

L'ordenació conjunta de la successió dels cònjuges. Heretament preventiu o testament mancomunat?

Joan Egea Fernández

Catedràtic de dret civil
Universitat Pompeu Fabra

Abstract*

Els cònjuges catalans acostumen a ordenar la seva successió atorgant cadascun el seu propi testament, de forma simultània i amb el mateix contingut, pràcticament com si es tractés d'un únic negoci jurídic mortis causa. Davant d'això, la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, va considerar oportú fer possible que, efectivament, poguessin disposar dels seus béns de manera conjunta i revocable, però no ho va fer, com hauria estat desitjable, mitjançant l'admissió del testament mancomunat, sinó que va optar per dissenyar un nou model d'heretament preventiu. El present treball, després d'examinar els règims jurídics que caracteritzen els dos instruments successoris, conclou que les diferències no són substancials i que, efectivament, amb la regulació actual, els heretaments preventius amb pluralitat de causants poden assumir la funció que correspondria al testament mancomunat. El temps transcorregut des de l'entrada en vigor de la Llei demostra, però, que el nombre d'heretaments segueix sent insignificant i que, alhora, segueixen proliferant els testaments individuals en els quals els cònjuges atorguen disposicions correspectives. És a dir, els testadors no perceben de la mateixa manera atorgar un heretament preventiu que testar conjuntament, i no és inversemblant pensar que, si la regulació que avui es dona a l'heretament mutual preventiu hagués rebut el nom de "testament mancomunat", el nombre de disposicions conjuntes seria molt més gran.

Los cónyuges catalanes suelen ordenar su sucesión otorgando cada uno su propio testamento, de forma simultánea y con idéntico contenido, prácticamente como si se tratara de un único negocio jurídico mortis causa. Ante ello, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, consideró oportuno posibilitar que, efectivamente, pudieran disponer de sus bienes de forma conjunta y revocable, pero no lo hizo, como hubiera sido de esperar, mediante la admisión del testamento mancomunado, sino que optó por diseñar un nuevo modelo de heredamiento preventivo. En el presente trabajo, después de examinar los regímenes jurídicos que caracterizan ambos instrumentos sucesorios, se concluye que las diferencias no son sustanciales y que, efectivamente, con la regulación actual, los heredamientos preventivos con pluralidad de causantes pueden asumir la función que correspondería al testamento mancomunado. El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley demuestra, sin embargo, que el número de heredamientos sigue siendo insignificante y que, a la vez, siguen proliferando los testamentos individuales en los que los cónyuges otorgan disposiciones correspondientes. Es decir, los testadores no perciben que sea lo mismo otorgar un heredamiento preventivo que testar conjuntamente, y no es inverosímil pensar que, si la misma regulación que hoy se da al heredamiento mutual preventivo hubiera recibido el nombre de "testamento mancomunado", el número de disposiciones conjuntas sería mucho mayor.

Catalan spouses usually make their wills simultaneously and with the same content in order to give and bequeath each other as sole heirs, almost as if it was a single mutual will. In response, Law 10/2008, of 10 July, of the fourth book of the Civil Code of Catalonia, regarding successions, considered appropriate to enable such joint bequeathing of their property, even though the law did not articulate it, as it was desirable, as a joint and mutual will but as a revocable contract upon a future succession, a new model of

* Aquest treball s'enmarca dins del Projecte d'Investigació "Reforma del Derecho de familia y análisis unitario de su régimen patrimonial. Atribución de derechos de propiedad, pretensiones compensatorias y atención de necesidades a su disolución por crisis y por causa de muerte" (DER2011-27960), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por el prof. Dr. Josep Ferrer Riba.

preventive inheritance pact. After reviewing the legal regimes that characterize both inheritance instruments, the paper concludes that the differences are not substantial and that, indeed, under the current regulation, preventive inheritance pacts with several testators work as a joint and mutual will. In practice, however, since the entering into force of the Law 10/2008 the number of preventive inheritance pacts concluded is still very low and testators prefer to make two different single wills where the spouses bequeath each other as sole heirs. The lack of identification, among testators, between preventive inheritance pacts and mutual wills suggests the possibility that the former terminology would have been much more appealing and the number of such wills would be much higher.

Title: The joint planning of spouses' inheritance. Preventive inheritance pact or mutual will?

Paraules claus: pactes successoris, successió contractual, heretament mutual, testament mancomunat, heretament preventiu, revocació, dret civil català

Keywords: succession agreements, mutual inheritance pact, preventive inheritance pact, revocation, Catalan civil law

Sumari

1. Introducció
2. Els testaments pluripersonals a la tradició jurídica catalana
3. Les propostes de regulació del testament mancomunat en el dret català
4. La funcionalitat de l'heretament preventiu com a testament mancomunat. Similituds i diferències entre ambdós
 - 4.1. Consideracions generals
 - 4.2. Modalitats d'heretament preventiu amb pluralitat de causants
 - 4.3. Legitimació i capacitat
 - 4.4. Requisits de forma
 - 4.5. Contingut
 - 4.6. Causes d'ineficàcia: nul·litat, revocació i crisi matrimonial o de parella
 - 4.7. Limitació de les facultats dispositives en vida del causant
5. Consideracions conclusives
6. Bibliografia

1. Introducció

La pràctica notarial posa de manifest que molts cònjuges catalans, i també convivents en parella estable, solen acudir al notari per a atorgar testament el mateix dia i a la mateixa hora, sovint en números de protocol successius i, en ocasions, assistint fins i tot cadascun a l'acte d'atorgament de l'altre, de manera que no és estrany que alguns puguin arribar a creure, erròniament, que les dues declaracions formen part d'un únic acte testamentari. Sobre això, precisament, els mateixos notaris han assenyalat la sorpresa que manifesten aquestes parelles, que no entenen perquè, volent afavorir-se mútuament amb una institució recíproca, no poden atorgar-la en el mateix document¹.

Efectivament, el més comú és que s'institueixin mútuament hereus amb substitució vulgar a favor dels fills comuns, tot i que, en ocasions, s'hi afegeix la clàusula segons la qual, a la mort del cònjuge sobrevivent, el romanent dels béns que integraven l'herència del premort i del qual no hagués disposat passarà als esmentats fills. Es tracta d'una manera de fer que demostra una clara voluntat d'ordenar la successió de forma concertada i harmònica, per bé que no es pot perdre de vista que estem davant de dos testaments diferents, que tenen vida pròpia i, per tant, que cadascun pot ser revocat independentment i sense que l'altre atorgant se n'arribi a assabentar.

La realitat que acabem de descriure s'entén millor si es té en compte que, des de ja fa força temps, els patrimonis familiars ja no estan vinculats a «la casa», entesa com a unitat d'explotació agrària, sinó que els recursos de les famílies deriven fonamentalment del treball dels seus integrants i es destinen a satisfer les pròpies necessitats, més que a l'acumulació per a les futures generacions. Vull dir que aquesta nova realitat econòmica s'ha reflectit en el tipus preponderant de disposició successòria, que actualment es caracteritza, com deia, pel predomini de les institucions recíproques d'hereu entre cònjuges, en les quals els fills acostumen a quedar en un segon pla. Dit d'una altra manera, el patrimoni aconseguit durant la convivència ja no té com a destinació majoritària la seva transmissió a la descendència sinó que, en un moment en què l'esperança de vida és cada cop més elevada, s'opta per assegurar el sosteniment econòmic de la parella i, arribat el moment, del sobrevivent².

El legislador català ha volgut donar cobertura jurídica a aquesta nova realitat que porta que les parelles demanin poder disposar conjuntament i coordinada del seu patrimoni hereditari en un mateix acte i amb possibilitat de revocació. Ara bé, evidenciant encara una mena de malfiança envers del testament mancomunat o conjunt, no ho ha fet mitjançant la incorporació d'aquesta figura testamentària –que, en principi i de forma natural, es podria considerar l'instrument més idoni–, sinó que ha optat per donar una nova configuració als pactes successoris, concretament a l'heretament preventiu, possibilitant que, amb un disseny adequat, pugui ocupar el lloc d'aquell.

En síntesi, el dret català vigent, tot i que no ho formula de manera expressa, ha optat per

¹ Així ho havien fet notar, ja fa força anys, SANTIDIUMENGE FARRÉ (1994, p. 440) i GARRIDO MELERO (1997, p. 490).

² Cf., en aquest sentit, l'experiència professional que relata el notari ESQUIROL JIMÉNEZ (2008, p. 101).

mantenir la prohibició del testament mancomunat³. Així es desprèn, en efecte, de la mateixa regulació del testament que conté el Codi civil de Catalunya, que es caracteritza per ser un negoci jurídic unilateral, individual, personalíssim, solemne i essencialment revocable. De fet, va ser l'elevació a la categoria de dogma de l'esmentat caràcter individual allò que, en el dret espanyol, ja fa més de 125 anys, va comportar que l'art. 669 del Código Civil prohibís expressament aquest tipus testamentari i, per influència d'aquest, que en el dret català s'entengués que tampoc no hi tenia cabuda. No cal dir que el testament mancomunat s'aparta d'aquesta concepció individual, ja que l'atorguen dues o més persones en un sol acte o instrument formal amb caràcter revocable, unitari i indivisible, en el qual manifesten la darrera voluntat respecte de la destinació dels seus respectius patrimonis per a després de la mort⁴. I això, amb independència que ho facin en clàusules separades per a cada testador o en una de sola que contingui l'expressió de la voluntat successòria de tots ells, com passa sovint amb les institucions recíproques d'hereu.

Són dues les raons que, tradicionalment, se solen adduir per a prohibir el testament amb pluralitat d'atorgants. La primera es refereix a la possible afectació de la llibertat de testar, en el sentit que hom ha pogut considerar que el fet que un testador conegui el contingut de la declaració de l'altre pot facilitar la captació de voluntat i induir-lo a testar en un determinat sentit. Es tracta d'un argument que, en la meua opinió, és inconsistent, ja que les pressions per a testar no depenen del fet que les declaracions de voluntat es facin en un mateix acte o separatament, a banda que és una obvietat que a l'hora de disposar *mortis causa* ningú no deixa de tenir present de quina manera el cercle familiar rebrà la seva voluntat successòria. Tot això, per no dir que no és gens estrany que el testador atorgui el testament condicionat, precisament, per aquest judici de previsibilitat⁵. Sigui com sigui, sembla excessiu que la solució adoptada per a evitar les captacions de voluntat hagi consistit en prohibir absolutament aquesta forma testamentària, descartant així la possibilitat d'admetre-la amb certs condicionants que, com l'exigència de la intervenció notarial, fàcilment haguessin permès garantir l'esmentada llibertat de testar.

L'altra raó que s'al·lega per a rebutjar el testament mancomunat fa referència al fet que, atès que la revocació és una característica essencial de qualsevol testament, no és clar que qualifiqui també aquest tipus testamentari, ja que la línia que el separa dels contractes successoris —per definició irrevocables— és difusa. Hom considera que admetre la revocació en vida de l'altre atorgant, sense que en tingui coneixement, podria constituir una frustració de la natural expectativa

³ Amb l'entrada en vigor del Codi de successions, l'any 1991, la doctrina havia criticat el fet que s'hagués deixat passar l'oportunitat d'introduir aquest tipus testamentari a l'ordenament català (SANTDIUMENGE FARRÉ, 1994, p. 439). Aquesta mateixa crítica la formulen, novament, per al llibre quart, SALVADOR CODERCH/ LÓPEZ BURNIOL (2009, p.70), admetent, però, que la nova configuració de l'heretament preventiu —revocable unilateralment amb notificació notarial (art. 431-21 CCCat)— ha vingut a omplir aquest buit formal.

⁴ V., per exemple, la definició que fa l'article 3 c) del Reglament (UE) núm. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell de 4 de juliol de 2012 relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu, on es concep com «el testamento otorgado en un acto por dos o más personas».

⁵ Cf., en aquest mateix sentit, la crítica que fa ALBALADEJO (1990, p. 108), on destaca que les pressions es donen en molts casos i se seguiran donant amb testament mancomunat o sense.

d'aquest. I el mateix es diu per al cas que la revocació es produís després d'haver mort un d'ells, si les disposicions que el premort havia atorgat s'havien fet tenint en consideració les que en aquell mateix testament havia fet el cotestador.

D'aquí que hom hagi pogut entendre que, com que la millor manera de garantir que el sobrevivent respectarà la confiança que deriva del caràcter recíproc o corespectiu de les estipulacions és configurar el testament mancomunat com a irrevocable un cop hagi mort un dels testadors, això suposa canviar-ne la naturalesa i atorgar-li els efectes propis del contracte successori. Ara bé, no em puc estar de cridar l'atenció, perquè evidencia una certa incoherència, sobre el fet que l'ordenament català, que, a través dels heretaments, admet que els cònjuges puguin pactar amb caràcter irrevocable la disposició conjunta de les respectives herències, hagués acabat interioritzant, arrossegat pel Codi civil espanyol, que no puguin fer el mateix, però amb caràcter revocable⁶.

La Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, pretén salvar aquestes objeccions, però, com deia, no ho ha fet a través del camí, més senzill, d'incloure directament una regulació dels testaments mancomunats, sinó que ha preferit fer un rodeig i adaptar els heretaments perquè puguin complir aquesta mateixa funció. Concretament, ha donat un nou perfil a l'heretament preventiu, la característica més destacada del qual és que –com el testament–, un cop atorgat, es pot deixar sense efecte unilateralment per mitjà d'una altra disposició *mortis causa* posterior, de manera que, quan tots els atorgants són alhora causants, es configura com un tipus negocial molt semblant al que, en d'altres ordenaments, caracteritza el testament mancomunat. Així, doncs, aquesta assimilació passa pel fet que els atorgants institueixin hereu en les respectives herències, sigui recíprocament (heretament mutual preventiu)⁷ o bé afavorint un tercer (normalment algun dels fills) ja sigui

⁶ De fet, l'article 3 b) del Reglament (UE) núm. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, anteriorment citat, considera que els acords que porten els testadors a atorgar testaments recíprocs són pactes successoris, ja que defineix aquests darrers com «todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo».

