid/256179>). El problema que plantea este tipo de acuerdos es el de su coercibilidad, esto es, si se puede solicitar su ejecución o no. Téngase presente que, en este caso, la conducta del deudor consistiría en un *volere*, esto es, la emisión de una declaración de voluntad, que no puede ser sustituida por medio de una sentencia (art. 708 LEC). RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel considera que este tipo de acuerdos –los que poseen un determinado contenido sucesorio– sólo tienen valor de mera «indicación» («El protocolo familiar y su publicidad: de las iniciativas comunitaria y española al Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares», *RDM* 2007, pp. 1148 ss.). Se trataría, analizado desde el Derecho de sucesiones, de una «simple recomendación» que, si consiste en «no disponer», no tiene eficacia jurídica (art. 428-6.6 CCC). Otro posible acuerdo es el de no revocar un testamento previamente otorgado. Sin embargo, el testamento es esencialmente revocable (art. 422-8.1 CCC, art. 737 CCE) y no puede convertirse en irrevocable por acuerdo de las partes, norma ésta que existe, como regla general, en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (vid. VAQUER I ALOY, Antoni, «The Law of Successions» en BUSSANI, Mauro/WERRO, Franz, *European Private Law: A Handbook*, Vol. I, Sellier, Munich, 2009, p. 559, nota núm. 16).

el «protocolo familiar»<sup>30</sup>, cuya publicidad aparece regulada, en nuestro ordenamiento jurídico por el *Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*<sup>31</sup>, en el cual se establecen pactos que, como acabamos de afirmar, pueden tener un determinado contenido sucesorio de cuya validez jurídica hay que dudar. En la actualidad, aproximadamente, el 25% de las empresas familiares dispone de un protocolo familiar<sup>32</sup>, si bien se apunta hacia un cierto desencanto por el documento al que nos referimos<sup>33</sup>.

La cuestión que surge inmediatamente es la siguiente: *¿a qué se debe, cuál es la razón económica que determina la preferencia por el testamento respecto del pacto sucesorio?* Antes de responder adecuadamente, desde una perspectiva económica, a esta cuestión, conviene dejar asentado que, a nuestro entender, la moderna empresa familiar no supone el equivalente a la antigua «casa», patrimonio familiar de base típicamente agraria, que se transmitía, en Cataluña, mediante el nombramiento de un heredero único, en vida ya del causante, a través de la figura del *heretament*, pacto sucesorio de institución de heredero.

## 2. EL PATRIMONIO FAMILIAR ¿DE LA «CASA» A LA «EMPRESA»?

Narra Vicens Vives que un elemento básico de la sociedad histórica catalana ha sido la casa y no el hombre. La casa (el *mas*) y la familia que pertenecía a ella representaban la subestructura social catalana antes y después del siglo XIV<sup>34</sup>. El florecimiento y la estabilidad del agro catalán contribuyeron a la estabilidad social. Lo importante era el hombre adscrito a la tierra y al patrimonio familiar, el cual se transmitía a un heredero único, el pri-

<sup>30</sup> Recuérdese que el pacto sucesorio puede establecerse en una escritura pública de protocolo familiar (art. 431-7 CCC) y que éste es, a su vez, a su vez, un pacto o acuerdo parasocial, lo que permitiría, desde la perspectiva empresarial, considerar al pacto sucesorio como pacto parasocial que se regula por sus propias normas (GRIMA FERRADA, Juan, «Pactos entre socios familiares» en AA. VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 177 ss.).

<sup>31</sup> «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2007. El propio Real Decreto 171/2007 define el «protocolo familiar», en el art. 2.1, como «*aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad*». En relación con la publicidad, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008; RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, «El protocolo familiar y su publicidad», pp. 1148 ss.

<sup>32</sup> <http://www.iefamiliar.com/asocterr/datos.asp>

<sup>33</sup> CERDÁ ALBERO, Fernando, «La successió en l'empresa familiar» en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, p. 182.

<sup>34</sup> VICENS VIVES, Jaume, *Noticia de Cataluña*, Destino Libro, Barcelona, 1980, p. 28.

mogénito, que atraía para la casa a su cónyuge o futuro cónyuge y a la descendencia, que a su vez, debería continuar cumpliendo el deber de mantener unido y productivo el patrimonio familiar de base agraria<sup>35</sup>. Como es sabido, la forma habitual de transmitir *mortis causa* ese patrimonio era en capitulaciones matrimoniales que otorgaba el hijo con ocasión de su matrimonio<sup>36</sup>, en las cuales se pactaba ya, por los ascendientes, que éste sería el heredero, lo que implicaba, a veces, incluso a una tercera generación, que eran los futuros hijos de los contrayentes. Dicho *heretament*, además, se combinaba, en el propio documento, en algunas zonas, entre otras estipulaciones, con la dote a favor de la mujer, el derecho de hipoteca en garantía de su devolución o el derecho de usufructo a favor de la futura viuda e, incluso, con otras disposiciones que podían realizar otros familiares. Los capítulos son, por tanto, un negocio entre posiciones jurídicas enfrentadas en sus intereses respecto al matrimonio que se quiere concertar. Los mayores problemas se dan en relación con la dote de la novia (cuantía, condiciones de entrega, circunstancias en que se debía devolver, etc...), pero también interesaba a la familia de la novia la situación patrimonial de la «casa» en la que iba a ingresar ésta, es decir, qué deudas y créditos la gravan, qué otras dotes han de entregarse o qué derechos legitimarios han de pagarse. Advierte Barrera que *«todo ello sale necesariamente a colación en las negociaciones previas, y tal vez queda reflejado en el texto de los propios capítulos»*<sup>37</sup>. Estas negociaciones, analizadas desde una perspectiva más actual, permiten afirmar que implicaban unos «costes de transacción» (costes de información y costes de negociación) ciertamente elevados. Sin embargo, a pesar de estos costes, la utilidad en términos de bienestar social que se extraía de este tipo de pactos sucesorios, implicaba una relación coste/beneficio eficiente. En efecto, los capítulos matrimoniales y, en ellos, el *heretament* a favor de un único heredero, el primogénito, era el instrumento regulador de la vida económica de la familia catalana de la época y la que otorgaba la paz y estabilidad social<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia en la Cataluña rural*, Alianza Universidad. Madrid, 1990, p. 50.

<sup>36</sup> Eso sí no se había hecho ya en las propias capitulaciones matrimoniales que otorgaron los padres en su momento.

<sup>37</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia*, pp. 92 ss.

<sup>38</sup> LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentario al art. 67 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1994, p. 328. «...el heredamiento, como pieza maestra del sistema sucesorio tradicional catalán, ha cumplido secularmente su función con óptimo rendimiento social»; HINOJOSA, Eduardo de, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Urgoiti editores, edición de PESET, Mariano, Pamplona, 2003, pp. 128 ss.; VALLET DE

La concepción social de la tierra paulatinamente fue desapareciendo y la primacía de la concepción burguesa del derecho de propiedad<sup>39</sup> conllevó que la propiedad, la tierra, fuera una mercancía, dentro de un sistema de economía de mercado, que se compraba y se vendía, de la que se podía (y se puede) extraer una utilidad individual que, además, se puede contabilizar<sup>40</sup>. «*El arraigado concepto del servicio social de la tierra –nos recuerda Vicens Vives– desapareció entre los macizos infolios de la legislación y de las sentencias judiciales, encaradas hacia la defensa de la personalización individualista de la sociedad*»<sup>41</sup>. Este cambio en la concepción unido a la evolución de la familia, que de ser una familia troncal va pasando a ser una familia nuclear donde lo protegido jurídicamente es el interés del individuo<sup>42</sup>, determinó la decadencia de los capítulos matrimoniales y su paulatino abandono<sup>43</sup>. El *heretament* conllevaba una inmovilización de la tierra, la cual quedaba fuera del tráfico económico lo que iba en contra de la lógica jurídica burguesa<sup>44</sup>. Por eso, cuando las circunstancias socio-económicas cambian y los capitales se devalúan, empieza a decaer la celebración de capítulos matrimoniales y con ellos la figura del

GOYTISOLO, Juan Bms., *Reflexions sobre Catalunya*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2007, pp. 98-101.

<sup>39</sup> PESET, Mariano, «Propiedad y crédito agrario», en PETIT, Carlos (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1990, pp. 172 ss.; TEDDE DE LORCA, Pedro, «Revolución liberal y crecimiento económico en la España del siglo XIX» en AA. VV., *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Alianza editorial, Madrid, 1994, pp. 42-43.