⁷ En el dret català, des de l'entrada en vigor de la Compilació, l'any 1960, la successió recíproca entre cònjuges (si deixem de banda les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència) s'ha canalitzat, sense cap mena d'inconvenient, per la via dels anomenats heretaments mutuels. Amb tot, un sector de la nostra doctrina clàssica representat, destacadament, per CANCER (1979, cap. VII, núm. 136, 137, 143 i 150), havia vist amb recel els pactes successoris entre cònjuges, entenent que eren un *pactum de succedendo* que no trobava empara en la *causa matrimonii*. En canvi, DE TRISTANY (1701, vol. III, dec. XCI, *per totum*), tot citant una sentència del Regi Senat de 3 de maig de 1698, mantenia la posició contrària, ja que considerava vàlida la donació entre cònjuges feta «mutuam sibi ad invicem fecerunt donationem omnium bonorum praesentium et futurorum, iurium et actionum in favorem ultimi morientis, cum reservatione 500 librarum ad testandum». A final del segle XIX, també tenim constància del fet que l'heretament mutual entre cònjuges es pactava com a clàusula complementària de l'heretament preventiu a favor dels fills. V., en aquest sentit, la «Nota de Redacció» de la revista *La Notaría* «Consultas sobre el Código civil», XXXII, núm. 1627 (1889, 10-6) p. 12838 i 12839 [reproduïda a EGEA FERNÁNDEZ/ MARSAL GUILLAMET, 1994, p. 320]. Pocs anys després, DE BROCA (1918, p. 740 i 741), referint-se específicament a l'heretament mutual preventiu, confirma que era una institució relativament nova que es consignava en els capítols matrimonials preveient que, en el cas que qualsevol dels cònjuges morís, el seu hereu seria el sobrevivent, el qual, si tingués fills, hauria de disposar dels béns adquirits d'aquesta manera a favor d'ells. Finalment, l'any 1960, la Compilació dissenyà un règim jurídic dels heretaments mutuels que se seguí circumscriuint als cònjuges i que prescindí de tota referència a la possibilitat d'atorgar-los amb caràcter preventiu, que com veurem, es recuperaria l'any 1991 amb el Codi de successions.

directament o com a hereu successiu.

Per a entendre millor la nova configuració dels heretaments, inclòs naturalment el preventiu, s'ha de tenir present que avui els pactes successoris es caracteritzen, sobretot, perquè, a diferència del que havien estat històricament, ja no es conceben com un acord entre els pares que heretaven el fill que es casava i la família de la muller que constituïa el dot, sinó que es poden atorgar al marge de la relació matrimonial. És a dir, aquests pactes es configuren com un «convenir» la institució d'hereu o una atribució particular amb alguna de les persones referides a l'art. 431-2 CCCat, sense que aquesta institució o atribució, necessàriament, hagi de tenir cap vinculació amb el matrimoni. Hom pot afirmar, per tant, que els pactes successoris s'apropen força a l'esquema típic dels negocis gratuïts⁸, en què una de les parts és qui disposa i l'altra l'afavorit, tot i que, com acabem de veure, hom pot pactar també que l'afavorit sigui un tercer.

En qualsevol cas, no podem perdre de vista que, fins i tot en el supòsit que el pacte tan sols es refereixi a la successió d'un dels atorgants, l'element configurador continua sent l'acord de voluntats⁹, la qual cosa pressuposa que, siguin causants o no, tots ells han de tenir un interès en l'ordenació del contracte successori. Lògicament, aquest interès sempre és present quan un és beneficiari de la successió ordenada per l'altre atorgant i, també, quan es fan disposicions recíproques (a favor del que sobrevisqui) o a favor d'un tercer al qual institueixen hereu de forma corespectiva¹⁰.

Per la seva banda, s'ha de tenir en compte que el testament mancomunat, definit en els termes que hem emprat al començament d'aquesta exposició, no és només un instrument successori que possibilita la formulació d'una pluralitat de voluntats testamentàries en un mateix acte d'atorgament, sinó que permet, al mateix temps, tractar unitàriament les disposicions d'ambdós atorgants. D'aquí se'n deriva que el més freqüent serà que allà on s'admeti aquest testament–les disposicions successòries de cada testador estiguin interrelacionades.

Aquests testaments, com veurem més endavant, havien estat admesos en el *ius commune* i incorporats a la pràctica testamentària catalana. No fou fins a començament del segle XIX, en ple

⁸ Segons el preàmbul, les parts poden causalitzar-los de manera diferent –en referència, pel que sembla, que es poden pactar amb causa onerosa–, però entenc que es tracta d'una onerositat que té un sentit que divergeix del previst a l'art. 1274 CC, ja que en els pactes successoris no hi ha una relació prestació/contraprestació, sinó que la seva causa –tot i les possibles càrregues– segueix sent la gratuïtat.

⁹ Quan un atorgant disposa *mortis causa* del seu patrimoni i l'altre es limita a acceptar aquella institució, assumint o no alguna càrrega, el pacte successori no deixa de ser, per aquesta raó, *unilateral*. La unilateralitat es refereix aquí a la disposició, no a les parts que intervenen en l'atorgament (des d'aquesta perspectiva, el pacte, sens dubte, és, com a mínim, bilateral). En aquest sentit, resulta il·lustrativa, tot i referir-se al dret alemany, l'anàlisi que en fa FLUME, Traducció de la 4ª ed. (1992) de MIGUEL GONZÁLEZ i GÓMEZ CALLE (1999, p. 175) el qual afirma que, tot i la vinculació contractual, la disposició per causa de mort adoptada en contracte successori és materialment un negoci jurídic unilateral; el mateix sosté HESS (2002, p. 218 i 223).

¹⁰ Òbviament, l'interès també es justifica, per exemple, pel fet que els atorgants comparteixin l'objectiu d'assolir la finalitat que determina el pacte, com ara garantir la continuïtat en la successió de l'empresa familiar, la transmissió indivisa d'un establiment professional o la fixació, amb caràcter irrevocable, dels successors dels cònjuges, garantint d'aquesta manera la posició dels fills en cas de crisi matrimonial o d'extinció de la parella estable.

procés codificador, que, per influència del Codi civil francès (art. 968), es va generar una opinió obertament contrària a admetre'ls i que acabaria desterrant-los, gairebé de forma definitiva, de la pràctica consuetudinària¹¹ en què, fins aleshores, havien gaudit d'un cert predicament. Sobre això, de moment, n'hi ha prou de recordar que l'article 557 del projecte de Codi civil de GARCIA GOYENA de 1851 incorporà la prohibició del testament mancomunat, obviant que el dret castellà l'havia estat admetent pel costum. La prohibició del projecte isabelí es fonamentava en les raons ja conegudes que he exposat a l'inici, sobretot en el fet que, un cop atorgat el testament, no era clar si un dels cònjuges el podia revocar en vida de l'altre sense que aquest arribés a assabentar-se'n, ni tampoc si ho podia fer un cop aquell hagués mort. En efecte, en el rerefons de la discussió sobre l'admissió d'aquest testament sempre ha estat subjacent el fet que la revocació unilateral no comunicada a l'altre atorgant frustra l'expectativa d'aquest, ja que li impedeix decidir què ha de fer amb la seva disposició successòria.

És així com l'any 1889 s'arriba a l'abans referit article 669 del Codi civil espanyol que, transcrivint, de forma gairebé literal, l'esmentat article 557 del Projecte, prohibí testar mancomunadament o en un mateix instrument; prohibició que, segons ja he avançat, per un cert mimetisme, es va estendre al dret català on, formalment, encara segueix vigent. En aquest sentit, malgrat que algun autor, basant-se en el caràcter complet i autosuficient del nostre ordenament successori, hagi argumentat que, com que aquest tipus testamentari no està expressament prohibit, és possible el seu atorgament¹², hom pot considerar pacífica l'opinió que sosté que no hi té cabuda.

Val a dir, per a acabar aquesta part introductòria, que, anys enrere, el legislador espanyol va reconèixer, tot i que limitadament en el temps, la utilitat que el testament mancomunat podia tenir com a instrument per planificar la transmissió de la riquesa en el si de l'empresa familiar. És en aquest sentit que la Llei 49/1981, de 24 de desembre, de l'estatut de l'explotació familiar agrària i dels agricultors joves, va establir que, en aquest àmbit de l'activitat econòmica, no s'aplicava la prohibició de l'article 669 CC. Els efectes, però, no foren els desitjats, de manera que la manca d'efectivitat pràctica d'aquesta previsió normativa portaria, catorze anys després, a la seva derogació per mitjà de la Llei 19/1995, de 4 de juliol, de modernització de les explotacions agràries¹³. Amb tot, darrerament, un sector de la doctrina espanyola¹⁴ s'ha mostrat clarament favorable a eliminar, amb caràcter general, la prohibició de l'article 669 CC sobre la base, d'una banda, que els antecedents històrics així ho avalen i, d'una altra, que no hi ha traves de

¹¹ La doctrina espanyola, seguint GUTIÉRREZ (1871, p. 171), majoritàriament, fonamenta el testament mancomunat en la pràctica consuetudinària, descartant que pugui trobar els seus precedents en el llibre 3, títol 6 de la Llei 9 del Fuero Real. V., per tots, LETE DEL RÍO/ REQUEJO ISIDORO (1997, p. 1020). D'altres, com GARCIA-GRANERO (1998, p. 539-541) han sostingut que, amb evidència contrastada, l'esmentat fragment del Fuero Real procedeix del *Liber Iudiciorum*, 4, 2, 18, la qual cosa confirmaria que, efectivament, es refereix a una disposició *mortis causa* entre cònjuges.

¹² GARRIDO MELERO (1997, p. 488).

¹³ El preàmbul justifica aquest canvi de criteri dient que «Si bien los objetivos de la citada Ley siguen siendo válidos, en gran medida, los instrumentos aplicados en su consecución no se han mostrado eficaces».

¹⁴ Per tots, GARCÍA VICENTE (2006, p. 293).

constitucionalitat que ho impedeixin, atès que el caràcter personalíssim del testament i menys encara l'unipersonal no formen part del dret constitucional a l'herència.

2. Els testaments pluripersonals a la tradició jurídica catalana

La doctrina especialitzada descarta que el dret romà del qual, en bona mesura, el dret civil català és tributari¹⁵ hagués admès aquesta pràctica testamentària, ja que concebia el testament com un acte essencialment unipersonal i solemne; tot i això, s'ha fet notar també que hi havia alguna figura que deixava entreveure una certa forma de testament conjunt¹⁵.

Els autors del *ius commune*, en canvi, adoptaren una posició favorable al testament conjunt, tractant sempre de diferenciant-lo dels pactes successoris que, per contra, no s'admetien. Argumentaven que el fet que hi intervingués una pluralitat de causants i que l'ordenació de les disposicions solgués anar precedida d'una mena de negociacions no havia de portar a la identificació d'ambdues figures. Així ho trobem expressat des dels postglossadors o primers comentaristes fins a tractadistes molts posteriors. En aquesta línia, BARTOLO DE SAXOFERRATO (1313-1357), el jurista més insigne de l'escola dels comentaristes, admetia que dues persones o més poguessin testar en un mateix document i instituir-se recíprocament hereves, sempre, això sí, que el testament no hagués estat precedit de cap pacte vinculant, perquè, aleshores, la institució mútua no seria vàlida¹⁶. Ho argumentava, d'una banda, sobre la base que, en els testaments mancomunats, els cotestadors no estan units per cap lligam contractual i, de l'altra, que les diferents declaracions de voluntat que hi concorren, per molt que estiguin interrelacionades, es poden deixar sense efecte unilateralment. Dit en altres paraules, considerava que, amb les especificitats que els són pròpies, els testaments mancomunats no deixaven de ser un veritable testament. En aquest mateix sentit, OLDRADUS DE PONTE¹⁷ (†1335) ho havia matisat afirmant que, encara que els cònjuges haguessin atorgat testament en un únic document, en realitat hi havia dos testadors, de manera semblant a quan el pare substituïa el fill impúber. A partir d'aquí, reitera el caràcter essencialment revocable d'aquest tipus testamentari, i especifica, a més, que el cònjuge supervivent també podia modificar la seva disposició.

Els nostres clàssics, receptors directes de la doctrina del *ius commune*, incorporaren el mateix criteri, testimoniant així l'admissibilitat d'aquesta forma testamentària en el dret català històric.

¹⁵ Concretament, se sol citar un rescripte, publicat sota el quart i tercer mandats, respectivament, de DIOCLECIÀ i MAXIMIÀ, l'any 290 (C. 2, 3, 19), que admetia la validesa de l'acte d'institució mútua d'hereu realitzat per dos germans militars. D'altra banda, se cita també la Novel·la 21,1 de l'emperador VALENTINIÀ III, any 446, segons la qual, des d'una perspectiva formal, no hi havia raó per dubtar de la validesa del testament, encara que hagués estat atorgat per dos testadors en un mateix document («quamvis in unius chartae volumine»). Cal recordar també que Justinià no va incloure aquesta Novel·la en el *Corpus Iuris*, sinó que va ser rebuda a Occident per mitjà de la Lex Romana Visigothorum (coneguda comunament com a Breviari d'Alaric II [any 506]). Certament, tampoc no han faltat autors que, com BIONDI (1960, p. 31), assenyalen que, en aquests casos, els textos romans més aviat es referien a una mena de pacte successori.

¹⁶ BARTOLI A SAXOFERRATO (1589, fol. 172, n. 3).

¹⁷ *Consilia et quaestiones*. Consilia 174, Roma 1742. Münchener DigitalisierungsZentrum (Bayerische Staatsbibliothek).

Així, podem citar, en primer lloc, el gironí Tomàs MIERES (1400-1474), el qual, després d’afirmar que es podien atorgar dos testaments en un sol document, afegeix que els testimonis podien ser els mateixos¹⁸. Posteriorment, Jaume CANCER¹⁹ (1559-1631), en rebutjar la validesa dels *pacta de succedendo*, és a dir, del pacte mitjançant el qual, fora de capítols (recordem que a Catalunya s’admetien els heretaments o pactes successoris capitulars), algú promet a un altre, fins i tot amb caràcter recíproc, que els seus béns passaran al sobrevivent un cop hagi mort el promitent, admet en canvi el testament conjunt perquè és revocable. Considera que allò determinant és que hi hagi la possibilitat de revocar, de manera que, havent testat ambdós cònjuges en un mateix document (per exemple, instituint-se mútuament hereus amb substitució a favor dels fills), mort un d’ells, el supervivent pot canviar la seva voluntat testamentària²⁰. Una vegada més, es constata que el fet que el testament conjunt o mancomunitat es pugui revocar en qualsevol moment esdevé clau per a l’admissió d’aquesta figura successòria. De la mateixa opinió era Joan Pere FONTANELLA²¹ (1575-1649), el qual destaca, novament, que el supervivent és lliure de revocar-lo.