<sup>40</sup> BECKERT, Jens, *Inherited Wealth*, p. 17.

<sup>41</sup> VICENS VIVES, Jaume, *Noticia de Cataluña*, p. 40.

<sup>42</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia*, p. 377; FLAQUER, Lluís, «De la familia a les polítiques familiars. Vicissituds d'un recorregut», *Papers, Revista de sociologia*, 1999, p. 66; del mismo autor, *El destino de la familia*, Barcelona, 1998, pp. 97 y ss., trabajos en los que refleja la evolución sufrida por la familia como institución.

<sup>43</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia, familia*, pp. 142-144. Este autor indica, como causas de abandono de los capítulos matrimoniales, las siguientes: i) aumento de la presión fiscal sobre las transacciones reflejadas en los capítulos; ii) progresiva inadecuación del instrumento capitular por los problemas prácticos que generaba la irrevocabilidad; iii) rápidos cambios socio-económicos, implantación de medios de producción «industriales», lo que conllevó la reorganización de la explotación familiar de acuerdo con criterios de racionalidad productiva, para lo cual los capítulos representan una rémora; iv) deterioro de la institución dotal; v) rechazo del heredero a la interferencia paterna a la hora de elegir pareja, determinando una mayor independencia de la familia; vi) pérdida de control de los padres sobre sus hijos. El autor acaba afirmando que: «*los mecanismos sucesorios se vuelven más flexibles; e incluso queda abierta la puerta a prácticas heterodoxas. Nuevas formas de relación interpersonal y de organización doméstica van ganando terreno. Algunas de ellas irán con el tiempo consolidándose como alternativa a los viejos, anacrónicos usos, moral y valores*» (p. 145).

<sup>44</sup> BARRERA GONZÁLEZ, Andrés, *Casa, herencia y familia*, pp. 368 y ss. Desde una explicación económica, consúltese, BAKER, Matthew/MICELLI, Thomas J., «Land Inheritance rules: theory and cross-cultural analysis», *J. Organiz. Behav.* vol. 56 (2005), pp. 77-102, pp. 82 ss.

*heretament*. Por otro lado, hay que tener en cuenta, que la fragmentación del patrimonio, en un momento social histórico concreto, en el que no existe un sistema de mercado, hace que no existan mecanismos para que esa oferta pueda absorberse, lo que provoca que la fragmentación de la tierra resulte económicamente ineficiente<sup>45</sup>.

Esta nueva concepción individualista del derecho de propiedad, a nuestro modo de ver, determina que la empresa familiar actual no pueda ser vista como la continuación moderna (o postmoderna) de la antigua «casa» de la sociedad histórica catalana. Además, la conquista de los derechos individuales de la persona, el cambio en la concepción y composición del núcleo familiar, provoca que se deje de concebir a la persona adscrita a un patrimonio, ahora, a la empresa familiar<sup>46</sup>. Este cambio en la mentalidad jurídica y social supone un cambio también respecto a la consideración que merecen aquellos costes de transacción que, en un determinado momento histórico, se asumían porque se compensaban con el beneficio social. Con el concepto burgués del derecho de propiedad y la aparición del sistema de economía de mercado, la fragmentación de patrimonios ya no representa un problema, al poseer el mercado mecanismos que permiten absorber dicha oferta. Consiguientemente, la importancia de los costes de transacción se hace, en este momento, ciertamente evidente y, de ahí, la necesidad de contemplar, desde la perspectiva económica, el comportamiento del individuo que opta por plasmar su sucesión en un testamento y no en un pacto sucesorio. Desde dicha perspectiva el comportamiento de éste es racional<sup>47</sup>.

Los costes de transacción, en la actualidad, no aparecen compensados con la utilidad, el bienestar social (estabilidad y paz social), que era pieza angular del sistema socio-económico anterior, lo que no quiere decir que, indirectamente, no se genere una utilidad social. Por eso, en este momento, el planteamiento es si esos costes de transacción compensan o no el beneficio individual de los suje-

<sup>45</sup> LUECK, Dean/MICELI, Thomas «Property Law» en POLINSKY, A. Mitchell/SHAVELL, Steven (eds.), *Handbook of Law and Economics*, vol. I, Serie: Handbooks in economics, 27, 1.ª edic., Oxford, 2007, p. 223.

<sup>46</sup> Destaca MAGARIÑOS BLANCO, Victorio la elusión de poner incluso el nombre de la familia a la empresa familiar para evitar que resulte dañado por avatares económicos y el interés por el anonimato tras la personalidad jurídica de una sociedad capitalista («La libertad de testar», *RDP*, 2005, p. 21).

<sup>47</sup> POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de cultura económica, México, D. F., 1998, p. 11: «El comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien elige». Un intento de introducir otros factores en el comportamiento del *homo oeconomicus* y que, se considera, deberían tenerse en cuenta por los estudiosos del análisis del derecho, puede verse en JOLLS, Christine/SUNSTEIN, Cass R./THALER, Richard H., «A Behavioral Approach to Law and Economics» en SUNSTEIN, Cass R. (ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, 2000, pp. 13 a 59.

tos que los tienen que asumir, de suerte que si existen instrumentos jurídicos alternativos que producen el beneficio deseado a un menor coste, el individuo «racionalmente» se decantará por ellos. Y es que organizar la sucesión *mortis causa* mediante un pacto sucesorio, en lugar de mediante un testamento, comporta mayores costes que, el *homo oeconomicus*, racionalmente egoísta<sup>48</sup>, tiende a evitar y que, por tanto, explica el porqué de la preferencia del testamento en lugar del pacto sucesorio. Una regulación jurídica debe dirigirse, para ser eficiente, a que se reduzcan al máximo los costes de transacción y proporcionar, a cambio, bienestar o utilidad a las partes, a los sujetos. En caso contrario, la regulación es ineficiente, lo que llevará a que difícilmente se aplique en la práctica.

### 3. LOS COSTES ECONÓMICOS DE LA CELEBRACIÓN DE PACTOS SUCESORIOS

Conocido es que una de las dificultades a la que se enfrenta la empresa familiar es la de la sucesión de su fundador o fundadores. Dicha sucesión comprende tanto la sucesión en la organización empresarial como en la propiedad de la empresa. Es una realidad que los empresarios, sobre todo, los de la primera generación suelen ser reticentes<sup>49</sup> al cambio generacional y que el retraso en el mismo es una de las causas del fracaso de la siguiente generación y de que, por tanto, la empresa acabe desapareciendo<sup>50</sup>. Esas rémoras no son sólo de índole organizativa como el retraso en la formación del futuro sucesor en el caso de que ya se le hubiera elegido<sup>51</sup>, su decisión para incorporarse definitivamente en puestos de direc-

<sup>48</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd/OTT, Claus, *Manual de análisis económico del derecho civil*, pp. 61 ss.; PAZ-ARES, Cándido, «La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho», *ADC* 1981-II, pp. 627-628.

<sup>49</sup> Ello es, en parte, debido a determinados rasgos de la personalidad del fundador que los estudiosos del mundo de la empresa califican como «monarca» o «general», lo que dificulta el traspaso. Cuando, en cambio, son «gobernadores» se realiza dicho traspaso de forma menos conflictiva. En el primer caso se ve al sucesor como un «competidor»; en el segundo caso, se han separado ya las identidades, de suerte que una es la de la empresa y otra es la del fundador, lo que evita esa mirada «competitiva» al sucesor (MATTHEWS, Charles H./MOORE, Terrence W./FIALKO, Anne S., «Succession in the Family Firm: A Cognitive Categorization Perspective», *Family Business Review*, vol. XII, núm. 2, junio, 1999, pp. 159-170, p. 164; STAUROU, Eleni T./KLEONTHOUS, Tonia/ANASTASIOU, Tassos, «Leadership Personality and Firm Culture during Hereditary Transitions in Family Firms: Model Development and Empirical Investigation», *Journal of Small Business Management*, 2005, 43-2, pp. 187-206, p. 188).

<sup>50</sup> BJUGGREN, Per-Olof/SUND, Lars-Göran, «Strategic Decision Making in Inter-generational Succession of Small and Medium-Size Family-Owned Business», *Family Business Review*, vol. XIV, marzo, 2001, pp. 11 ss.

<sup>51</sup> Debe recordarse que una cosa es la capacidad para suceder (arts. 412-1 a 412-8 CCC) y otra es la capacidad para ser empresario (art. 5 CCo). Al respecto, *vid.* PALAZÓN GARRIDO, M.<sup>a</sup> Luisa, *La sucesión*, pp. 105 ss.

ción en la misma empresa<sup>52</sup>, el paso por diversas y variadas funciones, el cobro de un salario independiente por el trabajo que desempeña<sup>53</sup>, razones psicológicas como es la relación existente entre el fundador y el sucesor<sup>54</sup>, sino que el retraso es también apreciable a la hora de transmitir la titularidad de la empresa (o de sus acciones o participaciones) a los futuros sucesores<sup>55</sup>.

### 3.1 Los costes de transacción y la elección del sucesor

Existe un coste de información, cual es el que se corresponde con los recursos que el causante debe invertir para informarse acerca de la persona (o de las personas), a la cual deja un bien o bienes determinados o todo su patrimonio (en nuestro caso, la empresa familiar), es decir, en qué medida, la persona del sucesor tiene las cualidades que el causante valora y que le llevan a desear su institución como sucesor<sup>56</sup>. Estos costes se ahorran cuando la legislación determinaba que el heredero debía ser el primogénito. El derecho de primogenitura significaba un ahorro de costes, como sucedía con la sucesión en la «casa»<sup>57</sup>. Desaparecido este derecho, el causante debe invertir en informarse acerca de quién, de entre

<sup>52</sup> BARBEITO ROIBAL, Susana/GUILLÉN SOLÓRZANO, Eduardo/MARTÍNEZ CARBALLO, Manuel/DOMÍNGUEZ FEJÓO, Gerardo, «Visión europea del proceso de sucesión en la empresa familiar», *Boletín económico ICE*, núm. 2821, 25-31 octubre 2004, pp. 32 ss.; BROCKHAUS, Robert H., «Family Business Succession: Suggestions for Future Research», *Family Business Review*, vol. XVII, núm. 2, junio, 2004, pp. 165-177, p. 167; LUBATKIN, Michael H./SCHULZE, William S./LING, Yan/DINO, Richard N., «The effects of parental altruism on the governance of family-managed firms», *J. Organiz. Behav.* 26(2005), pp. 313-330.

<sup>53</sup> Uno de los riesgos que existen en la empresa familiar es el solapamiento de las relaciones familiares con las empresariales, lo que puede tener ventajas pero también inconvenientes y uno de ellos es, precisamente, la falta de asignación de un salario por el desarrollo de una determinada actividad laboral o profesional (HARVEY, S. James Jr., «What Can the Family Contribute to Business: Examining Contractual Relationships», *Family Business Review*, vol. XII, núm. 1, marzo, 1999, pp. 61-72).

<sup>54</sup> Vid. nota núm. 49.

<sup>55</sup> Si bien en algunos sistemas jurídicos, la regulación de las legítimas puede suponer un inconveniente a la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, no pensamos que en el derecho catalán lo sea, dado, por un lado, el sistema de legítima corta y, por otro, de la posibilidad de que el sujeto que debe satisfacerla pueda hacerlo con dinero aunque éste no exista en la herencia, consecuencia de su naturaleza jurídica como *pars valoris* (art. 451-11 CCC). Respecto de la relación existente entre el sistema de legítimas y la transmisión de la empresa familiar en aquellos ordenamientos jurídicos que presentan una regulación rígida del primero, vid. LÓPEZ BURNIOL, Juan José, *La «resurrección»*, p. 48; PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *AFDUDC*, 13/2009, pp. 481-554.

<sup>56</sup> Vid., en materia contractual, respecto del coste de información, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Los costes de transacción» en *Estudios jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, coord. por IGLESIAS PRADA, Juan Luis, T. II, Madrid, 1996, pp. 131 ss., p. 141; LE BRETON-MILLER, Isabelle/MILLER, Danny/STEIER, Lloyd P., «Toward an Integrative Model of Effective FOB Succession», *ET&P*, verano, 2004, pp. 305-328, pp. 308-309.

<sup>57</sup> Vid. el epígrafe III.2 de este trabajo.

los posibles sucesores, es más idóneo para adquirir todo o parte de su patrimonio<sup>58</sup>.

En este punto conviene tener en cuenta el tipo de empresa familiar ante la que nos hallemos<sup>59</sup> ya que los costes de información y de evaluación, en relación con la designación del sucesor, variarán. En efecto, en una empresa familiar de estructura sencilla, como pudiera ser un establecimiento abierto al público, los costes de designación del sucesor no serán probablemente muy elevados, puesto que la persona o personas a las que se designa como sucesores, suelen formar parte del círculo íntimo o próximo al causante<sup>60</sup>, con lo cual, éste dispone ya de cierto nivel de información suficiente para tomar su decisión pues no suele ser extraño que el sucesor se halle ya vinculado a la misma, trabaje en ella, ocupe alguna posición relevante<sup>61</sup> o, incluso, ostente ya, según la forma que la empresa adopte, un determinado número de acciones<sup>62</sup>. Es más, en vida del causante, aunque sea al final de su vida profesional, se puede ya formar a la persona o personas que, eventualmente, a su muerte, se harán cargo de la empresa familiar<sup>63</sup>. El causante puede contar ya con un determinado nivel de información suficiente para poder tomar su decisión sin excesivos costes de información. Además, conoce la situación empresarial, las líneas maestras respecto a los objetivos futuros, la planificación futura o las estrategias a seguir para evitar conflictos futuros cuando ya se ha elegido al

<sup>58</sup> Desde el derecho de la empresa, *vid.* a este respecto, FUENTES RAMÍREZ, JAVIER, *De padres a hijos*, pp. 289 ss. En la práctica, en no pocas ocasiones, el fundador de una empresa familiar transmite la titularidad de la misma al hijo o a la hija «elegido/a» independientemente de sus habilidades y de su contribución al éxito de la empresa (STAUROU, Eleni T./KLEONTHOUS, Tonia/ANASTASIOU, Tassos, «Leadership Personality», p. 191). El hecho de que para evitar la desaparición de la empresa familiar se escoja a un único sucesor, lleva, en no pocos casos, a escoger al varón en detrimento de la mujer, lo que supone un freno importante a la incorporación de la mujer a los puestos de dirección de las empresas [al respecto *vid.* NAVAS NAVARRO, Susana, «Uso y tenencia de bienes por las mujeres (Aplicación de las acciones positivas al derecho privado)» en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario/GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz, *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 1315 y ss.; PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Angeles, «Legítimas», p. 538].

<sup>59</sup> MILLER, Danny/STEIER, Lloyd/LE BRETON-MILLER, Isabelle, «Lost in time: intergenerational succession, change and failure in family business», *Journal of Business Venturing*, 18 (2003), pp. 513-531.

<sup>60</sup> Recuérdese que, en materia de pactos sucesorios, el ámbito subjetivo se circunscribe a determinadas personas (art. 431-2 CCC).

<sup>61</sup> AMAT, Joan, M. «El relevo generacional como estímulo a la renovación estratégica en la empresa familiar» en AMAT, Joan M., *La sucesión en la empresa familiar*, Colección IEF, Barcelona, 2004, pp. 127 ss.; FUENTES RAMÍREZ, JAVIER, *De padres a hijos*, pp. 257 ss.

<sup>62</sup> La veste jurídica de la empresa familiar puede ser ciertamente heterogénea: desde un empresario individual hasta una sociedad anónima (CERDÁ ALBERO, FERNANDO, «La empresa familiar», pp. 99 ss.; GRIMA FERRADA, Juan, «Pactos», pp. 145 ss.).

<sup>63</sup> GALLO, Miguel, «Preparación de la siguiente generación y desarrollo de la organización» en AMAT, Joan M., *La sucesión en la empresa familiar*, Colección IEF, Barcelona, 2004, pp. 115 y ss.

sucesor<sup>64</sup>. Esta información la posee el causante-fundador, no siempre el sucesor (o sucesores)<sup>65</sup>.