En la mateixa línia, Acaci Antoni DE RIPOLL (1578-1658), responent a una consulta que li havien fet sobre la validesa d’un testament atorgat conjuntament per uns cònjuges que s’institueixen mútuament hereus, opina que per tal que el testament sigui vàlid cal que l’hagin subscrit ambdós atorgants. És a dir, si només ha estat escrit per un testador, la institució feta en favor d’aquest no valdrà, llevat que hagi estat subscrita pel causant, perquè només en aquest cas la institució queda fora de qualsevulla sospita²².

Tot i que, com acabem de veure, la doctrina clàssica catalana no va posar obstacles a l’admissibilitat dels testaments pluripersonals, sorprèn que no haguessin estat objecte d’estudi o que ni tan sols apareguin esmentats pels tractadistes pràctics catalans, que al llarg dels segles XVII, XVIII i XIX, seguint l’esquema de l’obra de ROLADINO²³ (1215-1300), es van ocupar de l’anomenat ‘Art de la notaria’, ja que és en la dita seu notarial on, en principi, fóra lògic esperar que s’hi hagués dedicat més atenció. Em refereixo, per exemple, a les obres dels notaris catalans Hieroni GALI²⁴ (segle XVII), Josep COMES (1655-1729)²⁵, Vicenç GIBERT (segle XVIII)²⁶ i Fèlix Maria

¹⁸ MIERES (1621): «[I]tem nota quod duo testamenta possunt fieri in una charta et praesentibus eisdem testibus: vide de vulg. et pu. l. patris et filii».

¹⁹ CANCER (1670).

²⁰ PEREGRINUS (1600).

²¹ FONTANELLA (1719).

²² RIPOLL (1630).

²³ RUDOLPHINI BONONIENSIS (1565).

²⁴ GALÍ Y RAMÓN (1682). Es dona la circumstància que només es va publicar el primer volum, en el qual tan sols s’inclou la primera part de l’Art de Notaria, els contractes, i manca tot allò que es refereix a les darreres voluntats i als judicis, la qual cosa podria explicar que no es faci al·lusió als testaments mancomunats.

²⁵ COMES (1704 [vol. I] 1706 [vol. II]).

²⁶ GILBERT (1772).

FALGUERA (1811-1897)²⁷, cap dels quals, com deia, hi fa referència. Aquesta omisió, segurament, es pot justificar pel fet que, des del punt de vista merament escripturari –que sol ser la matèria de la qual aquestes obres s’ocupen principalment–, no hi havia cap especificitat que diferenciés el testament mancomunat de l’ordinari, ja que es presentava com una simple confluència de dos testadors en el mateix document.

En qualsevol cas, el cert és que, fins i tot ben avançat el segle XIX, bona part de la doctrina jurídica catalana seguí donant testimoni d’aquesta pràctica testamentària a Catalunya. Així, per exemple, ELIAS (1817-1881) i DE FERRATER (1812-1877) sostenien que la llei tan sols prohibia els pactes successoris [cal entendre que es referia als no capitulars], de manera que el testament atorgat de forma mancomunada era vàlid²⁸. Igualment, DE BOFARULL I PALAU (1851-1929)²⁹ distingia entre els “*testamenta recíproca*”, entesos com aquells en què dues persones s’institueixen mútuament hereves en un mateix document, i els “*testamenta correspectiva*”, és a dir, els atorgats també en un únic document, en què cadascun dels testadors posa com a condició de validesa i eficàcia que l’altre no modifiqui les seves disposicions. Afegia, també, que n’hi havia prou que les formalitats ordinàries s’observessin una sola vegada, exceptuant, diu, la de pregar els testimonis, que havia de fer per separat cada testador.

D’altra banda, DE BROCA (1850-1918) i AMELL (1848-1855)³⁰, després de deixar constància novament del fet que el testament mancomunat el solien atorgar els cònjuges, situen els seus antecedents en el dret romà, que, com hem vist, l’havia admès de forma només excepcional. Pel que fa al règim jurídic, afirmen que no cal que es repeteixin les solemnitats per a cada testador, llevat de la rogació de testimonis, que, coincidint amb el que també sostenia BOFARULL, s’havia de fer separatament per a cadascun d’ells.

De l’anterior exposició, hom pot concloure que la doctrina històrica, fidel seguidora del *ius commune*, va admetre el testament mancomunat amb certa prevenció, en el sentit que insisteix molt a definir-lo com la suma de dos testaments independents, sense més punt de connexió que el merament accidental i formal de figurar en un únic document. Això és el que explica, com ha assenyalat GARCIA-GRANERO³¹, que, obviant que s’hi poguessin manifestar voluntats interrelacionades, se li apliqués el règim del testament unipersonal; singularment la lliure revocabilitat unilateral, tant en vida dels cònjuges, com, mort un d’ells, pel sobrevivent.

Va ser a la darreria del segle XIX quan aparegué un moviment directament contrari a la validesa d’aquests testaments que va encapçalar una de les corporacions de l’àmbit jurídic més rellevants

²⁷ GILBERT (1772).

²⁸ ELIAS (1864, p. 302). Uns anys després, el mateix ELIAS, (1877, p. 461), defensa també la validesa del testament mancomunat que, aleshores, segons afirma, se solia circumscriure als cònjuges (art. 5116).

²⁹ DE BOFARULL Y DE PALAU (1878), quadre 43.

³⁰ DE BROCA Y MONTAGUT / AMELL I LLOPIS (1886, p. 316).

³¹ GARCIA-GRANERO (1998, p. 708).

del país. Em refereixo al Col·legi de Notaris de Barcelona, que convertí el silenci que abans hem vist que mantenien els tractats de notaria en una posició obertament contrària a l'admissibilitat del testament mancomunat. Concretament, l'any 1883, la revista *La Notaría*, òrgan oficial dels notaris a Catalunya, publicava un breu article de Manuel REDONDO REINOSO titulat «Testamentos mutuos»³² –que inicialment havia vist la llum a la *Gaceta de los Colegios Notariales*–, on defensava que eren nuls. També, poc abans que es promulgues el Codi civil espanyol i, per tant, que entrés en vigor la prohibició de l'article 669 CC, la mateixa revista *La Notaría* havia publicat una 'Nota de Redacció'³³, on constata que «[...] con notable sorpresa hemos visto introducirse y propagarse de pocos años a esta parte en Cataluña los testamentos mancomunados» i aconsellava als notaris que no els autoritzessin, afirmant que «[...] creemos hacernos intérpretes de la opinión de la Junta Directiva aconsejando a los notarios que rechacen esta clase de testamentos». Paradoxalment, això no va impedir que, poc després, el mateix Col·legi de Notaris els admetés per a la comarca de Tortosa, atesa l'especificitat del règim econòmic matrimonial (l'agermanament) d'aquell territori³⁴.

Tan bon punt va entrar en vigor l'article 669 CC, la mateixa corporació notarial va considerar que aquest precepte regia també per a Catalunya i, per aquesta raó, aprovà la Circular de 20 de desembre de 1889, on es deia que la Junta havia acordat que, respecte els testaments mancomunats: «[...] se atenderán al Código Civil que los prohíbe, pues no existe disposición alguna que los permita en el derecho catalán, en el romano, ni en el canónico; antes bien están en oposición con los principios del romano y no pueden tampoco apoyarse en el derecho consuetudinario, porque no han sido admitidos por costumbre general de Cataluña, sino introducidos por una práctica tolerada por falta de impugnación en algunas comarcas»³⁵. En fi, el posicionament de la corporació notarial en contra d'aquest tipus testamentari fou més que notable, ja que la redacció de *La Notaría* tornaria a abordar aquesta problemàtica, ara de forma molt més expeditiva, qualificant la seva pràctica de costum contra llei.³⁶

³² *La Notaría*, XXVI, núm. 1310 (1883-XXVI), pp. 10247-10251.

³³ *La Notaría*, XIX, núm. 1484 (1886, 13-IX), p. 11670.

³⁴ MARSAL GUILLAMET (2000, p. 168) reproduceix l'escrit publicat a *La Notaría* XXXII, núm. 1498 (1886, 20-XII), pp. 11782-11784, que dona resposta a una pregunta adreçada per un notari de Tortosa, afirmant «que la forma de testar mancomunada entre los esposos está expresamente sancionada en esta comarca por la *Cost. XX, Rub. IV. De ordinació de testaments libro VI de las costumbres escritas de Tortosa*, y entendemos que no puede el Código prescindir de ella, atendido el sistema de asociamiento universal entre los esposos en el mismo Código establecido y que no es igual al que se conoce en el resto de Cataluña».

³⁵ La Circular, publicada a *La Notaría* XXXII, núm. 1665 (1889, 23-XII) pp. 13065-13066, la podeu veure reproduïda a, EGEA FERNÁNDEZ / MARSAL GUILLAMET (1994, pp. 319-320).

³⁶ MARSAL GUILLAMET (2000, p. 169, és qui, novament, ens dona notícia d'aquesta altra nota de la redacció (*La Notaría* XXXIII núm. 1663 (1890, 17-II), p. 13135).

3. Les propostes de regulació del testament mancomunat en el dret català

Tot i el seguiment que la prohibició de l'article 669 CC va trobar en la pràctica notarial catalana, un destacat sector doctrinal i també influents institucions jurídiques del país es continuaren posicionant a favor del testament mancomunat formulant, fins i tot, propostes articulades de regulació.

En aquest sentit em referiré, en primer lloc, a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, que l'any 1899 va fixar unes regles bàsiques per l'elaboració d'un apèndix de dret català al Codi civil espanyol, on s'admetia obertament. Cal destacar, a més, que no es tractava d'una simple mostra de fidelitat a la tradició històrica, sinó que, en una visió molt pragmàtica, ho justificava pel fet que possibilitava que els cònjuges poguessin considerar les respectives herències com a una unitat, facilitant-ne la distribució entre els fills³⁷.

En la mateixa línia, l'article 454 de l'avantprojecte d'apèndix que l'any 1903 van redactar ROMANÍ I PUIGDENGOLAS (1831-1912) i TRÍAS I GIRÓ (1861-1914) incloïa una regulació, tot i que minsa, d'aquest tipus testamentari, on, sense restringir-lo als cònjuges, en destacava també el caràcter essencialment revocable, tant en vida com després de la mort d'un dels atorgants³⁸.

Totes aquestes iniciatives prelegislatives de caràcter privat, que com és sabut no van fructificar, estaven en sintonia amb l'opinió de bona part dels civilistes catalans de començament del segle XX, que se seguiren manifestant en contra de l'aplicació de l'esmentat article 669 CC a Catalunya. Aquí em limitaré a citar els dos més destacats. D'una banda, el notari de Reus i professor auxiliar de la Universitat de Barcelona, CORBELLÀ (1851-1923), el qual afirma que el testament mancomunat era una institució del dret consuetudinari de Catalunya que solien utilitzar els cònjuges³⁹. Considerava (com, de fet, també ho havia anat entenent la doctrina clàssica) que, atès el seu caràcter d'acte de darrera voluntat, constituïa un negoci jurídic essencialment revocable sense el consentiment de l'altre, en allò que afectés cadascun dels testadors. Dit en altres paraules, advertia que es tractava de dos testaments diferents fets, però, en un sol acte. D'una altra, PELLÀ I FORGAS (1852-1918) també ens ha deixat constància de la utilitat dels testaments conjunts amb

³⁷ Memoria formulada por la Comisión nombrada en sesión de 31 de mayo de 1899, compuesta por los señores Magín Pla y Soler, D. Felipe Bertrán de Amat, D. Guillermo Ma. de Brocá, D. José Pella y Forgas, D. José ESTANYOL y COLOM, D. Guillermo A. TELL Y LAFONT y D. Antonio Ma. BORRELL Y SOLER acerca de las Instituciones Jurídicas de Cataluña que conviene conservar en el Apéndice al Código Civil y aprobada por la Academia en sesión de 28 de agosto de 1899, Barcelona, 1899, p. 40.

³⁸ Anteproyecto de Apéndice del Código Civil para el Principado de Cataluña que presenta la Comisión Especial constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1899. D. Francisco ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS, Presidente de dicha Comisión, y D. Juan de Dios TRÍAS Y GIRÓ, vocal de la misma, representante del Colegio de Abogados de Gerona. Precedido de un Prólogo del primero de dichos señores. Edició publicada amb una introducció per la Revista Jurídica de Cataluña (de Joan MARTÍ I MIRALLES, 1904). L'esmentat precepte deia: «Será lícito que dos o más personas testen en un mismo acto. Esta forma de testar no impedirá que cualquiera de los otorgantes pueda alterar su testamento en vida de los demás o fallecidos estos. La parte del testamento que se refiere a las disposiciones de los demás que hubiesen testado mancomunadamente, sólo podrá variarse con su consentimiento».

³⁹ CORBELLÀ (1906, p. 738).

disposicions correspectives o recíproques i del fet que aleshores s'atorgaven a Catalunya⁴⁰.

En relació amb aquella mateixa època, és a dir, immediatament després de l'entrada en vigor del Codi civil espanyol, també trobem algun referent jurisprudencial de la vivència pràctica d'aquest testament a Catalunya. Així, per exemple, la *Revista Jurídica de Cataluña*⁴¹ es féu ressò d'una sentència de l'Audiència Territorial de Barcelona, de la qual no en consta la data, referida a la validesa d'un testament mancomunat atorgat l'any 1880, en què el tribunal al·ludeix a la seva arrel consuetudinària i constata que, amb més o menys freqüència, s'havien estat atorgant vàlidament i eficaç a Catalunya. Igualment, el Tribunal Suprem, en una sentència de 8 de maig de 1901, tractà també d'un testament mancomunat atorgat a Catalunya, tot i que no va haver de pronunciar-se sobre el fons, ja que les parts no en qüestionaven la validesa, sinó que les discrepàncies se centraven en la substitució hereditària que s'hi contenia.

A la primera meitat del segle XX, BORRELL I SOLER (1864-1956), distingint entre el testament merament mancomunat, el recíproc i el correspectiu, conclou que el primer era plenament admissible, atès que no havia estat prohibit per cap llei, i afegeix que, malgrat la coneguda posició del Col·legi de Notaris, l'article 669 CC no era aplicable a Catalunya. Respecte dels correspectius i dels recíprocs, tot i admetre que tenen una certa proximitat amb els pactes successoris (dels quals arriba a afirmar que són una primera manifestació), conclou que, a Catalunya, on s'admeten els heretaments a favor dels fills i els mutuels entre cònjuges, en pura lògica s'haurien d'admetre també aquests testaments⁴².

Cap de les anteriors propostes no va quallar normativament. És més, l'omissió que, anys després, la Compilació de 1960 va fer del testament mancomunat, unida al caràcter supletori que la disposició final segona atribuïa al Codi civil espanyol, en allò que no preveïés la Compilació, va determinar, ja sense discussió, que el règim aplicable a Catalunya fos el que establia l'article 669 CC, és a dir, la prohibició absoluta.

No serà fins trenta anys després que no tornarem a trobar una proposta d'incorporació d'aquest testament a l'ordenament civil català, ara sí de caràcter oficial. Em refereixo a l'avantprojecte de llei del Codi de successions, elaborat l'any 1990 pel Departament de Justícia, que el limitava als cònjuges i a la modalitat notarial oberta. Concretament, l'exposició de motius que acompanyava el document de treball que contenia l'avantprojecte ho justificava, d'una banda, pels antecedents històrics, entenent que era un testament arrelat a Catalunya fins que va entrar en vigor la prohibició de l'art. 669 CC i, d'una altra, que es tractava d'una necessitat sentida socialment.

⁴⁰ PELLA (1918, p. 115).

⁴¹ Núm. 6 (1900), p. 85 a 91 i que recull també MARSAL GUILLAMET (2000, p. 169, nota 338).

⁴² BORRELL I SOLER (1944, p. 49 i 50). D'altra banda, en tractar de l'heretament mutual (*op. cit.* IV, p. 308 i 309), l'arriba a comparar amb una mena de pacte de sobrevivència ampliat, que «garantiza que la fortuna de un cónyuge pasará, a la muerte del testador, en poder del otro; y como esta mancomunidad se establece no solo como consecuencia del afecto personal mutuo entre ellos [*els cònjuges*], sino que cada cual tiene en cuenta la reciprocidad estable y segura que no puede quebrantarse sino por ambos a la vez, se evita la mala fe y el engaño de una revocación a deshora y subrepticamente por uno de los testadores».

En aquesta part, l'avantprojecte iniciava la regulació del testament mancomunat amb un precepte que podem qualificar de reactiu, amb el qual es volia deixar clar que s'admetia, i, tot seguit, preveia que es pogués revocar per decisió conjunta dels testadors. Establia, d'altra banda, que les disposicions correspectives (és a dir, les que els testadors es fan recíprocament i les que es vinculen a les que fa l'altre) eren revocables unilateralment, sempre que la revocació es fes en testament obert i es notifiqués a l'altre consort en el termini de vuit dies hàbils. Finalment, determinava que si, mort un dels cònjuges, el supervivent acceptava les atribucions que el premort havia ordenat a favor seu, ja no podia modificar o revocar les disposicions correspectives que encara estiguessin vigents⁴³.

La proposta de l'avantprojecte no va reeixir en aquest punt i, consegüentment, no va passar al Projecte de Llei de Codi de successions que el Parlament de Catalunya aprovaria com a llei l'any 1991.

El darrer intent d'inclusió del testament mancomunat al nostre ordenament, que, d'altra banda, ni tan sols passaria al projecte, el trobem, cinc anys després, a l'avantprojecte del llibre IV del Codi civil de Catalunya (2006), relatiu a les successions⁴⁴. S'hi establia que els testadors havien de ser majors d'edat i que les disposicions no podien tenir caràcter vinculant o corespectiu (altrament, l'art. 421-17 es remetia a la regulació dels pactes successoris). A més, contenia la cautela de la notificació a l'altre testador i la publicació d'edictes, si aquella no hagués estat possible (art. 421-18 CCCat). En la meua opinió, sigui dit de passada, aquestes previsions no tenien gaire raó de ser en un testament conjunt que només possibilitava que cada testador, de forma no interrelacionada, disposés de la seva herència.

4. La funcionalitat de l'heretament preventiu com a testament mancomunat. Similituds i diferències entre ambdós

4.1. Consideracions generals

Les institucions preventives constituïen, històricament, unes clàusules capitulars vinculades a la facultat d'elegir l'hereu que el pare solia estipular com a forma de completar un heretament prelatiu, és a dir, el que establia la preferència dels fills del matrimoni en consideració al qual s'havia atorgat l'heretament sobre els d'un hipotètic matrimoni posterior⁴⁵. Amb aquesta tècnica es pretenia

⁴³ El text complet es pot consultar a MARSAL GUILLAMET (2000, p. 166).

⁴⁴ Recollit en el volum editat del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya *Projectes de llei del Codi civil de Catalunya*. Barcelona 2006, p. 278 i 279.

⁴⁵ La fórmula capitular que s'emprava amb més freqüència i que reproduïx DE TRISTANY (1688, pp. 368 i ss.) era: «Hereta y dona per causa de donació pura, perfecta, simple i irrevocable... al fill o fills mascles del present matrimoni... aquell, que entre vius o en sa darrera voluntat elegirà i en cas que no elegís vol succehesca lo primer fill mascle del present matrimoni». Així ho veiem reflectit també en una altra clàusula típica recollida en uns capítols matrimonials atorgats el 6 d'octubre de 1625, que, en aquest cas, transcriu MARMER, «Pro Maria Vila et Font... contra Joannem Petrum Font, agricolam parochiae de Vidrà». (s.d.) [finals s.XVII] que és del tenor següent: «[...] fa donació y heretament de tots sos bens, y drets, mobles, e immobles, presents y esdevenidors al fill o filla del present matrimoni

facilitar que el pare heretant, després de veure quines eren les qualitats de cada fill i la seva dedicació a “la casa”, pogués designar testamentàriament el que considerés més apte per a garantir-ne la continuïtat; i per al cas que no ho fes, preveia qui l’havia de succeir.

Va ser a la darrerïa del segle XIX que els pactes preventius van assolir una certa autonomia en el sentit que passaren a ser concebuts, directament, com a instruments ordenadors de la successió, amb els quals es pretenia, simplement, evitar que, per la raó que fos, entrés en joc la successió intestada⁴⁶. Seguint aquest corrent, la regulació que en va fer l’article 89 de la Compilació de 1960 (que reproduï després l’article 93 CS, afegint-hi els fills nascuts i els adoptats) tampoc no se cenyí a aquells precedents històrics, sinó que va tipificar l’heretament preventiu també com a pacte successori autònom.

En aquesta mateixa línia, el vigent article 431-21 CCCat estén encara més el seu abast, ja que no el circumscriu als fills o a la institució recíproca entre cònjuges, sinó que admet que l’hereu pugui ser qualsevol persona. Tot això, no cal dir-ho, sempre que els atorgants pertanyin al cercle familiar que enumera l’article 431-2 CCCat, a què al·ludiré més endavant.

D’altra banda, la voluntat del legislador català de generalitzar les estipulacions preventives ha portat a admetre que també els pactes d’atribució particular puguin tenir aquest caràcter (art. 431-29.2 CCCat), la qual cosa no acaba d’encaixar amb la funció que tradicionalment han desenvolupat aquell tipus d’estipulacions en el nostre dret: evitar els efectes que deriven del fet que el causant mori sense haver atorgat testament⁴⁷. Al marge d’això, el cert és que, com ja he avançat, amb l’entrada en vigor del llibre IV del Codi civil de Catalunya s’ha aprofundit en la desnaturalització del significat estricte que els heretaments preventius havien tingut fins aleshores, ja que, purament i simplement, han passat a ser sinònim de pacte successori revocable, de manera que, com diu el preàmbul, les estipulacions preventives es fan «indistingibles de les testamentàries»⁴⁸. Precisament, ha estat la innegable proximitat entre testament i heretament preventiu i, consegüentment, la necessitat de mantenir un perfil propi per a un i altre, la que ha portat a establir, d’una banda, que el caràcter preventiu no es presumeix mai, sinó que s’ha d’estipular expressament i, d’una altra, que ha de quedar clar que l’heretament és revocable (art.

procreadors, à d’aquell, és a saber, o aquella, que per ell dit Jaume Font serà anomenat hereu seu universal en son últim testament, ab los pactes y condicions següents: ço és, que si era cas que dita Catarina muller sua li premorís y ell se tornara a casar, y del present matrimoni no y havia sino filla, o fillas, y del segon matrimoni tenia fill, que tinga llibertat, conforme ara se reserva de nomenar, y fer hereu seu, filla del present matrimoni, o fill del segon matrimoni, conforme ben vist li sera, aquell és a saber, o aquella que a dit Jaume Font aparrà més apte, y sufficient per regir y governar sos béns... y en tot cas si moris intestat, ara per a las horas, anomena y fa hereu seu universal, lo fill major de dins del present matrimoni procreador, y si no tindra fill, la filla major de dias, y los altres sian dotats conforme lo poder de dits béns...».

⁴⁶ Vegeu, en aquest sentit, PLANAS I CASALS (1925, p. 328).

⁴⁷ Cal recordar que, en l’ordenament successori català, el qualificatiu *preventiu* tradicionalment ha indicat que la institució així formulada té com a finalitat evitar la successió intestada (cf., per exemple, l’art. 426-59 CCCat per a la substitució preventiva de residu), de manera que, llevat que allò que es vulgui sigui, simplement, establir-ne la revocabilitat, no sembla escaient traslladar-ho als pactes successoris d’atribució particular, ja que no l’eviten.

⁴⁸ Com hem vist a la nota 42, l’associació entre l’heretament mutual preventiu i el testament mancomunat, en la doctrina, ja l’havia fet BORRELL I SOLER i, temps després, ROCA TRÍAS (1974, p. 151-176).

431-21.3 CCCat).

Així doncs, tot i la generalitat dels termes amb què està redactat l'apartat 1 del referit article 431-21 CCCat, és lògic pensar que, a la pràctica, no abundaran els heretaments preventius unilaterals, ja que el més probable és que, per a obtenir el mateix resultat, els interessats optin per la fórmula més senzilla d'atorgar testament. En canvi, atesa precisament la prohibició dels testaments mancomunats, els heretaments preventius haurien d'esdevenir l'instrument idoni per a canalitzar les institucions d'hereu que, amb caràcter revocable i en un mateix acte, ambdós atorgants –normalment els cònjuges vulguin fer -se recíprocament o aquelles en què, de forma interrelacionada, institueixin un fill o una altra persona.

4.2. Modalitats d'heretament preventiu amb pluralitat de causants

El llibre quart del Codi civil de Catalunya possibilita que qualsevol tipus d'heretament es pugui pactar amb caràcter preventiu⁴⁹, donant forma, d'aquesta manera, a una regulació que, com ja ha quedat dit, s'allunya força dels seus orígens històrics. És a dir, el nou abast que el Codi ha donat a l'heretament preventiu permet configurar-lo amb entitat pròpia, de manera que, amb un disseny adequat, hauria de poder ocupar el lloc del testament mancomunitat.

Òbviament, perquè es pugui parlar d'aquesta assimilació de funcions cal que els atorgants siguin alhora causants, és a dir, que les disposicions successòries ordenin les herències respectives. És en aquest sentit que es pot dir que els heretaments preventius són veritables negocis de darrera voluntat, ja que, com en els testaments, el causant pot deixar sense efecte, en qualsevol moment, la dita disposició successòria atorgant un testament posterior, que haurà de ser notarial i obert, o un nou pacte successori (art. 431-21.1 CCCat).

Els pactes successoris preventius relatius a la successió de diverses persones es poden classificar en dues categories, que, com veurem tot seguit, coincideixen amb les que també trobem en els testaments mancomunats. Ambdues tenen en comú el caràcter interdependent de totes les disposicions que contenen, amb el benentès que, en darrera instància i a diferència del testament, en l'heretament la interrelació sempre té una base contractual. Dit d'una altra manera, en el dret català, la disposició mortis causa que no sigui merament unipersonal resta impregnada del caràcter contractual propi dels pactes successoris⁵⁰. Això significa que, llevat que els atorgants acordin que es mantingui la vigència d'alguna estipulació amb independència de les altres, la regla és que les estipulacions que integren els pactes successoris no gaudeixen de l'autonomia ni la independència que en el testament poden tenir la institució d'hereu o els llegats, sinó que formen part de l'acord de voluntats que configura un únic negoci jurídic. Així, tot i que tant l'article 431-11 CCCat com l'article 431-13.4 CCCat, en seu de nul·litat i de revocació, respectivament, al·ludeixen específicament a la possible existència de disposicions correspectives,

⁴⁹ Això no obstant, és lògic pensar que no es pacti en els heretaments cumulatiu, atès que no és previsible que algú que es reserva la facultat de revocar la institució d'hereu al mateix temps es desprengui de tots els béns presents.

⁵⁰ Vegeu, en aquest sentit, JOURMIRABENT (1994, p. 80).

entenc que totes les estipulacions que integren el pacte successori sempre tenen caràcter interrelacionat o interdependent, atesa la tantes vegades citada naturalesa convencional o acordada de la successió contractual.

Precisament, el caràcter essencialment interrelacionat de les disposicions que s'incorporen en un pacte successori exclou que hi pugui tenir cabuda una tercera modalitat de pacte, que, també per mimetisme amb el testament mancomunat, hom podria anomenar heretament *merament simultani*, és a dir, el relatiu a les disposicions successòries que, de forma autònoma i sense vinculació amb les altres del mateix pacte, poguessin fer cadascun dels atorgants. Partint d'aquesta premissa, els podem dividir en dos tipus:

A. Pactes successoris preventius en benefici mutu (heretaments mutuels preventius)

L'article 431-20 CCCat defineix l'heretament mutual com aquell en el qual els atorgants s'institueixen recíprocament hereus, resultant-ho ser el que sobrevisqui i sense que li calgui acceptar l'herència o, per ser més precisos, sense que hi pugui renunciar (art. 431-5.2 i 431-28.1 CCCat). Ara bé, la doctrina⁵¹ havia considerat il·lusori pensar que, tal com inicialment l'havia dissenyat la Compilació, pogués haver-hi cònjuges que pactessin aquest tipus d'heretament; i això no només pel seu caràcter irrevocable, sinó també per la limitació de les facultats dispositives *inter vivos* que comportava.