En cambio, en una empresa familiar de estructura más compleja (mediana o gran empresa), donde existen diferentes ramas familiares, la discusión y posterior elección del sucesor (o de los sucesores) irá precedida de una fase inevitable de negociación, ya que normalmente existirán diferentes «candidatos»<sup>66</sup> y se tienen que pactar estrategias futuras, por los órganos familiares existentes<sup>67</sup>, tales como la Asamblea de familia, el Consejo de familia o el Consejo asesor, entre los más comunes<sup>68</sup>. Además, deberán preverse las posibles incidencias futuras de dicha elección<sup>69</sup>. En estos casos, los recursos a invertir en recabar información y en negociar la elección del sucesor o sucesores (los costes de transacción) pueden ser considerables, si bien la reputación de la persona «elegida» facilita información complementaria sobre su comportamiento y profesionalidad<sup>70</sup>. Hay que tener en cuenta que puede existir, como ya hemos indicado, un protocolo familiar, en el cual puede haberse negociado, en su momento, y haberse establecido ya la estrategia a seguir de cara a la sucesión *mortis causa*. No obstante, no hay que olvidar que tan solo el 25% de las empresas familiares cuentan con un protocolo<sup>71</sup>, con lo que si no existen otros «acuerdos parasociales» donde se hayan tenido en cuenta estos aspectos y, sobre todo, el concerniente a la transmisión *mortis causa* de la empresa, la cuestión se planteará, en un momento posterior, con toda su crudeza, por lo cual los costes de transacción podrán llegar a ser muy elevados<sup>72</sup>. En definitiva, la institución de un sucesor en la empresa familiar no es un acto puntual o aislado, sino que debe analizarse

<sup>64</sup> BARBEITO ROIBAL, Susana/GUILLÉN SOLÓRZANO, Eduardo/MARTÍNEZ CARBALLO, Manuel/DOMÍNGUEZ FEIJÓO, Gerardo, «Visión europea», p. 29.

<sup>65</sup> Recuérdese que según el estudio del Prof. GIMENO SANDIG el 51% de las generaciones posteriores no participan en la sucesión de la empresa familiar a la que probablemente ya se hayan incorporado (*vid.* epígrafe III.1 de este trabajo).

<sup>66</sup> Destaca las dificultades de la selección del sucesor y las negociaciones ligadas a este extremo cuando intervienen diferentes ramas familiares, BROCKHAUS, Robert H., «Family Business Succession», pp. 167 ss.

<sup>67</sup> Este planteamiento permitiría dar auge a una figura que, en el derecho catalán, tiene escasa aplicación práctica. Me refiero a la designación del heredero por el cónyuge o conviviente en unión estable de pareja con el causante (arts. 424-1 a 424-4 CCC) o a los dos parientes más próximos (arts. 424-5 a 424-10 CCC).

<sup>68</sup> LE BRETON-MILLER, Isabelle/MILLER, Danny/STEIER, Lloyd P., «Toward an Integrative Model», p. 316; RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel, «El protocolo familiar y su publicidad», p. 1144;

<sup>69</sup> LE BRETON-MILLER, Isabelle/MILLER, Danny/STEIER, Lloyd P., «Toward an Integrative Model», pp. 315-316.

<sup>70</sup> BROCKHAUS, Robert H., «Family Business Succession», p. 168.

<sup>71</sup> *Vid.* epígrafe II.1 de este trabajo.

<sup>72</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Luis indica que, precisamente, una forma de reducir estos costes es utilizar los mecanismos o conjuntos de reglas jurídicas, esto es, los mecanismos formales. Pero también cabe emplear mecanismos no formales que se desarrollan por la

dentro de su contexto, en el cual, existen toda una serie de negociaciones previas y donde intervienen otros miembros de la familia. Por ello, tiene sentido que el legislador haya admitido que, en un protocolo familiar, que se otorgue en escritura pública<sup>73</sup>, donde se pactan las estrategias y se planifican los objetivos de la empresa<sup>74</sup>, se pueda pactar una institución de heredero (art. 431-8 CCC).

### 3.2 Los costes económicos derivados de la modificación por el causante de su voluntad

No suele ser frecuente, en la práctica, que la transmisión de la titularidad de la empresa familiar se haga «en vida» del titular actual, esencialmente, a través de una donación (arts. 531-7 ss. CCC) o, incluso, de un pacto sucesorio con donación de bienes de presente (art. 431-19.1 y art. 431-29.3 CCC). En cambio, suele ser más frecuente, anunciar o prometer estratégicamente<sup>75</sup> a una persona que será nombrada sucesora (a título universal o particular) en la titularidad de la empresa familiar, en la que probablemente, ya trabaje. Con ello, lo que se persigue es influenciar el comportamiento del futuro sucesor para que se implique más y se identifique más con la cultura corporativa de la empresa familiar. El grado de influencia en el comportamiento del futuro sucesor puede ser todavía mayor que el que proporciona una mera promesa, en función de que esa promesa pudiera ser coercible o no<sup>76</sup>. Un mayor grado de influencia se tendrá si se le nombra «sucesor» en el testamento. No obstante, todavía se podría influir más en el comportamiento del sucesor, si se le instituye en un pacto sucesorio<sup>77</sup> ya sea como heredero (*hereta-*

autonomía privada. Por tanto, celebrando contratos; en nuestro caso, otorgando un protocolo familiar u otro acuerdo parasocial («Los costes de transacción», pp. 145 ss.).

<sup>73</sup> TENA ARREGUI, Rodrigo, *Costes de transacción y fe pública notarial*, Papeles de la Fundación para el análisis y los estudios sociales, n.º 6.

<sup>74</sup> La doctrina suele diferenciar, en relación con estos acuerdos, entre «pactos de relación», «pactos de atribución» y «pactos de organización» (PAZ-ARES, Cándido, «El enforcement de los pactos parasociales», pp. 3-4).

<sup>75</sup> En relación con la donación, *vid.* BERNHEIM, B. Douglas/SHLEIFER, A./SUMMERS, Lawrence H., «The Strategic Bequest Motive», *Journal of Political Economy*, 1985, vol. 93, n. 6, pp. 1045-1076; PEROZEK, Mark G., «A Reexamination of the Strategic Bequest Motive», *Journal of Political Economy*, 1998, vol. 106, núm. 2, pp. 423-445; SHAVELL, Steven, «An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts», *Journal of Legal Studies*, vol. XX, junio, 1991, pp. 401-421.

<sup>76</sup> KULL, Andrew, «Reconsidering Gratuitous Promises», *Journal of Legal Studies*, vol. XXI, enero, 1992, pp. 39-65. En todo caso, sí que pueden originarse daños extracontractuales resarcibles mediante el recurso al art. 1911 CCE (PINTENS, Walter, «Die Europäisierung des Erbrechts», *ZEuP* 3/2001, pp. 628-648, p. 644). Puede haberse incurrido en el «coste de confianza» al haber dejado pasar una oportunidad (EISENBERG, Melvin ARON, «Donative Promises», *University of Chicago Law Review*, 47:1, 1979:Fall, pp. 18 ss.).

<sup>77</sup> A favor de la introducción de los pactos sucesorios en el ámbito de aplicación del Código civil, *vid.*, por todos, SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Propuesta para una reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios», en Asociación de Profesores de Derecho civil,

ment) o como sucesor a título particular (pacto sucesorio de atribución particular). En este último caso, el grado de influencia es mayor si el propio sujeto concernido es parte del pacto (art. 431-2 CC) que si es sólo un tercero beneficiario (art. 431-3 CCC) ya que, en el primer caso, es necesario su consentimiento para poder extinguir el pacto mediante mutuo disenso (art. 431-12 CCC); mientras que en el segundo caso, no, ya que no adquiere ningún derecho a la sucesión hasta que no fallezca el causante porque no ha habido aceptación (art. 431-3.1 CCC). En ambos supuestos, existe un rasgo común, cual es la «irrevocabilidad» (arts. 431-18 y 431-30.5 CCC), como regla general, propia del pacto sucesorio, en cuanto posee una estructura contractual, y que, en cambio, no se da en el testamento que es esencialmente revocable (art. 422-8.1 CCC).

Por tanto, desde la perspectiva del causante, parece, en una primera aproximación, que el pacto sucesorio es el instrumento jurídico de planificación sucesoria que más podría motivar al sucesor, puesto que lo hace ya en vida del causante. Ahora bien, el pacto sucesorio que es, como regla general, irrevocable, *¿es un instrumento de planificación sucesoria económicamente eficiente?* Aquí es donde empiezan a surgir las dudas. En primer lugar, desde la perspectiva del sucesor, el saberse «ya» titular de la empresa familiar puede justamente producir el efecto contrario, esto es, desincentivar su conducta, de suerte que su actitud hacia la empresa familiar cambie<sup>78</sup>, sin que ese cambio de actitud o comportamiento represente una causa de indignidad que llevara a revocar la institución (art. 431-13 en relación con el art. 412-3 CCC), cambien sus metas y sus objetivos personales sean otros, le influencien terceras personas, lo que pudiera hacer que perdiera interés en la empresa, con lo cual al final el efecto que se obtiene es el contrario al perseguido. Pero, pueden producirse otros avatares como la incidencia de la elección en los trabajadores de la empresa, en los potenciales clientes, en la reputación de la empresa, en el valor de las acciones, un cambio legislativo concreto que afecte en un determinado sentido a la empresa familiar o el padecimiento de una enfermedad grave que provoca un cambio en las estrategias vitales. También cabe que al causante le sobrevenga el «temor» a quedarse sin bienes suficientes dada la incertidumbre acerca del fin de la vida humana<sup>79</sup>, se dé cuenta de su error de percepción, una infravalora-

---

*Derecho de sucesiones. Presente y futuro.* XII Jornadas de la asociación de profesores de derecho civil, Servicios de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 477-543.