El primer d'aquests obstacles, la irrevocabilitat, va ésser eliminat l'any 1991 pel ja derogat Codi de successions, que admeté que el caràcter preventiu (fins aleshores circumscrit, com hem vist, als heretaments a favor dels fills) es pogués pactar també en els mutuels (aleshores limitat als cònjuges, art. 99 CS). En canvi, el que no va fer –i que tampoc no ha fet el Codi civil de Catalunya, al meu parer amb bon criteri va ser eliminar les limitacions que la llei imposa per a disposar gratuïtament *inter vivos*. Efectivament, sense distingir entre si han estat pactats amb caràcter preventiu o no, el Codi estableix que l'heretant, mentre visqui, no pot realitzar actes de disposició a títol gratuït, sinó és amb consentiment de l'altre atorgant, llevat que sigui per a satisfer lligítimes o per a fer liberalitats d'ús. Això es justifica, com veurem després, perquè, tot i la incertesa sobre qui acabarà sent efectivament hereu, en haver-se instituit recíprocament, els atorgants són titulars, fins que morin, d'aquesta expectativa i no es pot deixar en mans d'un de sol l'efectivitat, econòmicament parlant, de la institució hereditària. Si no fos així, es possibilitaria que, disposant gratuïtament dels béns, la institució, arribat el moment de la mort, quedés materialment buida de contingut, mantenint-se l'altra part en la ignorància d'aquest fet. Sobre això, com he dit, hi tornaré més endavant (a l'apt. 4.7).

A banda de la institució recíproca d'hereu, l'heretament mutual preventiu pot incorporar, segons admet l'article 431-20.2 CCCat, una substitució fideïcomissària que gravi els béns heretats amb la

⁵¹ LÓPEZ BURNIOL (1994, p. 408).

càrrega que, a la mort de l'hereu, facin trànsit⁵² a d'altres persones designades en el mateix heretament o a qui elegeixi el supervivent, supòsit en què es remet als articles 424-1 a 424-4 CCCat que regulen l'elecció d'hereu per fiduciari. A parer meu, hagués estat més escaient que aquesta remissió s'hagués fet a les normes relatives al fideïcomís d'elecció; que no ho hagi fet s'explica, segurament, perquè s'ha imposat el fet que, a la pràctica, l'àmbit subjectiu d'aplicació dels heretaments mutuels seguirà sent el dels cònjuges o les parelles estables i, a partir d'aquí, que l'elecció ha de recaure en els fills o els descendents. Igualment, hom pot pactar la destinació que han de tenir els béns propis del causant sobrevivent, cas en el qual resultarà que, mort aquest, s'obrirà la segona successió i l'hereu o els hereus designats hauran d'acceptar l'herència.

B. Pactes successoris preventius en benefici de tercer

En aquesta modalitat de successió contractual, els atorgants institueixen hereva, amb caràcter revocable, una persona que no ha intervingut en l'atorgament. Es tracta d'un tipus de pacte que més aviat està pensat perquè s'estipuli entre els consorts o convivents en parella estable que volen instituir hereus els fills. De fet, el mateix preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, sembla partir d'aquesta premissa, quan, per a exemplificar-ho, es refereix, precisament, al fet que «el pare i la mare pactin, entre ells dos, que l'herència sigui per a un o uns fills determinats, encara que no tinguin el consentiment d'aquests». Òbviament, això no exclou que els atorgants puguin afavorir qualsevol altra persona, encara que no hi hagi cap relació de parentiu o, fins i tot, que institueixin una persona jurídica existent o que s'hagi ordenat crear en el mateix pacte successori.

En qualsevol cas, els tercers instituïts, en no ser atorgants del pacte, hauran de tenir, com en el testament, capacitat successòria en el moment de la mort del causant. És a dir, per tal que la institució d'hereu arribi a ser eficaç, cal que l'instituït hagi nascut o al menys estigui concebut en obrir-se la successió, com cal també que sobrevisqui al causant (art. 431-3.2 CCCat). Pel que fa a les prohibicions de succeir, regeixen, en allò que permeti la naturalesa paccionada de la successió, les mateixes regles que, amb caràcter general, estableix l'article 412-5 CCCat.

4.3. Legitimació i capacitat

Pel que fa a les persones que poden atorgar heretament preventiu, el Codi civil de Catalunya estableix els mateixos requisits de legitimació i de capacitat que per a la resta d'heretaments, que, com veurem tot seguit, no coincideixen exactament amb els que es fixen per als testaments.

Començant per la legitimació, cal assenyalar que mentre en l'heretament els atorgants (causants o no) han de pertànyer al cercle familiar que estableix l'article 431-2 CCCat, en el testament, en canvi, no regeix aquesta limitació, per bé que alguns dels ordenaments que, en el dret comparat,

⁵² L'expressió «fer trànsit» s'emptra, en el dret successori català, com a sinònim que l'efecte adquisitiu es produeix directament, sense necessitat d'acceptació, com passa, per exemple, en la substitució fideïcomissària (art. 426-1, 426-23.2, 426-51 i 426-58 CCCat) o en els llegats de naturalesa real (art. 427-22 CCCat).

admeten el testament mancomunat el restringeixen als cònjuges⁵³. Així, hom pot convenir heretament preventiu amb el cònjuge o futur cònjuge, amb el convivent en parella estable, amb els parents –per consanguinitat o per afinitat– en línia directa (sense límit de grau) o en línia col·lateral, dins el quart grau, i també amb els parents per consanguinitat en línia directa o en línia col·lateral, dins el segon grau, de l'altre cònjuge o convivent⁵⁴. L'anterior, com ja he avançat, no exclou que hom pugui instituir hereu un tercer aliè a l'esmentat cercle familiar, tot i que el preàmbul, en al·ludir, precisament, als heretaments preventius, se segueix referint a l'àmbit familiar més estricte, el de les relacions paternofilials.

Passant a la capacitat dels atorgants, podem dir que, en principi, hi ha una exigència més elevada en l'heretament preventiu que en el testament (notarial), ja que en aquest n'hi ha prou de tenir més de catorze anys. És més, la vigent regulació del Codi civil de Catalunya ha abandonat la distinció del dret anterior (art. 67 CS), que diferenciava entre capacitat per a atorgar l'heretament preventiu –es remetia a la capacitat per a contraure matrimoni– i la resta d'heretaments, per als quals s'exigia la majoria d'edat. En efecte, l'article 431-4 CCCat estableix, com a regla, és a dir, per a tot tipus d'heretament, que els atorgants siguin persones majors d'edat i que gaudeixin de la capacitat d'obrar plena, llevat dels atorgants del pacte que només tinguin la qualitat d'afavorits (que, en principi, no és el cas dels heretaments preventius en funció de testament mancomunat) i no estiguin gravats per cap càrrega, cas en el qual cal atènyer-se a la capacitat natural⁵⁵. En síntesi, per a ordenar la successió mitjançant heretament preventiu cal una capacitat més elevada que la que se sol exigir per a atorgar un testament mancomunat, en els ordenaments que els admeten. Tanmateix, aquesta és una diferència que, a la pràctica, no resulta gaire rellevant, atesa l'escassa freqüència dels testaments atorgats per persones menors d'edat.

⁵³ Aquest és el cas, per exemple, del dret alemany (§ 2265 BGB). A Galícia, tot i que l'apartat 1 de l'art. 187 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (en endavant, LDCG), sembla partir d'una legitimació àmplia, en afirmar que «[E]s mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial», observem que l'apartat 2 limita l'atorgament de disposicions corespectives als cònjuges. Finalment, al País Basc, els art. 49 i 172 de la Ley del derecho civil del País Vasco (en endavant LDGPV), també el circumscriuen als cònjuges. En canvi, l'art. 406. 3 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, per el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (en endavant CDFA), no estableix cap restricció. Aquest mateix criteri el segueix la Llei 199 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (en endavant, CDCFN).

⁵⁴ Si partim, com no pot ser d'una altra manera, del fet que el parentiu per afinitat és el que s'estableix entre un cònjuge i els parents per consanguinitat de l'altre, resulta que l'art. 431-2 CCCat dedica dos apartats diferents, i en part no coincidents (les lletres c i d), a fixar el grau de parentiu per afinitat. Vull dir que, mentre la lletra c) disposa que es poden atorgar pactes successoris amb els parents per afinitat, amb el límit del quart grau en la línia col·lateral, la lletra d) estableix, també pels parents per afinitat –als quals aquí al·ludeix com a parents per consanguinitat del cònjuge– el límit del segon grau. Aquesta duplicitat no afecta la unió estable de parella, ja que la convivència no crea parentiu per afinitat i, per tant, podria tenir sentit mantenir una norma expressa (lletra d) per a les unions estables.

⁵⁵ La menor exigència de capacitat vindria justificada pel fet que per a l'atorgant afavorit per l'heretament es pot considerar un pacte jurídicament neutre, en el sentit que no li genera obligacions, sinó que només vincula el causant. Cf., en relació amb el dret alemany, MUSIELAK (2004, p.1709). Aquesta regla recorda allò previst a l'art. 531-21.1 CCCat per a l'acceptació de les donacions pures. En el cas que el pacte successori contingui gravàmens, entenc que s'ha d'aplicar, per analogia, el que determina l'apartat 2 d'aquest precepte, el qual admet l'acceptació per representant legal, i no l'incís primer de l'art. 431-4 CCCat, que està pensat més específicament pel causant. Pel que fa a la capacitat del tercer afavorit, cal dir que és irrellevant en el moment de l'atorgament i serà en el moment d'obertura de la successió quan caldrà atènyer-se a les normes generals sobre acceptació i repudiació de l'herència (art. 461-9).

D'altra banda, en relació encara amb la capacitat, cal tenir present un altre element que diferencia els heretaments preventius dels testaments. Em refereixo al fet que, mentre per a aquests es possibilita que una persona judicialment incapacitada pugui atorgar-los en interval lúcid, si dos facultatius acceptats pel notari certifiquen que el testador té prou capacitat i lucidesa en el moment de testar (art. 421-9 CCCat), això no és possible en els pactes successoris, inclosos, òbviament, els atorgats amb caràcter preventiu.

4.4. Requisits de forma

Des del punt de vista de les exigències formals, l'heretament preventiu i el testament presenten també algunes dissemblances. En efecte, mentre que, per als pactes successoris, l'article 431-7.1 CCCat exigeix l'escriptura pública com a requisit de validesa, per al testament, en canvi, a banda de la forma notarial (en les seves variants de testament obert o tancat), s'admet també la forma hològrafa.

Aquesta és una diferència que, en principi, tampoc no resulta pertorbadora per a l'assimilació funcional que es pretén entre els heretaments preventius i els testaments mancomunats, oimés si tenim en compte, novament, que bona part dels ordenaments que admeten el testament mancomanat el limiten exclusivament a la forma notarial oberta⁵⁶.

La raó per la qual se sol excloure el testament mancomanat en forma hològrafa rau en les dificultats que presenta l'exigència que estigui escrit pel testador, que no es pot limitar a signar allò que ha escrit un altre. Tot i això, la forma hològrafa l'admet el dret aragonès amb algunes matisacions i havent rebut la crítica de la doctrina més autoritzada⁵⁷. Concretament, l'article 411 CDFA –inspirant-se probablement, en el § 2267 BGB– disposa que n'hi ha prou que tot el testament hagi estat escrit per un dels testadors, fent constar l'any, el mes i el dia, i que l'altre declari igualment, escrivint-ho de la seva mà, abans de les signatures d'ambdós, que vol que també valgui com a testament seu, signant tots els fulls i al final. Mort un dels testadors, el testament s'ha d'adverar i protocol·litzar.

Tot això, amb el benentès que, allà on s'admet el testament mancomanat, se li solen aplicar les mateixes regles que regeixen per a l'unipersonal, amb la particularitat, és clar, que en aquell la unitat d'acte es tradueix en què tots els testadors han de concórrer a l'atorgament manifestant la seva voluntat, sense interrupció, en el mateix interval temporal.

4.5. Contingut

És en relació amb el contingut on, en principi, haurien de sorgir menys dubtes sobre l'equiparació

⁵⁶ Aquest és el cas, per exemple, del l'art. 189 LDCG i també l'art. 173 LDCPV, en relació amb el Fuero Civil de Gipuzkoa. En canvi, per a Biscaia, l'art. 49 LDCPV i per a Navarra la Llei 199 de la Compilació tan sols exigeixen que el testament sigui notarial. .

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO (1992, p.614) sosté que el testament hològraf no s'adequa al testament mancomanat aragonès, que, d'altra banda, no havia existit històricament. Opina que només hi encaixaria si s'escrivís dues vegades (una per a cada testador), amb data duplicada i signatura d'ambdós.

que es pretén entre els pactes successoris preventius amb pluralitat de causants i els testaments mancomunats, atès que la regla de la qual parteix l'article 431-5 CCCat és que en pacte successori, «[e]s pot ordenar la successió amb la mateixa amplitud que en testament»⁵⁸.

Ara bé, tot i la literalitat del precepte, l'assimilació de continguts no és absoluta, ja que després de concretar que els atorgants hi poden fer heretaments i atribucions particulars—inclòs l'usdefruit universal— i subjectar totes aquestes disposicions a condicions⁵⁹, substitucions, reversions o prohibicions de disposar, així com designar marmessor, administrador i comptador partidor, més endavant, l'article 431-7 CCCat ho matisa clarament.

En efecte, aquest precepte acaba de completar el contingut possible del pacte successori o, per a ser més precisos, de l'escriptura pública, afirmant que pot contenir estipulacions pròpies del protocol familiar i d'altres estipulacions successòries, però excloent que pugui contenir disposicions d'última voluntat, la qual cosa significa, per exemple, que els llegats no hi poden tenir cabuda.

A aquests efectes, cal recordar que una disposició de darrera voluntat, per contraposició als pactes successoris (que, sent negocis *mortis causa*, en principi no participen de la naturalesa dels de darrera voluntat), és aquella mitjançant la qual el causant ordena, amb caràcter revocable, el destí del seu patrimoni per a després de la mort; dit en unes altres paraules i com indica el seu nom mateix, es caracteritza pel fet que qui la atorga pot canviar de voluntat, mentre visqui. D'aquí que, atès que els pactes successoris preventius són revocables, ens haguem de preguntar si l'esmentada prohibició de contenir disposicions de darrera voluntat regeix també per a les escriptures en què s'estipula aquell tipus de pacte. A parer meu, la resposta ha de ser negativa; és a dir, és possible que en la mateixa escriptura que els incorpora, els cònjuges, a l'hora que institueixen contractualment hereu, facin una o més atribucions particulars revocables a favor de persones diferents, atès que els heretaments preventius són, en si mateixos, veritables negocis de darrera voluntat i, per tant, igualment revocables. Tot això, a banda que l'escriptura pública de

⁵⁸ Pel que fa al negoci jurídic testamentari, l'art. 421-2 CCCat disposa que «[E]n testament, el causant ordena la seva successió mitjançant la institució d'un o més hereus i pot establir llegats i d'altres disposicions per a després de la seva mort».

⁵⁹ Convé recordar, encara que sigui de passada, que la possibilitat de posar condicions en els heretaments planteja la qüestió de si admeten la condició resolutòria, és a dir, si regeix la regla de l'art. 423-12 CCCat segons la qual es tenen per no formulades en la institució d'hereu la condició resolutòria i els terminis suspensiu i resolutori. PUIG FERRIOL (1990, p.147) considera dubtós que es puguin aplicar les regles de la condició resolutòria, argumentant que la successió contractual és aliena al dret romà. En la meua opinió, cal distingir segons que la condició s'hagi de complir en vida del causant o després de la mort. En el primer cas, és possible deixar sense efecte el pacte successori si es compleix l'eventualitat prevista en el pacte reversional (art. 431-27.1 CCCat), ja que, aleshores, els béns han de retornar a l'heretant i l'afavorit deixa de tenir la qualitat d'hereu; en canvi, un cop mort, s'han d'aplicar les mateixes regles per a la successió testamentària i, per tant, com en aquesta, la condició resolutòria s'haurà de tenir per no formulada (art. 411-3.2 CCCat), llevat que s'hagi configurat com una substitució fideïcomissària. En relació amb la condició suspensiva, el dubte es podria plantejar respecte de si la mort de l'instituit abans del compliment de la condició transmet quelcom als seus successors. Sobre això cal tenir present que els art. 431-24 i 431-30.3 CCCat disposen que el pacte successori esdevé ineficax per premoriència de l'afavorit, llevat que s'hagi convingut altrament o es tracti d'una institució a favor d'un descendent del causant i aquell premori deixant descendents cridats; només en aquest darrer cas el mateix dret es transmet condicionat als hereus.

l'heretament preventiu pugui incloure un contingut no successori, com pot ser el reconeixement d'un fill o la designació de tutor, entre d'altres.

Ara bé, no podem perdre de vista que els pactes successoris preventius segueixen sent un conveni sobre la successió futura i, per tant, que responen a un esquema típicament contractual. D'aquesta manera, la disposició particular revocable no podrà ser, en sentit propi, un llegat (entès com una declaració autònoma i individual que, segons l'article 427-1 CCCat, només té cabuda en testament, codicil o memòria testamentària), sinó que, si escau, s'hauria d'incloure com a atribució particular, i per tant acordada, també de caràcter preventiu.⁶⁰

Pel que fa al contingut accessori dels pactes successoris, és a dir, les possibles càrregues que es puguin imposar als afavorits (per exemple, la de tenir cura i atenció de l'altre atorgant o de tercers, a què al·ludeix l'art. 431-6.2 CCCat), em limitaré a destacar l'escassa rellevància que això pot tenir en els heretaments preventius (si les càrregues s'han de complir en vida del causant), atès que xoquen amb la possibilitat que siguin revocats en qualsevol moment.

4.6. Causes d'ineficàcia: nul·litat, revocació i crisi matrimonial o de parella

En aquest apartat, analitzaré, en primer lloc, la ineffectuació que deriva de la concurrència d'alguna de les causes de nul·litat previstes a l'article 431-9 CCCat i si es pot distingir entre la nul·litat que pugui afectar el pacte successori pròpiament dit i la de les seves disposicions; en segon lloc, abordaré específicament la problemàtica que planteja la revocació unilateral dels pactes preventius, i, finalment, em referiré molt breument als efectes que, en relació amb els heretaments atorgats a favor del cònjuge, del convivent en parella estable o dels parents d'aquests, planteja la crisi matrimonial o de parella.

A. Nul·litat del pacte i de les seves disposicions

Sense que ara calgui entrar en l'examen de si alguna de les causes de nul·litat que conté el referit article 431-9 CCCat podria trobar encaix en la categoria, d'altra banda poc precisa, de la inexistència del negoci, s'ha advertir, abans de res, que el legislador català ha establert un règim de nul·litat dels pactes successoris molt semblant al dels testaments (art. 422-1 i 422-2 CCCat). És a dir, com en aquests, el Codi distingeix entre nul·litat del negoci i de les disposicions que s'hi contenen, fet que, ja ho avanço ara, no s'avé amb la naturalesa convencional dels pactes successoris que, òbviament, és present també en els atorgats amb caràcter preventiu.

La primera causa de nul·litat que enumera l'article 431-9 CCCat és que el pacte no es correspongui amb cap dels tipus legalment previstos. Això vol dir que, tot i que el llibre quart del Codi civil de Catalunya ha extès de forma molt notable l'abast de la successió contractual (eliminant, per exemple, l'exigència de capítols i ampliant els subjectes que la poden pactar), els pactes successoris encara se segueixen concebant com una modalitat excepcional de successió. És

⁶⁰ Aquest és, segons la meua opinió, el sentit que cal donar a l'afirmació del preàmbul on s'admet que, a vegades, les disposicions preventives poden acompanyar útilment altres disposicions irrevocables atorgades en un mateix instrument.

en aquest sentit que hom pot afirmar que l'article 411-7 CCCat, que manté una redacció pràcticament idèntica a la del derogat article 7 CS, és una norma imperativa i, com a tal, la seva infracció hauria de comportar *ope legis* la nul·litat absoluta dels pactes sobre successió no oberta que no siguin els que admet el Codi. Això vol dir, per tant, que no poden ser objecte de convalidació ni de sanació i que qualsevol interessat podrà fer valer judicialment la nul·litat i el jutge apreciar, fins i tot, d'ofici.

Dit això, el cert és que l'article 431-10 CCCat, lluny de concebre aquests casos com a supòsits de nul·litat absoluta, estableix que «només» estan legitimats per a al·legar-la els atorgants del pacte. Efectivament, aquest darrer precepte, a banda de distingir entre si l'acció de nul·litat s'interposa abans de l'obertura de la successió o un cop aquesta ja s'ha obert, diferencia també segons que la nul·litat derivi de la manca de capacitat o l'existència d'algun vici del consentiment en l'atorgament del pacte o disposició concreta, o bé es tracti d'una altra causa diferent. En el primer cas, tan sols es legitima l'atorgant que ha incorregut en la manca de capacitat o ha patit el vici, el qual ha d'impugnar el pacte en el termini de quatre anys des de la recuperació de la capacitat o desaparició del vici i, en el cas d'error, des de l'atorgament del pacte. En canvi, si la nul·litat es fonamenta en una causa diferent, com pot ser que el pacte no es correspongui amb cap dels tipus previstos al Codi (reitera l'art. 411-7 CCCat, abans al·ludit), que hagi estat atorgat per persones que no estan unides per algun dels vincles familiars previstos a l'article 431-2 CCCat, o que es contingui en document privat (art. 431-7 CCCat), la legitimació correspon, com deia, a qualsevol dels atorgants del pacte, la qual cosa topa amb el règim propi de la nul·litat absoluta, que semblaria més escaient en aquests casos.

Davant aquesta disjuntiva i malgrat la literalitat dels articles 431-9 i 431-10 CCCat, entenc que s'imposa el caràcter imperatiu de les normes que, respectivament, restringeixen els pactes successoris als tipus legalment previstos, fixen el cercle de persones que poden intervenir-hi com a atorgants i exigeixen l'escriptura pública, fet que condueix, necessàriament, a aplicar les regles de la nul·litat absoluta en cas d'infracció. Això vol dir que la ineficàcia del pacte successori per aquestes causes es produeix, en principi, sense necessitat d'exercitar cap acció, ni que l'autoritat judicial en declari la nul·litat. Per la mateixa raó, en aquest àmbit no s'ha d'admetre la prescripció ni la caducitat. I això tant si ja s'ha produït la mort del causant i consegüentment s'ha obert la successió, com si no.

Pel que fa a la distinció entre els vicis de la voluntat que afecten el pacte i els que afecten les seves disposicions, cal dir que, a diferència del que passa en el testament, és molt difícil fer aquesta separació. I això també és així en el cas que el pacte o heretament pugui afectar dues o més successions, ja que l'acord de voluntats constitueix una unitat indestruïble que integra un únic consentiment contractual, és a dir, només hi ha un contracte successori que afecta la successió de diverses persones.

D'altra banda, comparant-ho novament amb el testament, observem que en aquest es parteix del fet que, com que no adquireix valor negocial fins a la mort, el caràcter revocable fa innecessari d'impugnar-lo per causa de nul·litat en vida del causant, la qual cosa no vol dir que, si el testador

no el revoca, s'hagi de considerar vàlid, ja que, oberta la successió, el podran impugnar totes aquelles persones que es podrien beneficiar de la declaració de nul·litat (art. 422-3.1 CCCat). Partint d'aquesta premissa, ens podem preguntar si aquest mateix raonament és traslladable a l'heretament preventiu i, per tant, si l'acció de nul·litat perd la seva raó de ser en vida de l'atorgant, sobre la base que també pot deixar-lo sense efecte en qualsevol moment. En principi, em decanto per l'afirmativa, ja que, fins i tot en el cas que s'hagi escolat el termini que fixa la llei per a impugnar, l'heretant sempre pot acudir a la via de la revocació.

Tanmateix, no ho ha entès així el legislador català, ja que vincula la interposició de l'acció per part de les persones a les quals, un cop oberta la successió, pot beneficiar la declaració de nul·litat, al fet que no hagi caducat per al causant (art. 431-10.3 CCCat). És per això que hom troba a faltar una previsió, com la que hi ha en seu testamentària (art. 422-3 CCCat), en la qual s'estableixi que les dites persones poden impugnar l'heretament atorgat amb manca de capacitat o encara que es doni algun vici de la voluntat, sense condicionar-ho al fet que no hagi transcorregut el termini que el causant tenia per a impugnar-lo en vida.

Tot això amb el benentès que, com que la finalitat de l'heretament preventiu unilateral és evitar la successió intestada, no es podrà deixar sense efecte mitjançant l'atorgament d'un testament merament revocatori.

B. Revocació

El fet que un heretament es pacti amb caràcter preventiu comporta, com és sabut, que l'heretant pugui deixar-lo sense efecte atorgant un testament posterior, que haurà de ser notarial i obert, o un altre pacte successori (art. 431-21.1 CCCat). I, si es tracta d'un heretament preventiu amb pluralitat de causants, que cadascun d'ells, unilateralment i sense necessitat que es compleixi cap causa legal de revocació, pugui deixar-lo sense efecte revocant les pròpies disposicions.

És fonamental destacar que, per tal que la revocació sigui eficaç, l'apartat 2 d'aquest mateix precepte exigeix que, llevat que els atorgants ho excloguin, qui revoca ho notifiqui notarialment als altres atorgants. Aquesta és una norma que, en la forma en què està redactada, inclou els heretaments preventius amb un sol causant, però tot indica que es va incorporar pensant precisament en els heretaments preventius amb pluralitat de causants⁶¹, és a dir, aquells que poden acomplir la funció pròpia dels testaments mancomunats, ja que és en aquests on realment té més sentit perquè evita que un atorgant pugui actuar defraudant la confiança de l'altre. Així, el que no ha revocat, assabentat de l'actuació de l'altre, pot decidir quin destí donar als béns objecte de la disposició que ell mateix va atorgar en aquell pacte successori⁶².

⁶¹ És més, de la mateixa manera que en l'heretament preventiu amb un sol causant l'heretant pot disposar dels seus béns, en vida, per qualsevol títol, tal com veurem després que ha admès el TSJC (v. nota 75), també hauria de poder revocar-lo en qualsevol moment, fins i tot sense necessitat de comunicar-ho a ningú, com, de fet, passava en el dret anterior.

⁶² No hi ha, però, una previsió expressa sobre què passa si la notificació no s'ha pogut fer efectiva perquè, per exemple, es desconeix el parador de l'altre atorgant. En aquest punt em decanto, una vegada més, per l'aplicació analògica de l'article 431-15 CCCat, el qual preveu que s'ha d'acudir a la via judicial.

Pel que fa específicament a la revocació dels heretaments preventius amb pluralitat de causants, —donant per fet que els atorgants, de mutu acord, poden deixar sense efecte o modificar les disposicions que s’hi contenen (art. 431-12 CCCat)— es plantegen dues qüestions d’especial rellevància i que el Codi no resol, almenys de forma expressa. Em refereixo, d’una banda, a si, a més de les pròpies disposicions, la revocació d’un afecta també les disposicions referides a l’herència dels altres atorgants, i, d’una altra, si la mort d’un dels atorgants comporta o no que el sobrevivent ja no pugui revocar la seva disposició.

Pel que fa a la primera qüestió, és a dir, la relativa a l’abast de la revocació feta per un dels atorgants, el Codi no estableix cap previsió expressa, però entenc que, per analogia amb el que disposa l’article 431-13.4 CCCat en relació amb la revocació per indignitat, no només es projecta sobre les disposicions pròpies, sinó que també deixa sense efecte les fetes per l’altre. El principi que subjau en aquesta regla és el caràcter interrelacionat de totes les disposicions que integren qualsevol pacte successori.

De fet, aquest és l’efecte que, en el dret comparat, es preveu també per al testament mancomunitat de tipus correspectiu, respecte del qual s’entén que les estipulacions de l’altre testador (el que no ha revocat) resten ineficaces des del moment que el primer revoqui⁶³, llevat, és clar, que del mateix testament resulti el contrari.

Tot i això, no es pot dir que hi hagi una coincidència exacta entre la revocació regulada a l’article 431-21 CCCat per als heretaments preventius i la dels testaments. Vull dir que, en relació amb els heretaments preventius, el mot revocació no s’ha d’entendre en la seva significació estricta, ja que, en principi, allò que fan el testament o el pacte successori posteriors és evitar que es doni un dels pressupòsits que determinen l’efectivitat de l’heretament preventiu⁶⁴: morir sense haver instituït hereu testamentari o contractual⁶⁵.

Tenint en compte que, amb caràcter general, la funció de l’heretament preventiu és evitar la successió intestada, s’ha d’entendre que, encara que l’article 431-21 CCCat no ho digui, el testament amb què es pretén deixar sense efecte l’heretament preventiu, ha de ser vàlid i també eficaç⁶⁶. És a dir, si, arribat el cas, el testament és nul, ho és la institució d’hereu o esdevé ineficaç per qualsevulla altra causa (com ara la preterició errònia, la premoriència, la indignitat o la

⁶³ Hom pot citar, per exemple, l’article 421.4 CDFA, la Llei 201 a) 2) CDCFN i l’article 191 LDCG.