<sup>78</sup> Esta es una de las razones que justifican que el individuo evite donar bienes en vida y lo posponga hasta su muerte (SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Harvard University Press, 2004, p. 60).

<sup>79</sup> DAVIES, James B., «Uncertain Lifetime, Consumption and Dissaving in Retirement», *Journal of Political Economy*, 1981, vol. 89, núm. 3, pp. 561-577.

ción de la realidad, un sobreoptimismo, una excesiva confianza en sí mismo y en su elección que después se desvanecen y le hacen valorar correctamente la situación o tenga lugar cualquier otra circunstancia que conlleve que el causante (empresario) cambie su voluntad. Ante ello, si no se previó nada en el pacto sucesorio (art. 431-14.1 letra a CCC admite que se pacten expresamente causas de revocación del pacto sucesorio), difícilmente pueda alegarse, con éxito, un cambio sobrevenido de las circunstancias (art. 431-14.1 letra d CCC), dada la aplicación restrictiva que, de dicha doctrina, suele hacer la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>80</sup>. Por consiguiente, tendrá, si quiere evitar la situación de irrevocabilidad, que prever los posibles riesgos en el propio pacto sucesorio. La previsión de estos riesgos va a tener que hacerse ya, en el momento de la celebración del pacto sucesorio. Esto implica la necesidad de establecer determinadas cláusulas en el pacto sucesorio<sup>81</sup>, tales como, aquellas relativas a causas de revocación específicas pactadas por las partes (art. 431-14.1 letra a CCC), modos o finalidades (art. 431-6 CCC)<sup>82</sup>, sustituciones fideicomisarias (art. 431-5.1 CCC) o reversiones (art. 431-5.1 CCC), entre otras posibles, que faciliten el camino, en caso de una modificación de la voluntad por el causante<sup>83</sup>. Es decir, que impliquen un menor coste económico en caso de modificación de esa voluntad. Luego, van a

<sup>80</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-14» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1127-1128. En el derecho aragonés, se admite en cambio la ineficacia sobrevenida del pacto por cambio de las circunstancias por BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de los pactos sucesorios en la ley aragonesa de sucesión por causa de muerte», *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 2, 2005.

<sup>81</sup> Así, el art. 431-5.1 CCC, al referirse al objeto del pacto sucesorio, explicita que «en pacte successori, es pot ordenar la successió amb la mateixa amplitud que en testament». También si se compara el art. 421-2 CCC que precisa el contenido del testamento («en testament, el causant ordena la seva successió mitjançant la institució d'un o més hereus i pot establir llegats i altres disposicions per a després de la seva mort») y el art. 431-1.1 CCC que, aunque, se rubrica como «concepto de pacto sucesorio», en realidad, expresa el contenido del mismo («en pacte successori, dues o més persones poden convenir la successió per causa de mort de qualsevol d'elles, mitjançant la institució d'un o més hereus i la realització d'atribucions a títol particular»). Parecidas afirmaciones hace EGEA FERNÁNDEZ, Joan, en relación con el Proyecto de Ley del Libro IV del Código civil de Cataluña publicado en el «BOPC», núm. 282, de 12 de junio de 2008 («Protocolo familiar y pactos sucesorios», p. 23).

<sup>82</sup> Críticas con la previsión que hace el art. 431-6 CCC respecto de «modos, condiciones y finalidades», *vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz/HERRERO OVIEDO, Margarita, «Las disposiciones generales sobre pacto sucesorio en el Libro IV del Código civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad», en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, pp. 465 ss.

<sup>83</sup> Advierte de la necesidad de revisión periódica del testamento del empresario para ir adaptando su voluntad a las circunstancias económicas de la empresa familiar, RODRÍGUEZ APARICIO, Jorge Alberto, «El protocolo familiar» en AA. VV., *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 306.

existir ya, de entrada, unos costes de información y, por tanto, de transacción<sup>84</sup>.

Sin embargo, es imposible prever todos los riesgos, e incluso, puede ser que los que se hayan previsto no se den jamás y sí, en cambio, acontezcan otros. Por eso, es económicamente ineficiente intentar prever todos esos posibles acontecimientos futuros que faciliten el camino hacia la revocación del pacto sucesorio («causas expresamente pactadas»), ya que generarían costes de información muy elevados, puesto que deberían invertirse muchos recursos en informarse sobre todos los posibles acontecimientos futuros<sup>85</sup>. Si, por tanto, no se pueden prever todos los riesgos y acaecen aquellos no previstos por las partes que pueden llegar a determinar una mutación de la voluntad del causante, el cauce jurídico que tendrá, a su alcance, el causante será intentar extinguir la situación jurídica creada a través del mutuo disenso (art. 431-12.1 CCC)<sup>86</sup>, luego será necesario el acuerdo de todos los otorgantes del pacto sucesorio que resulten afectados por la modificación o por la extinción (art. 431-12.2 CCC). Ahora bien, ello supone, con carácter previo, que las partes tengan, primero, información al respecto y, segundo, se pongan de acuerdo en extinguir o modificar el pacto sucesorio, lo que implica contraer nuevos costes económicos: invertir recursos en informarse acerca de los hechos acaecidos, de la modificación o extinción del pacto y como ésta les pueda afectar.

Así, parece que el pacto sucesorio no es, como regla general, un instrumento jurídico suficientemente «eficiente» como para incentivar su celebración, lo que conllevará, con un alto grado de probabilidad, que, en la práctica, se sigan sin otorgar pactos sucesorios y

<sup>84</sup> Hay que partir de la base de que, si bien el pacto sucesorio es un contrato unilateral (EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El nou règim jurídic», p. 17; NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009), se encuentra dentro de la categoría de los contratos y, de ahí que puedan emplearse las mismas herramientas conceptuales que se emplean para analizar cualquier contrato desde la perspectiva del análisis económico del derecho -costes de oportunidad, costes de transacción- haciendo las adaptaciones convenientes, ya que no estamos ante un intercambio de bienes y/o servicios que es el paradigma del análisis económico del derecho en materia contractual.

<sup>85</sup> POSNER, Richard, A., *El análisis económico*, p. 93.

<sup>86</sup> La resolución del pacto sucesorio tiene sentido si se admiten los pactos sucesorios onerosos sinalagmáticos (PIOTET, PAUL, «La nature des pactes successoraux, et ses conséquences», *ZSR*, 111/1992, pp. 367-388); no, si no lo son, porque se parte de la existencia de una contraprestación que no se da, salvo que admitamos esta clase de pactos sucesorios en el CCC (en contra, EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «El nou règim jurídic», pp. 17 y ss.; a favor FERRER RIBA, Josep siguiendo el derecho alemán, «Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi Civil de Catalunya» en *El nou Dret successori del Codi civil de Catalunya*, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008, pp. 28-29). Critican el empleo de la expresión «resolución», GARCÍA RUBIO, María Paz/HERRERO OVIEDO, Margarita, «Las disposiciones generales», p. 477.

tampoco son lo suficientemente «eficientes» como para influenciar la conducta del sucesor.