⁶⁴ Una visió semblant, tot i que construïda a partir de la tècnica de les condicions del negoci, la dona l’anteriorment esmentada STSJC de 12 juliol 2001, segons la qual: «si es compleix la condició —que l’heretant designi hereu testamentari o en heretament pur— l’heretament preventiu esdevé ineficaç; si la condició no es compleix, l’heretament preventiu produeix tots els efectes que li són propis».

⁶⁵ LÓPEZ BURNIOL (1994, p. 396). Això significa, com ja he avançat, que un testament merament revocatori no pot deixar sense efecte l’heretament preventiu, perquè abocaria directament a la successió intestada (art. 422-9.5 CCCat), que és allò que precisament es vol evitar amb aquest tipus d’heretament. En el mateix sentit es pronuncien BOSCH CARRERA (2013, p. 119) i ESQUIROL JIMÉNEZ (2008), p. 105.

⁶⁶ Per contra, sí que ho preveu l’art. 422-9.2 CCCat per a la revocació del testament, fet que ha estat criticat per un sector de la doctrina.

renúncia), l'herència s'haurà de deferir a la persona instituïda inicialment en l'heretament preventiu. Aleshores, el pacte successori, per a dir-ho gràficament, recuperarà la funció que li és pròpia i produirà els efectes per als quals institucionalment ha estat concebut.

Ara bé, una interpretació teleològica de la norma porta a entendre que aquest criteri és vàlid per als heretaments preventius unilaterals, però no per als que tenen pluralitat de causants, ja que la finalitat d'aquests darrers no és evitar l'abintestat, sinó, simplement, permetre que dos o més persones puguin disposar conjuntament de les respectives successions en un mateix acte i amb caràcter revocable. És per això que, en aquest cas, la revocació es configura com una declaració de voluntat unilateral i receptícia, en el sentit que l'efecte revocatori de l'heretament preventiu s'ha d'entendre produït en el moment que té lloc la notificació notarial als altres atorgants, amb independència que, després, el testament o l'heretament siguin o no eficaços⁶⁷, la qual cosa significa que, apartant-se de la finalitat històrica dels heretaments preventius, es podrà donar el cas que els atorgants arribin a morir abintestat⁶⁸.

La qüestió resulta més complexa quan allò que es pretén amb la disposició *mortis causa* unilateral posterior no és revocar sinó tan sols modificar la pròpia disposició continguda en l'heretament preventiu mutual. Dic això perquè no és el mateix que la modificació consisteixi, per exemple, a afavorir encara més l'altre atorgant, o, per contra, que se li imposi algun tipus de limitació. Cap dels dos casos està previst en el nostre ordenament, però, en el primer entenc que, com que les expectatives de l'altre atorgant no resulten perjudicades en res, la modificació serà plenament eficaç. En canvi, en el segon cas, és a dir, quan allò que es pretén és introduir càrregues o limitacions a la institució (una substitució fideïcomissària, per exemple), sí que s'afecta negativament les expectatives de l'altre atorgant. Per això entenc que resulta aplicable el règim de la revocació –podríem dir que parcial– cosa que implica que la disposició modificativa, perquè sigui eficaç, s'hagi de notificar notarialment⁶⁹ a l'altre atorgant del pacte successori, el qual podrà manifestar-hi el seu consentiment i, si no ho fa, s'haurà d'entendre que la seva disposició resta sense efecte, com ineficaç s'ha de considerar també, per lògica, la disposició que es pretén modificar.

D'altra banda, l'al·lusió que aquest mateix precepte fa al fet que els heretaments preventius es poden deixar sense efecte mitjançant l'atorgament d'un nou pacte successori, tot i la generalitat dels termes amb què està redactat, s'ha de descartar que pugui tractar-se d'un pacte d'atribució particular, perquè aquest només comporta l'exclusió de l'heretament del bé o béns que en són objecte, sense afectar la institució d'hereu anteriorment estipulada. Tanmateix, en la mesura que implica un acte de disposició a títol gratuït, serà d'aplicació el mateix règim que per a aquest tipus de disposicions preveu l'article 431-25.3 CCCat (em remeto, per tant, a allò que després es

⁶⁷ Altrament, hom podria qüestionar per què cal notificar l'atorgament del testament o pacte successori posteriors a l'altre atorgant i no, en canvi, l'acceptació de l'instituït hereu (que, segons aquesta teoria, seria l'únic que revocaria efectivament l'heretament preventiu).

⁶⁸ Així ho entenia també, per al Codi de successions, DELGADO ECHEVERRÍA (1994, p.290).

⁶⁹ En aquest cas la notificació, lògicament, haurà d'incloure una còpia del document que conté la nova declaració de voluntat.

dirà en l'apartat 4.7).

Passant a la segona qüestió, és a dir, si, mort un dels atorgants, el sobrevivent pot revocar el pacte preventiu en el qual institueix hereu un tercer, una interpretació lògica permet entendre que la mort del primer extingeix la facultat de revocar i, en conseqüència, que el supervivent ja no pot canviar la seva voluntat. I això no només perquè, mort l'atorgant, ja no és possible la notificació, sinó perquè aquesta és la regla que també es desprèn de l'article 431-12.1 *in fine* CCCat, l'aplicació analògica del qual entenc escaient en aquest cas, en no haver-hi una norma expressa, com la que, en el dret alemany, estableix el § 2271 (2) BGB per al testament mancomunat, segons la qual «el dret a revocar s'extingeix amb la mort de l'altre cònjuge», sens perjudici, és clar, que el pugui impugnar si es dóna causa de nul·litat⁷⁰. Així, doncs, de la mateixa manera que la mort de qualsevol dels atorgants extingeix la facultat de modificar i de resoldre els pactes successoris de mutu acord, el sobrevivent que hagi instituït preventivament un tercer aliè al pacte tampoc podrà revocar la seva disposició integrada en l'heretament preventiu. És la mateixa solució que, com a forma d'evitar actuacions deslleials i fraudulentos respecte de les disposicions vinculades o correspectives, preveuen alguns dels ordenaments que admeten el testament mancomunat⁷¹.

Evidentment, la qüestió no planteja cap problema si l'heretament es limita a un pacte d'institució recíproca, ja que, exceptuant que s'hagi previst una substitució fideïcomissària, la mort d'un atorgant comporta que la institució d'hereu es concreti definitivament en l'altre i, per tant, que es completin tots els seus efectes. En qualsevol cas, no hagués estat gens sobrer que el Codi hagués previst cadascuna de les possibilitats abans referides i que, òbviament, les hagués resolt de manera expressa.

C. Ineficàcia derivada de la crisi matrimonial o de convivència

L'article 431-17 CCCat regula els efectes que la nul·litat del matrimoni, la separació, el divorci i també l'extinció d'una parella estable tenen sobre els pactes successoris en general (és a dir, sense distingir entre els preventius i els que no ho són).

Hom parteix del fet que, en principi, són circumstàncies que, llevat que s'hagi estipulat el contrari, no alteren l'eficàcia de la successió paccionada. Com ja he avançat, se n'exceptuen, precisament, els heretaments atorgats a favor del cònjuge o convivent en parella estable o dels parents d'aquests (entre els quals també els mutuels i els corespectius) que esdevenen ineficaços en els mateixos supòsits que, per als testaments, estableix l'article 422-13.1 i 2 CCCat. Això vol dir que l'ordenament català entén que, un cop es trenca la relació conjugal o de fet, que és la que generava la confiança que determinà la institució com a hereu contractual, ja no hi ha cap raó per mantenir-la, de manera que l'esmentada institució hereditària restarà automàticament ineficaç

⁷⁰ Hom podria plantejar també si, després de mort el primer atorgant de l'heretament preventiu, es pot revocar o modificar per alteració de les circumstàncies econòmiques que van portar a aquella institució. En aquest punt, l'article 431-11.1 CCCat ens condueix a una resposta negativa ja que, per a la modificació dels pactes successoris en general, no dóna cap rellevància al canvi de circumstàncies.

⁷¹ A banda de l'esmentat § 2271 BGB, hom pot citar també la Llei 202 CDCFN.

sense que calgui revocar-la. En això, per tant, tampoc no es diferencien dels testaments.

4.7. Limitació de les facultats dispositives en vida del causant

Segons l'article 431-25.1 CCCat, l'heretament simple, i també el cumulatiu respecte dels béns exceptuats de l'adquisició de present i dels que l'heretant pugui adquirir després d'atorgat, no limiten les facultats d'aquest per a disposar dels seus béns a títol onerós⁷², ja que regeix el principi de la subrogació real. En canvi, pel que fa a les disposicions gratuïtes, l'apartat 3 d'aquest mateix precepte exigeix el consentiment exprés de l'hereu⁷³, llevat que es tracti de liberalitats d'ús o que la disposició sigui per satisfer l'legítimes o en la quantia superior que s'hagi fixat en l'heretament. La mateixa limitació dispositiva regeix per a la constitució de censos, censals o rendes vitalícies.

Com veiem, a diferència de l'article 99 CS, no esmenta els heretaments mutuels, ni distingeix tampoc entre si els heretaments han estat atorgats amb caràcter preventiu o no. Tanmateix, aquestes omissions no ens han de portar a concloure, necessàriament, que ambdós atorgants de l'heretament mutual no tinguin limitades les facultats dispositives, ans al contrari, una vegada més, una interpretació lògica permet afirmar que en aquest punt, el Codi civil de Catalunya no ha canviat de criteri i, per tant que, en vida de l'heretant, el mutual produeix els mateixos efectes que el simple. És a dir, tot i la incertesa sobre quin serà l'atorgant que acabarà sent efectivament hereu, tots, mentre visquin, tenen conferida aquesta qualitat [entesa en el sentit d'expectativa], com si haguessin estat instituïts cadascun en un heretament simple (art. 431-19 CCCat). Això significa que no es pot deixar a la decisió lliure de cada atorgant la realització d'actes dispositius que minvin el contingut econòmic del patrimoni, si no és a risc de defraudar l'expectativa de l'altre, derivada de la irrevocabilitat d'aquesta institució.

Ara bé, en el cas que els heretaments mutuels hagin estat pactats amb caràcter preventiu, un sector de la doctrina entén que només hi ha una simple vocació successòria revocable unilateralment i, d'aquí en conclou que no es pot produir cap afectació de present sobre el patrimoni dels heretants⁷⁴. En aquesta mateixa línia, se sol argumentar també que el fet que l'heretant no pugui disposar, en vida, dels seus béns a títol gratuït si no és amb el consentiment de l'altre no s'adiu amb la facultat que deriva del caràcter preventiu del pacte successori que, precisament, permet revocar l'heretament⁷⁵. Entenc, però, que les anteriors consideracions, que porten a concloure que les esmentades limitacions dispositives no regeixen per a l'heretament

⁷² Històricament, com afirma PLANAS I CASALS (1925, p. 298) es partia del principi contrari; és a dir, per a disposar s'exigia que l'heretant s'hagués reservat expressament la facultat de vendre i de gravar, ja que aquest poder «de hecho inutiliza el heredamiento, resultando que el hijo tiene un derecho que es o puede ser ilusorio». En canvi, per a l'heretament preventiu [unilateral], aquest mateix autor (*loc. cit.* p. 328) considerava que, en tractar-se d'una institució condicional, és a dir, subordinada al fet de morir sense testament, no atorgava cap dret al fill per a impugnar les alienacions que els pares haguessin fet en vida.

⁷³ Cal entendre que la referència a l'hereu ho és a la persona que alhora és també atorgant del pacte ja que, d'acord amb l'article 431-3 CCCat, el tercer instituït no adquireix cap dret fins al moment de la mort del causant.

⁷⁴ LÓPEZ BURNIOL (1994, p. 412).

⁷⁵ Així ho va argumentar, tot i que per a un heretament preventiu no mutual sotmès al règim de la Compilació de 1960, la STSJC de 12 juliol de 2001.

preventiu, només valen per a un tipus concret d'heretament preventiu, el que conté disposicions relatives a un sol causant, però no per a aquells en què, com l'heretament mutual, hi ha dos causants, ja que, aleshores, preval el caràcter interrelacionat de les disposicions.

La limitació de les facultats dispositives a títol gratuït evita, com deia, que, sense necessitat de modificar o revocar formalment l'heretament, un dels atorgants pugui buidar econòmicament la seva disposició successòria, com si s'hagués produït, *de facto*, una revocació⁷⁶. De fet, la proximitat que hi ha entre els esmentats actes dispositius *inter vivos* i la revocació pròpiament dita em fa decantar per excloure l'aplicació de l'article 431-25.4, que legitima l'hereu instituït per impugnar els actes dispositius atorgats en dany o en frau d'heretament i entendre que s'aplica, per analogia, l'article 431-21.2 CCCat⁷⁷. En aquest sentit, hom podria pensar en una futura reforma que expressament establís que l'eficàcia dels actes de disposició gratuïta quedés condicionada a la notificació notarial a l'altre atorgant.

El Codi tampoc no especifica si l'atorgant sobrevivent d'un heretament preventiu amb pluralitat de causants té limitades o no les facultats dispositives sobre els béns que ell ha rebut en virtut de l'esmentat heretament i que hagin estat gravats amb una institució successiva d'hereu a favor d'un tercer. *Tanmateix, com que es tracta d'una substitució fideïcomissària, no cal que hi hagi cap previsió especial, ja que, atesa la condició de fiduciari del sobrevivent, restarà afectat per les mateixes limitacions que regeixen per al fiduciari (art. 426-36 i seg. CCCat). En canvi, en relació amb el patrimoni propi d'aquest, respecte del qual, en virtut del pacte successori preventiu, ha estat instituït hereu un tercer no atorgant del pacte, hagués estat aconsellable preveure que no en pogués disposar a títol gratuït i que la institució preventiva esdevingués irrevocable després de la mort del primer causant⁷⁸. En qualsevol cas, vull insistir en el fet que el tercer no adquireix cap dret a la successió fins a la mort del causant (art. 431-31 CCCat) i, consegüentment, tampoc no pot impugnar els actes dispositius atorgats en dany o en frau de l'heretament.*⁷⁹

⁷⁶ És en aquest sentit que GARCÍA-GRANERO (1998, p.907) ha pogut afirmar que la disposició a títol gratuït és, per dir-ho així i sempre en sentit figurat, una mena de testament parcial en allò que es refereix als béns que comprèn. En el dret navarrès, la Llei 204 CDCFN preveu aquesta mateixa limitació dispositiva. En canvi, els articles 422.2 CCFA i 194 LDCG opten per la ineficàcia *ope legis*.

⁷⁷ Aquesta és la interpretació que suggereix ESQUIROL JIMÉNEZ (2008, p.101). Necessitat de notificació que d'altres, com BOSCH CARRERA (2013, pp. 116 y 119) han basat en el principi de la bona fe contractual, avui positivitzat a l'article 111-7 CCCat.

⁷⁸ Per al País Basc, l'art. 178.1 LDCFPV estableix que «El supérstite no podrá disponer a título gratuito de los bienes que se hayan señalado como objeto de las susodichas disposiciones correspondientes, salvo en favor de la persona o personas que se hubieren designado como beneficiario o beneficiarios de las mismas en el testamento mancomunado». Per la seva banda, per a Navarra, la Llei 203 b) CDCFN admet que el sobrevivent pugui disposar a títol oneros, però no, en canvi, a títol gratuït.

⁷⁹ Vegeu, en aquest sentit, FERRER I RIBA (2009, p. 1066) on ho argumenta a partir de l'article 431-25.2 CCCat, segons el qual hom pot convenir amb l'instituït que sigui atorgant del pacte successori la transmissió de l'empresa o de les accions o participacions (art. 431-30 CCCat).

5. Consideracions conclusives

A tall de conclusió, podem afirmar que, efectivament, l'heretament en el qual ambdós atorgants, amb caràcter preventiu, disposen de les respectives herències pot desenvolupar, a la pràctica, les funcions que són pròpies del testament mancomunat. La limitació de les persones que el poden pactar, l'exigència de la majoria d'edat i el requisit de l'escriptura pública no constitueixen cap diferència rellevant respecte d'aquest tipus testamentari, ans al contrari, perfilen un règim jurídic equiparable al que en d'altres ordenaments es preveu per als testaments conjunts, particularment els ordenaments que el restringeixen als cònjuges i a la forma notarial oberta, que resulten ser majoritaris. I, amb poques especificitats, la mateixa equivalència es pot fer respecte del règim d'ineficàcia i, sobre tot, de la revocació, de la limitació *inter vivos* de les facultats dispositives, així com de les causes d'ineficàcia.

Si això és així, i partint de la constatació que, segons hem vist a l'inici del present treball, proliferen els testaments individuals en què els cònjuges atorguen disposicions correspectives, el lògic fóra que, a la pràctica, la nova regulació hagués portat a un augment significatiu d'aquests heretaments. De moment no ha estat així, sinó que l'increment dels heretaments ha estat molt moderat. D'acord amb les dades facilitades pel Col·legi de Notaris de Catalunya, l'any 2009, que és quan entrà en vigor el llibre quart del Codi civil de Catalunya, es van atorgar 73 heretaments sense atribució de béns (dels quals no es pot precisar quants ho van estar amb caràcter preventiu); d'aquí es va passar a 114 l'any 2010, 168 el 2011, 251 l'any 2012 i 293 l'any 2013.

Per bé que, com es pot veure, el nombre d'heretaments s'ha multiplicat per quatre, no deixa de ser una quantitat força modesta, per no dir insignificant, sobretot si la posem en relació amb el nombre de testaments unipersonals, ja que la distància que els separa continua sent abismal. En efecte, en aquest mateix període de temps a Catalunya es van atorgar al voltant de 107.000 testaments cada any.

L'anterior s'explica, probablement, pel desús en què va caure la successió contractual des de mitjan del segle XX i que, tot i la renovada regulació, ha persistit a l'actualitat, havent esdevingut insuficient la crida que fa el preàmbul que els heretaments preventius poden ocupar el lloc dels testaments mancomunats, ja que, en no haver-hi una expressa referència normativa, ha passat del tot desapercibuda. És a dir, els heretaments continuen sent avui una institució pràcticament desconeguda per a la ciutadania, el sol nom de la qual genera un cert recel⁸⁰ que es tradueix en el fet que, de forma encara rutinària, els cònjuges continuïn optant pel testament individual.

En dret, solem dir que els actes o negocis jurídics són el que són amb independència del nom que se'ls doni, o, dit en termes més col·loquials, que el nom no fa la cosa. Pel que es veu, no ho perceben així els testadors, ja que, com sembla, entenen fàcilment què és un testament i què significa atorgar-lo, però, en canvi, ignoren o, si més no, se'ls fa difícil entendre que l'atorgament

⁸⁰ Des d'una altra perspectiva, la de l'eficiència econòmica, NAVAS NAVARRO (2011, p.125) augurava també la poca incidència pràctica que acabaria tenint la successió paccionada, sobre la base dels majors costos que, a parer seu, presenta en relació amb el testament ordinari.

d'un heretament preventiu especialment dissenyat s'assimili al testament mancomunat. Vull dir que no és inversemblant pensar que si la mateixa regulació que avui configura l'heretament mutual preventiu hagués rebut el nom de testament conjunt o mancomunat, la xifra d'atorgaments seria sensiblement més elevada.

6. Bibliografia

Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1990), "Comentario al artículo 669 CC", a Manuel ALBALADEJO GARCÍA (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tom. IX, vol. 1º-A, Edersa, Madrid, pp. 103-113.

Biondo BIONDI (1960), *Sucesión testamentaria y donación*, traduït de l'italià per Manuel FAIREN, 2a ed., Bosch, Barcelona.

Manuel DE BOFARULL Y DE PALAU (1878), *Tratado completo del Derecho romano en cuadros sinópticos según el orden general de la Instituta*, quadre 43, Imprenta de la Renaixensa, Barcelona.

Antoni BORRELL I SOLER (1944), *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2a ed., Bosch, Barcelona.

Antoni BOSCH CARRERA (2013), "Aspectos civiles de los pactos sucesorios", a Javier VALLE ZAYAS / Juan Antonio PÉREZ RIVARÉS / José Ramón SALELLES (Dirs.), *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código de Cataluña*, Bosch, Barcelona, pp. 116 i 119.

Guillem Maria DE BROCA (1918), *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*, Herederos de Juan Gili, Barcelona.

Guillermo María DE BROCA Y MONTAGUT / Juan AMELL Y LLOPIS (1886), *Instituciones del derecho civil catalán vigente, ó sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbre y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con la doctrina del Tribunal Supremo*, T. II, Barcelona.

Jaume CANCER (1670), *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii, et Municipalis Principatus Cathalauniae*. Pars tertia, cap. VII, núm. 136, 137, 143 i 150, Lugduni.

Josep COMES (1655-1722), *Viridarium Artis Notariatus sive tabellionum viretum ex odoriferis doctorum et huiusce Artis Authorum floribus quibusque optionibus aquis perutiliter faecundatum*, Vol. I, 1704, ex typographia Francisci Oliva, Girona, Vol. II, 1706.

Arturo CORBELLA (1906), *Manual de Derecho catalán*, Imp. de Viuda de Vidiella y Pablo Casas, Reus.

Eugenio DE TAPIA (1875), *Teoría del arte de notaría*, 3a ed., Manuel Saurí y Eudaldo Puig, Barcelona.

Bonaventura DE TRISTANY (1701), *Sacri supremi regii senatus Cathaloniae decisiones*, Barcinone: ex typ. Raphaelis Figverò, vol. III, dec. XCI, *per totum*.

--- (1688), *Sacri Supremi regii senatus Cathaloniae decisiones*, T. II, Dec. LI i LII, Barcelona, pp. 368 i ss.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (1994), «El testamento mancomunado aragonés», a Àrea de Dret Civil (Coord.) Universitat de Girona, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa* (setembre 1992), PPU SA, Barcelona, pp. 289-299.

Joan EGEA FERNÀNDEZ/Joan MARSAL GUILLAMET (1994), «L'aportació dels notaris a la ciència jurídica catalana (segles IX a XIX)». Fundació Noguera, *Actes del I Congrés d'Història del notariat català*, Barcelona, (Reprodueix la «Nota de Redacció» de la revista La Notaría «Consultas sobre el Código civil», La Notaría, XXXII, núm. 1627 (1889, 10-6), pp. 12838 i 12839).

--- (1994) «L'aportació dels notaris a la ciència jurídica catalana (segles IX a XIX)». Fundació Noguera, *Actes del I Congrés d'Història del notariat català*, Barcelona, (Reprodueix: La Circular, publicada a La Notaría XXXII, núm. 1665 (1889, 23-XII) pp. 13065-13066).

José Antonio ELIAS (1864), *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña*, 2ª ed., arreglada en vista de la legislación vigente hasta el día y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia por Alejandro DE BACARDÍ, Imprenta de Ramírez, Barcelona.

--- (1877), *Derecho civil general y foral de España : ó sea resúmen ordenado de las leyes vigentes en los varios territorios que forman la Monarquía española y de las decisiones del Tribunal Supremo que establecen jurisprudencia ; con un apéndice sobre las disposiciones de derecho civil que rigen en las provincias de Ultramar*. T. III, Saturnino Gómez, Madrid/ Gaspar y Homdedeu, Barcelona.

Víctor ESQUIROL JIMÉNEZ (2008), «El heredamiento mutuo preventivo: una figura a reconsiderar en la práctica notarial», *La Notaría*, núm. 59-60, pp. 99-109.

Josep FERRER I RIBA (2009), «Article 431-3», a Joan EGEA FERNÀNDEZ/Josep FERRER I RIBA (Dirs.), Laura ALASCIO CARRASCO (Coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Atelier, Barcelona, pp. 1061-1067.

Werner FLUME (1992), *El negocio jurídico*, traducció de la 4a ed. (1998) de J. M. MIQUEL GONZÁLEZ i Esther GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

Joan Pere FONTANELLA (1719), *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*. T-II clausula V, glossa VIII, pars VIII, núm. 35, Lugduni.

Jeronimo GALÍ Y RAMÓN (1682), *Opera artis notariae: theoricam simul, et practicam eruditionem complectentia*, ex typographia Hyacinthi Andreu, Barcelona.

Juan GARCIA-GRANERO (1998), "Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra", a Manuel ALBALADEJO GARCÍA (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXXVII, vol. 1, Edersa, Madrid., pp. 23-33.

José-Ramón GARCÍA VICENTE (2006), *El testamento mancomunado: razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil*. Libro de las XI Jornadas de la APDC, Murcia.

Martín GARRIDO MELERO (1997), "La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual", *RCDI*, núm. 639, març-abril, pp. 463-501.

Vicent GILBERT (1772), *Theorica artis notariae, quam Vicentius Gibert notarius publicus de numero Barcinonae offert publicae utilitati*, Typis Francisci Generas, Barcelona (Traducció al castellà).

Benito GUTIÉRREZ (1871), *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, III, 3a ed., Librería de Sánchez.

Ralf E. HESS (2002), «§10 Erbvertrag», *Münchener Anwaltshandbuch*, C.H. Beck, München.

Lluís JOU I MIRABENT (1994), "El testament en el Codi de successions de Catalunya", a Àrea de Dret Civil (Coord.) Universitat de Girona, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa* (setembre 1992), PPU SA, Barcelona, pp. 59-88.

José Luis LACRUZ BERDEJO (1992), «Un dictamen y dos sentencias», a José Luis LACRUZ BERDEJO, *Estudios de Derecho privado común y foral. Obligaciones y sucesiones*, T. II, Bosch, Barcelona (publicat a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1969, pp. 1623-1654).

Juan José LÓPEZ BURNIOL (1994), "Comentario a los arts 99-100", a Lluís JOU I MIRAVENT (Coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, pp. 406-413.

José Manuel LETE DEL RÍO/Marta REQUEJO ISIDORO (1997), "Article 137 de la Ley de derecho civil de Galicia", a Manuel ABALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.XXXII, vol. 2, Edersa, Madrid.

Joan MARSAL GUILLAMET (2000), *El testament*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona.

Tomás MIERES (1621), *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*. Pars Secunda, Collatio sexta, cap. 20, núm. 20, Barcelona.

Hans-Joachim MUSIELAK (2004), *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Erbrecht* (comentari al § 2275 BGB) Band 9, 4. Auflage, München, Beck.

Susana NAVAS NAVARRO (2011), «Freedom of Testation Versus Freedom to Enter Into Succession, Agreements and Transaction Costs», a Miriam ANDERSON / Esther ARROYO, *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Groningen, pp. 105-128.

Josep PELLA I FORGAS (1918), *Código Civil de Cataluña. Exposición del derecho catalán comparado con el Código Civil español*, T. III, Bosch, Barcelona.

Marcus Antonius PEREGRINUS (1600), *Consilia sive Responsa Iuris*, Consilia 66, núm. 12, Frankfurt.

José María PLANAS I CASALS (1925), *Derecho Civil Español común y foral*, T. II, Vol. II, Bosch, Barcelona (Publicat i anotat per Mariano RUBIÓ I TUDURÍ).

Lluís PUIG FERRIOL (1990), "Comentari a l'art. 64 CDCC", a Manuel ALBALADEJO GARCÍA (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXVII, Edersa, Madrid, pp. 145-150.

Acaci Antoni DE RIPOLL (1630), *Variae Iuris Resolutiones*, cap. XII, núm. 238, Lugduni.

Encarna ROCA TRIAS (1974), "Heredamiento preventivo: características. Afinidades con los testamentos pluripersonales de Aragón y Navarra. Inscripción de los heredamientos preventivos. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo de 1973", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, pp. 151 -176.

Ronaldini RUDOLPHINI BONONIENSIS (1565), *Summa Artis Notariae*, Lugduni.

Pau SALVADOR CODERCH/Juan José LÓPEZ BURNIOL (2009), "Comentari a l'article 411-3", a Joan EGEA FERNÀNDEZ/Josep FERRER RIBA (Dirs.), Laura ALASCIO CARRASCO (Coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, pp. 68-71.

Josep SANTDIUMENGE FARRÉ (1994), "El testament mancomunat en el dret alemany: notes sobre la revocació de les disposicions testamentàries", a Àrea de Dret Civil (Coord.) Universitat de Girona, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa* (setembre 1992), PPU SA, Barcelona, pp. 439-455.

BARTOLI A SAXOFERRATO (1589), *In primam infortiati partem Commentaria. Quibus, praeter Alex. Barb. Seissell. Pom. Nicelli, et aliorum adnotationes, et contrarietatum Conciliationes*, «Lex patris, et filii ff. De vulgari et pupillari substitutione (D. 28, 6, 20)» Augustae Taurinorum, fol. 172, n. 3.