#### 4. POSIBLES NEGOCIOS JURÍDICOS «EFICIENTES» PARA LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

La afirmación que acabamos de realizar debe matizarse ya que existe un tipo de pacto sucesorio que sí pudiera ser lo suficientemente eficiente como para que se organizara la sucesión en la empresa familiar mediante el mismo, es decir, que el coste que supone su celebración es inferior al beneficio/utilidad que se pueda obtener, aunque no está ausente de desventajas. Nos referimos al *pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo* (art. 431-21 CCC). En efecto, éste es, como se sabe, revocable unilateralmente, mediante el otorgamiento de otro pacto sucesorio o bien mediante un testamento abierto notarial puesto que su finalidad esencial es evitar que al morir el causante deba abrirse la sucesión intestada<sup>87</sup>. Así, acaecidos determinados riesgos, como los descritos con anterioridad, que pudieran hacer cambiar la voluntad del causante, éste sólo tiene que otorgar un nuevo negocio jurídico *mortis causa* (art. 422-8.1 y art. 431-23 CCC). Ahora bien, como advierte el art. 431-21.3 CCC, es necesario que quede claramente expresado que el pacto sucesorio tiene ese carácter y que, por tanto, es revocable. A nuestro modo de ver, este precepto permite o bien que expresamente se establezca por las partes que tiene carácter preventivo o que se deduzca de modo claro y terminante dicha revocabilidad al establecerse la facultad de revocación. En contra de algún sector doctrinal<sup>88</sup>, consideramos que no es posible el pacto sucesorio que no tenga carácter preventivo pero que, sin embargo, se pacte la posibilidad, en el mismo, de revocación *ad libitum* por cualquiera de las partes o sólo por una de ellas, ya que esto sería dejar la validez y el cumplimiento del pacto al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CCE), además desvirtúa el sentido y la finalidad del pacto sucesorio<sup>89</sup>. Por eso, sólo es posible en la medida en que adquiera el carácter preventivo; en caso contrario, no es jurídicamente posible. Si no se prevé dicho carácter

<sup>87</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-21 CCC», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1152-1153.

<sup>88</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-23 CCC», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1125 y 1157.

<sup>89</sup> DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 318.

preventivo el pacto no podrá revocarse y será un pacto sucesorio «ordinario», esto es, sometido a las causas generales de revocación legalmente establecidas (art. 431-14 CCC).

El coste de la previsión del carácter preventivo, en una u otra formulación, no existe en el testamento. Por otro lado, la revocación del pacto sucesorio que contiene una institución con carácter preventivo exige su notificación, salvo dispensa, a los otros otorgantes, lo que tampoco es necesario en el testamento (art. 431-21.2 CCC). A ello, además, debe añadirse otro coste económico que existe, en determinado tipo de pacto sucesorio en el que se ha establecido un *heretament* o una atribución particular con carácter preventivo, cual es el recíproco o mutual, consistente en el coste que representa la necesidad de contar con el consentimiento de la otra parte del pacto para poder disponer *inter vivos* de los propios bienes. Ello supondrá, a buen seguro, incurrir en costes de transacción (art. 431-25.3 CCC)<sup>90</sup>, los cuales tampoco se dan en el testamento. Por otro lado, el pacto sucesorio, aunque sea preventivo, ya se instituya heredero o sea de atribución particular, siempre necesitará un determinado requisito de forma (art. 431-7 CCC).

Quizá una alternativa que también pudiera plantearse en términos de eficiencia, dependiendo de la regulación jurídica que se le otorgara, es el testamento *mancomunado*. Conocido es que el testamento mancomunado no se admite ni en el derecho catalán ni en el derecho del CCE, si bien la mayor parte de la doctrina se decanta por la derogación de la prohibición del testamento mancomunado en este último<sup>91</sup> y por la introducción de la figura en el CCC<sup>92</sup>, como se admite sin problemas en el derecho aragonés (arts. 91 y 102-107 Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte<sup>93</sup>). Este tipo de testamento es esencialmente revocable; ni siquiera es necesario hacer esa precisión en el propio contenido del

<sup>90</sup> EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Comentari a l'art. 431-23 CCC» EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1153.

<sup>91</sup> CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., «El testamento mancomunado, testamento exportable al Código Civil», *RJNavarra*, 15/1993, pp. 35-53; GARCÍA VICENTE, José Ramón, «El testamento mancomunado. Razones para la derogación del artículo 669 del Código civil» en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Servicios de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 289-299; MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «La libertad de testar», p. 20.

<sup>92</sup> Por todos, *vid.* SALVADOR CODERCH, Pablo/LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentari a l'art. 411-3 CCC» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 70.

<sup>93</sup> «BOA», núm. 26, de 4 de marzo de 1999 (en adelante, abreviada como «LASCM»). En la doctrina, *vid.* TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio, «El testamento mancomunado en Aragón», *AC*, 2000, pp. 693 y ss.

testamento, como por contra, debe establecerse el carácter preventivo en el pacto sucesorio en el que se ha instituido un heredero o se ha otorgado una atribución particular (art. 431-23.3 CCC), y, en cambio, permite un cierto acuerdo de familiares o parientes a la hora de determinar la figura del sucesor en la empresa familiar. Además, podría llegar a ser ológrafo (art. 96 LASCMM), con lo cual no habría coste de otorgamiento del mismo, coste que, en cambio, existe en caso de otorgamiento de pacto sucesorio en el que se instituye heredero o se otorga una atribución particular con carácter preventivo. Un inconveniente lo podría representar la revocación unilateral del testamento mancomunado cuando éste es correspectivo. Pero todo dependería del régimen de publicidad que se le asignara a dicha revocación, el cual puede requerir forma pública o carácter recepticio de la revocación, de forma que no surta efecto la revocación sin el conocimiento del otro otorgante del testamento<sup>94</sup>, aunque también puede no hacerse depender la eficacia de la revocación de dicho conocimiento bastando una comunicación por parte del notario a la otra parte otorgante (art. 106.4 LASCMM). Dependiendo del régimen jurídico de publicidad de la revocación que se adoptara, los costes de la misma podrían llegar a ser inferiores a los de la revocación del pacto sucesorio en el que se ha instituido heredero o se ha otorgado una atribución particular con carácter preventivo.

En cuanto a la regulación en relación con los actos de disposición *inter vivos*, por parte de los otorgantes del testamento, en el caso del testamento mancomunado correspectivo, se puede plantear la necesidad de que el otro otorgante preste el consentimiento a los negocios jurídicos de carácter gratuito, que sólo se le comunique con carácter recepticio haciendo depender la eficacia de ese acto de disposición del conocimiento del otro otorgante o la ineficacia sobrevinida de la disposición correspectiva o incluso de todo el testamento en el momento en que se disponga. En este último supuesto, se obviaría la necesidad de incurrir en costes de transacción recabando el consentimiento del otro otorgante.

Los costes económicos, arriba referidos, se ahorran en caso del testamento ordinario. La fase de información (los costes de transacción) y de elección del sucesor siempre existe, se opte por testar o por pactar. En cambio, se pueden obviar los costes posteriores, esto es, los costes que conlleva el cambio en la voluntad del causante, lo que hace que la regulación del testamento sea más eficiente que la del pacto sucesorio. El *testamento*, como es sabido, es esencialmente revocable (art. 422-8.1 CCC) y sin necesidad de

<sup>94</sup> GARCÍA VICENTE, José Ramón, «El testamento mancomunado», p. 295.

expresar causa alguna de revocación, incluso es válido un testamento meramente revocatorio del anterior (arts. 422-8 y 422-9 CCC), lo que facilita el adaptar la situación sucesoria futura a los cambios sobrevenidos que pueden ocurrir en la empresa familiar, en el causante o en la persona del sucesor. No se precisa dar publicidad a la revocación, y el otorgante puede disponer de sus bienes *inter vivos* del modo que quisiere. Además, puede otorgarse en forma ológrafa (art. 421-17 CCC), con lo cual los costes notariales también se ahorrarían. Supone, en definitiva, un ahorro de costes económicos mayor en relación con los otros dos negocios jurídicos a los que nos hemos referido: pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo y testamento mancomunado. El testamento, pues, se presenta como el negocio jurídico *mortis causa* más eficiente, ya que proporciona mayor utilidad a cambio de un menor coste, lo que es muestra de que la regulación jurídica del mismo es eficiente<sup>95</sup>.

Por otro lado, debe tenerse presente que tanto el testamento (mancomunado u ordinario) como el pacto sucesorio con institución de heredero o de atribución particular con carácter preventivo, por esa posible revocación, estimularán más y mejor al sucesor para que se involucre en la empresa familiar puesto que, en caso de no hacerlo, éste se arriesga a que el causante acabe revocando la institución realizada.

#### IV. LOS PACTOS SUCESORIOS DE ATRIBUCIÓN PARTICULAR, ¿NECESIDAD DE SU EXISTENCIA?

Otra de las novedades del Libro IV CCC es la figura de los pactos sucesorios de atribución particular a cuyo análisis ya hemos dedicado algunas líneas en un trabajo anterior<sup>96</sup>. Así, el legislador catalán ha diferenciado entre el pacto sucesorio de institución de heredero, sucesor a título universal, el tantas veces citado *heretament*, y el pacto sucesorio en el que se puede instituir a un sucesor a título particular, el sucesor en la atribución particular<sup>97</sup>. El pacto sucesorio de atribución particular viene a representar, tal y como

<sup>95</sup> En términos de flexibilidad del testamento frente al pacto sucesorio, *vid.* SALVADOR CODERCH, Pablo/LÓPEZ BURNIOL, Juan José, «Comentari a l'art. 411-3 CCC» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 70.

<sup>96</sup> *Vid.* nota núm. 5 de esta contribución.

<sup>97</sup> A nuestro modo de ver, caben pactos sucesorios de atribución particular de eficacia real y de eficacia obligatoria. Sólo los primeros implican que se instituya a un sucesor; en los segundos, en cambio, el instituido es un adquirente de un derecho de crédito (NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009).

explica el propio legislador, en el Preámbulo de Ley que aprobó el Libro IV, el equivalente en la sucesión contractual a los legados en la sucesión testamentaria<sup>98</sup>. De ahí que, el art. 431-30.5 CCC aplique a las atribuciones particulares las normas de los legados en la medida en que ello sea compatible con la naturaleza irrevocable del pacto sucesorio<sup>99</sup>, lo que no deja de tener sentido, puesto que el testamento o el codicilo en el que se puede establecer un legado, son por esencia revocables.

La pregunta que debe, entonces, hacerse es si realmente es necesaria esta categoría de pactos sucesorios y no hubiera sido suficiente con permitir otorgar legados en pacto sucesorio, máxime, si se tiene en cuenta que, en el derecho sucesorio catalán, habían sido posibles los legados cuando éstos se otorgaban en *heretament*; luego, conjuntamente con la institución de heredero. El art. 68 CS estatúa que, en un *heretament*, podían establecerse todo tipo de condiciones, limitaciones, substituciones, fideicomisos, reversiones, nombramiento de administradores y albaceas y confiar, en general, a otra persona cualquier clase de encargo o función con la misma amplitud que se puede hacer en un testamento. La enumeración de estipulaciones que hacía el precepto era a título de ejemplo<sup>100</sup> y, consiguientemente, también cabía otorgar legados siempre que, como se ha dicho, se hicieran conjuntamente con la institución de heredero. Muestra de ello era el art. 91.1 CS en virtud del cual, en caso de *heretaments* a favor de los hijos de los contrayentes, cuando aquéllos eran puros y prelativos, salvo pacto en contrario, el causante podía otorgar a sus hijos o descendientes no favorecidos un «legado» que no excediera la mitad de la cuota legitimaria.

Por su parte, los derechos autonómicos que regulan la figura admiten la existencia de legados en pactos sucesorios. Los pactos sucesorios en los que se otorgan legados, son conocidos en otros derechos autonómicos. En efecto, en el *derecho aragonés* se recoge la *sucesión paccionada*, en el título II, de la LASCN, en los

<sup>98</sup> En efecto, el Preámbulo IV de la Ley 10/2008 advierte que: «En aquesta línia de més obertura, s'han de destacar dos trets del nou sistema de successió contractual. D'una banda, pel que fa al contingut del títol successori, els pactes successoris no es limiten ja a la institució d'hereu o heretament, sinó que admeten també, conjuntament amb l'heretament o aïlladament, la realització d'atribucions particulars, equivalents als llegats en la successió testamentària».

<sup>99</sup> En nuestra opinión, el art. 431-30.5 CCC presenta una redacción deficiente ya que la irrevocabilidad no se refiere a la atribución patrimonial, sino al pacto en el que se contiene. En efecto, la atribución patrimonial, como el legado, *per se*, no es ni revocable ni irrevocable, lo que le hace adquirir ese carácter, revocable o irrevocable, es el negocio jurídico que le sirve de cauce (NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009).

<sup>100</sup> LÓPEZ BURNIOL, Juan José «Los heredamientos» en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, coord. por JOU I MIRABENT, Lluís, Barcelona, 1994, p. 337.

arts. 62 a 89, donde se regulan los pactos sucesorios sin diferenciar entre pactos sucesorios donde se instituya heredero y pactos sucesorios de atribución particular, atribución ésta que la LASCMI califica como legado. En el *derecho gallego*, la *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia*<sup>101</sup> regula en los arts. 209 a 227 los pactos sucesorios. Concretamente, regula los pactos sucesorios de mejora y los de apartación<sup>102</sup>. Los pactos sucesorios de mejora (art. 214 LDCG) son aquellos pactos que más se asemejan a los pactos sucesorios de atribución particular, por cuanto suponen la atribución de bienes concretos, si bien se diferencian en el sujeto beneficiado por ellos ya que, en el derecho gallego, debe ser necesariamente un descendiente y no, en cambio, como es posible en el derecho catalán, un tercero ajeno a la familia. En el *derecho vasco*, la sucesión paccionada se contempla en la *Ley 3/1992, de 1 de julio, de derecho civil foral del País Vasco*<sup>103</sup>: para Vizcaya, en los arts. 74 a 83 y, para Guipúzcoa, en los arts. 179 a 188. En ambos supuestos, caben los pactos sucesorios tanto a título universal como a título particular. En el *derecho balear*, también se conocen los pactos sucesorios, los cuales deben contener la institución de heredero, por lo que también son conocidos como *heretaments*. La regulación de los mismos aparece reflejada en los arts. 72 a 77 de la *Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares* aprobada por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre<sup>104</sup>, normativa que se aplica a las islas de Ibiza y Formentera. Finalmente, en el *derecho navarro*, los pactos sucesorios se recogen en el *Fuero Nuevo* (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra)<sup>105</sup>, en sus Leyes 172 a 183 donde se permite que se otorguen pactos sucesorios tanto a título universal como particular. Se vislumbra pues que, a excepción del derecho balear, los otros ordenamientos jurídicos permiten la celebración de pactos sucesorios en los que se instituya heredero o sólo se hagan atribuciones a título particular, conjuntamente con dicha institución o de forma independiente y que a la atribución particular se la denomina legado. En este sentido, por un lado, si bien la nueva regulación de esta clase de pactos, en el derecho catalán, está en la línea de estos derechos, por otro lado, no se comprende el porqué se crea una categoría nueva y no se la denomina sencillamen-

<sup>101</sup> «BOE», núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

<sup>102</sup> BUSTOS LAGO, José Manuel, «Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», *RCDI*, núm. 706, 2008, pp. 519 ss.

<sup>103</sup> «BOPV», núm. 153, de 7 de agosto de 1992.

<sup>104</sup> «BOCAIB», núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

<sup>105</sup> «BOE», núms. 57 a 63, de 7 a 10 y 12 a 14 de marzo de 1973. Como es sabido, esta Ley fue modificada por la Ley foral 5/1987, de 1 de abril («BON», núm. 41, de 6 de abril).

te legado; aunque se podría haber ido todavía más allá estableciendo una única regulación de los pactos sucesorios en los que se puede instituir heredero o legatario.

Además, los derechos extranjeros<sup>106</sup> que también contemplan la figura –derecho alemán [§ 2278 (2) BGB]<sup>107</sup> y suizo (art. 494.1 ZGB), fundamentalmente– admiten dicha posibilidad, esto es, el otorgamiento de legados en contrato sucesorio. *¿Por qué crear entonces una nueva figura jurídica?*<sup>108</sup> *¿por qué no llamarla por su nombre?* Que el legislador permita el otorgamiento de legados en pacto sucesorio en el que se instituye heredero, obliga a hacer una distinción que, aunque no todos los autores comparten<sup>109</sup>, consideramos que es posible hacer, cual es la distinción entre el negocio jurídico *inter vivos post mortem* que representa el pacto sucesorio y las diversas disposiciones que, en el mismo, pudieran contenerse. En este sentido, nos parece que, en la regulación que ha dado el legislador catalán, sería posible una triple acepción de pacto sucesorio: primero, pacto sucesorio en cuanto documento público en el que se contiene la declaración de voluntad o las declaraciones de voluntad; segundo, pacto sucesorio en cuanto negocio jurídico y, tercero, pacto sucesorio para referirse a cada una de las disposiciones que, en dicho negocio jurídico, se contienen<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Los países en los que el «contrato sucesorio» está admitido y regulado son los siguientes: *Alemania*, §§ 2274 a 2302 BGB; *Austria*, § 364c ABGB; *Dinamarca*, donde el 1 de enero de 2008 entró en vigor un nuevo Derecho de Sucesiones (*arvelov* – ARL), lo recoge en los arts. 41 a 47 ARL 2008; *Estonia*, §§ 90 a 103 de la Ley de sucesiones; *Hungría*, §§ 655 Ptk.; *Letonia*, arts. 639 ss. ZGB; *Liechtenstein*, §§ 602, 1253 ABGB; *Portugal*, arts. 1700 ss. CC; *Rumania*, arts. 802 ss. CC; *Suiza*, arts. 512 a 515 ZGB; *Turquía*, arts. 527 ss. ZGB; *Ucrania*, arts. 1302 ss. ZGB (Süss, Rembert, *Erbrecht in Europa*, 2ª. edic., Zerb Verlag, Angelbachtal, 2008, pp. 437 ss., pp. 486 ss., pp. 567 ss., pp. 960 ss., pp. 967 ss., pp. 1107, pp. 1239, pp. 1339 ss., pp. 1548-1549, pp. 1567-1568, pp. 1592-1593).

<sup>107</sup> FRANK, Rainer, *Erbrecht*, 4ª edic., Verlag C.H. Beck, Munich, 2007, p. 166.

<sup>108</sup> Se podría alegar para negar la posibilidad de otorgar legados en pacto sucesorio, el art. 431-7.1 CCC en el que se explicita que «no podrán otorgarse en pacto sucesorio disposiciones de última voluntad». Una disposición de última voluntad es siempre revocable, por eso, no cabe otorgarla en pacto sucesorio que es irrevocable. Y ¿cuál es la distinción de última voluntad revocable? Se responde: el legado (DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 311). Sin embargo, en la regulación de esta figura no se indica, en ningún precepto, que sea revocable o irrevocable, porque, como hemos indicado, el que lo es o no lo es, es el negocio jurídico del que se sirva el legado para otorgarse. Por tanto, la expresión del precepto, debe entenderse en el sentido de que la escritura pública de protocolo familiar no sirve para otorgar «testamentos», concretamente, el notarial (arts. 421-13 y 421-15 CCC), ni donaciones *mortis causa* (arts. 432-3.1 CCC en relación con art. 531-12 CCC). De todos modos, cabría realizar en pacto sucesorio la asignación de bienes y derechos en pago de la legítima (art. 431-22 CCC).

<sup>109</sup> *Vid.* a este respecto, mi comentario al art. 431-29 CCC en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep, *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, T. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1177. A favor de la distinción que se traza en el texto, *vid.* DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 310.

<sup>110</sup> *Vid.* nota a pie de página núm. 7 de este trabajo.

Nos parece necesaria una regulación unitaria del pacto sucesorio en general, sin diferenciar entre *heretament* y pacto sucesorio de atribución particular. Así, se evitaría la aplicación analógica de determinadas normas del primero al segundo<sup>111</sup>, sobre todo si se tiene en cuenta que las modalidades de pacto sucesorio son las mismas, en uno y otro caso (arts. 431-19, -20, -21 y -29 CCC), y que el elemento familiar, ahora, no representa ningún principio cardinal del pacto sucesorio en el derecho catalán (Preámbulo IV Ley 10/2008: «...la successió contractual es deslliga del seu context matrimonial: si bé els pactes es poden continuar fent en capítols matrimonials, això ja no és un requisit essencial...»).

## V. CONCLUSIONES FINALES

La predicción de futuro, que se deduce de lo expuesto, es la escasa relevancia práctica que seguirán teniendo muy probablemente los pactos sucesorios. Sólo aquel pacto que haga que los costes sean mínimos, como pudiera ser el caso del pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo, podrá tener cierta relevancia, aunque no la que tiene y previsiblemente tendrá el testamento. La regulación jurídica de los pactos sucesorios no resulta, por tanto, y a pesar de las modificaciones llevadas a cabo por el legislador catalán, eficiente para regular la sucesión en la empresa familiar, si bien la misma conclusión podría resultar aplicable a otros supuestos en los que se pretenda regular la sucesión *mortis causa* mediante pactos sucesorios.

También debe concluirse que, a pesar de la preferencia e incluso la incompatibilidad de la sucesión vía pacto sucesorio respecto de la sucesión testamentaria, en la práctica, la norma del art. 431-23 CCC tendrá escasa, por no decir, nula aplicación práctica. Téngase en cuenta que, a tenor del art. 431-23.2 CCC, la excepción a esta regla es precisamente el *heretament* preventivo. La regulación jurídica que genera menos costes y que, por tanto, es la económicamente más eficiente es la regulación del testamento<sup>112</sup>, lo que se corresponde con las estadísticas ofrecidas<sup>113</sup> y con el comportamiento «racional» del ciudadano medio al que aluden los economistas.

<sup>111</sup> Se hace alusión explícita a esta cuestión en NAVAS NAVARRO, Susana, «El pacto sucesorio», *Indret* 1/2009.

<sup>112</sup> Téngase presente que una de las características de las últimas modificaciones legislativas en materia de testamento es la flexibilización (*softening*) de las formas testamentarias, lo que conlleva una mayor «eficiencia» del mismo frente a otros títulos sucesorios.

<sup>113</sup> *Vid.* epígrafe II de este trabajo.

Los pactos sucesorios no representan un obstáculo insalvable en la unificación del derecho de sucesiones en Europa, sobre todo, si se tiene en cuenta su escasa aplicación práctica. Como se conoce, en una distinción elemental, los países de tradición romano-germánica<sup>114</sup> admiten el contrato sucesorio (*Erbvertrag*), no así los de tradición romano-francesa<sup>115</sup>, aunque en estos últimos se han buscado figuras alternativas, como en Francia, la donación irrevocable o la institución contractual de heredero en capítulos matrimoniales<sup>116</sup>. En el derecho inglés, se alude a «*contract to leave a gift*» o «*contract not to revoke a will*»<sup>117</sup> como figura jurídica que puede llegar a tener efectos jurídicos similares al pacto sucesorio. Dicho con otras palabras, éstos no pueden impedir la unificación del derecho de sucesiones basada en la libertad de testar, que está reconocida por todos los ordenamientos jurídicos de nuestra área de influencia<sup>118</sup>. Quizá existan otros obstáculos a la misma. Los pactos sucesorios no deberían representar una barrera insalvable.

Finalmente, no sería descabellado replantearse la necesidad de los pactos sucesorios de atribución particular y de una regulación unitaria de éstos y de los *heretaments*, de suerte que existiera una única categoría, el pacto sucesorio, en el que se pudiera instituir heredero y legatario. La división de los pactos sucesorios debería haberse hecho en función de si los otorgantes son, a su vez, favorecidos con la institución o no. Esta distinción no queda clara en la regulación vigente del pacto de atribución particular. En efecto, existen normas con un pretendido carácter general cuando, de hecho, sólo pueden aplicarse, según el favorecido sea otorgante del pacto o no lo sea.

<sup>114</sup> Vid. nota a pie de página núm. 106.

<sup>115</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte» en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.), *Derecho privado europeo*, editorial Colex, Madrid, 2003, p. 1229; MARIUS J. DE WAAL, «A Comparative Overview» en KENNETH G. C. REID/ DE WAAL, Marius J./ZIMMERMANN, Reinhard, *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edimburgh Studies in Law, vol. 5, Edimburgh University Press, 2007, pp. 16-17; GRIMALDI, Michel, *Droit civil. Successions*, 6.ª edic., Litec, París, 2001, p. 356, núm. 356.

<sup>116</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités (JO, du 24 juin 2006). En la doctrina, vid. DELFOSSE, Alain/PENIGUEL, Jean-François, *La réforme des successions et des libéralités*, Litec, París, 2006, pp. 260 ss.; PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el derecho francés», *RCDI*, núm. 170, 2005, pp. 2485-2500.

<sup>117</sup> ANDERSON, Miriam, «Una aproximación al derecho de sucesiones inglés», *ADC*, 2008, pp. 1262-1263; HIRAM, Hilary, «New Developments in UK Succession Law», vol. 10.3 *Electronic Journal of Comparative Law* (diciembre, 2006), <http://www.ejcl.org/103/article103-7.pdf>; PINTENS, Walter, «Die Europäisierung», p. 644; PARRY & KERRIDGE, *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 12.ª edic, London, 2009, pp. 95-96, 6.01.

<sup>118</sup> VAN ERP, Sjef, «New Developments in Succession Law», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, diciembre 2007, <http://www.ejcl.org>; DE WAAL, MARIUS J., «A Comparative Overview», pp. 16-17; VAQUER I ALOY, Antoni, «The Law of Successions», pp. 556 ss.; VERBEKE, Alain/LELEU, Yves-Henri, «Harmonization of the Law of Succession in Europe», en HARTKAMP, A. S./HESSELINK, M./HONDIUS, E. J./DU PERRON, (dir.), *Towards a European Civil Code*, ed. Kluwer, La Haya/London/Boston, 1994, pp. 335-350.