

PACTOS SUCESORIOS Y SUCESION INTESTADA



Dña. Itziar Monasterio Azpiri, Profesora de la Universidad de Deusto.

1. INTRODUCCIÓN

Como recordarán, una de las novedades que introdujo la Ley vigente, 3/1992, de 1 de julio, Libro I de Bizkaia, fue la regulación de los pactos sucesorios como instrumento de delación sucesoria adicional al testamentario y al legal; asimismo, bajo la forma de donación y al cobijo de una amplísima libertad de testar, figuran

en el Libro II de Álava, en el Fuero de Ayala, y en términos semejantes en Gipuzkoa, libro III, territorio en el que la institución se ciñe a la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano, trasladando a este libro III el contenido de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre aprobada por el Parlamento vasco para Gipuzkoa.

La incorporación de los pactos sucesorios al sistema civil no respondió a una política legislativa innovadora, asumida por el Parlamento vasco, sino a la institucionalización de un modo de disposición de la herencia que tuvo gran arraigo en el pasado en todo el País Vasco.

2. DERECHO HISTÓRICO

Sucede que en el pasado era frecuente que los padres dispusieran del patrimonio familiar sin esperar a la muerte, siendo muchas las familias en las que de generación en generación se respetaba la tradición de la disposición en vida de la herencia.

Tenía lugar con motivo de la celebración del matrimonio del hijo más idóneo para su explotación, a quien se le designaba sucesor o donatario junto a la imposición de una serie de cargas y reservas a las que se obligaba. La aceptación por parte del elegido sucesor determinaba la perfección del pacto sucesorio, quedando recogido en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada al efecto.

El pacto sucesorio entre padres e hijos se formalizaba notarialmente en el marco de un negocio patrimonial-familiar más amplio, cuyo contenido recojo brevemente.

Acudían al escribano los padres de cada uno de los contratantes acompañados de éstos, a fin de que el fedatario público recogiera la disposición de bienes de padres a hijos, previamente consensuada entre ambas familias. Los padres del novio –con más frecuencia que los de la novia– disponían del patrimonio familiar productivo a favor de su hijo mediante pacto sucesorio, pacto que quedaba sellado con la aceptación del sucesor.

Por otra parte, los padres de quien contraía matrimonio con un sucesor –la novia en muchos casos, aunque en algunos, también figura el novio– disponían a favor de su hija/o una cantidad de dinero metálico a título de dote, cantidad que era entregada a los padres instituyentes, es decir, a sus consuegros, asignando a esta dote una finalidad concreta. Con frecuencia el destino de esta dote entrante en la familia era la dotación de los restantes hijos, el pago de las deudas del instituyente o el levantamiento de los censos que gravaban el patrimonio familiar dispuesto. Todos los que intervenían en el contrato matrimonial suscribían el pacto de reversión de bienes y de la dote en previsión de que el matrimonio que se iba a celebrar se disolviera sin descendencia.

En la mayoría de los casos se trataba de un patrimonio productivo, siendo habitual la transmisión de la casa y casería, y la actividad agrícola en ellas desarrollada. Dato previsible al tratarse de una documentación notarial perteneciente a los siglos XVII-XIX. Sin embargo los contratos matrimoniales extraídos de diferentes Archivos Históricos Notariales de País Vasco nos ha permitido constatar que se disponían de otros patrimonios dinámicos; tratándose en unos casos del patrimonio industrial propio de los siglos de referencia (la industria molinera, la ferrería, la fabricación de sartenes); y en otros del patrimonio forestal, el patrimonio marítimo (la chalupa del pescador en un contrato matrimonial perteneciente a Fuenterrabia), e incluso el patrimonio financiero de la época (participaciones en astilleros, fondos emitidos por la Diputación Foral para el trazado de carreteras, etc.).

Las capitulaciones o contratos matrimoniales examinadas contienen en muchas ocasiones un pacto de institución sucesoria, sin embargo, en otros junto a este pacto se recoge el pacto de renuncia a la herencia, concertado entre los padres y aquellos hijos que no habían resultado elegidos para sucederle en la Casa. Del mismo modo, existen documentos en los que se solapa un tercer pacto sucesorio que recoge la transmisión al elegido sucesor de los derechos legitimarios, que pudieren corresponderles (a los hermanos) en la herencia de los padres. Los renunciantes recibían en el acto una cantidad de dinero dándose con ella por contentos y bien pagados de sus legítimas.

Estas dos últimas modalidades de pactos de renuncia se encuentran con más facilidad en la documentación notarial de Gipuzkoa, territorio donde formalmente regía el derecho castellano, pero donde de facto, al amparo de la costumbre foral, se transmitía el patrimonio familiar a favor de uno de los hijos. No cabe duda que trataban de fortalecer y asegurar la designación a favor de un sucesor único mediante pactos sucesorios de renuncia en cadena.

En los tres territorios el pacto sucesorio histórico constituía un medio eficaz para el mantenimiento indiviso y conservación del patrimonio familiar, puesto que aseguraba la incorporación de un colaborador a su explotación. Entonces como ahora, el asegurar la situación futura de este colaborador sin que el instituyente se desprenda totalmente de los bienes, puede ser beneficioso en todo tipo de patrimonios productivos, sea agrícola, industrial, financiero o de servicios, por la semejanza de todos ellos en intereses y necesidades.

De un análisis contextualizado de los Fueros escritos y de la aplicación notarial de la costumbre local se deduce, que tratándose de patrimonios productivos, los otorgantes del pacto no sólo aspiraban a mantenerlos indivisos sino también a optimizar su explotación. Con este propósito y al amparo de los Fueros se elegía entre los hijos/hijas al más dotado –no existían derechos de masculinidad ni de primogenitura– a quien le designaban sucesor, apartando a los demás. De este modo, propiciaban en vida, el relevo generacional y con ello la renovación de fuerzas y conocimientos, sin que por ello quedaran los padres desligados del trabajo y rendimientos al servicio del patrimonio familiar.

En todos los casos y con independencia de las cargas y reservas que imponían al sucesor, entendemos que los padres, en lo que concierne a la explotación del patrimonio en mayor o menor medida pasaban a un puesto de retaguardia, y desde este lugar y con su experiencia instruían al hijo sucesor en el desempeño del cargo.

De la lectura de los documentos se desprende además que los padres al disponer en vida de la herencia, también trataban de atender sus necesidades personales. En unos casos, la necesidad de incorporar a un colaborador en la explotación del patrimonio fami-

liar, en otros, el asegurar unos ingresos periódicos o bien el garantizar que fueran atendidos por los hijos, en aquellos supuestos en los que por razón de enfermedad o edad avanzada lo requirieran.

A fin de atender estas necesidades, se modalizaba el pacto sucesorio, respectivamente, con la constitución de una sociedad de trabajo entre padres e hijos; la reserva de usufructo a favor de los padres, imposición de una pensión vitalicia en dinero o con la constitución de una comunidad de vida con los hijos “a una mesa y mantel”. Uno de los temas que atendían con mayor esmero y cuidado era el relativo a la entrada a la familia de la dote en dinero aportada por el cónyuge advenedizo a la Casa (etorkiña), a fin de que con esta dote entrante pudieran atender el acomodo de los restantes hijos.

El pacto sucesorio se convierte en paradigma de la libertad civil. Esta institución hace posible el grado de libertad máxima: “se es libre hasta el punto de hacer posible el autoprivarse de libertad mediante la concertación de un pacto sucesorio, irrevocable por naturaleza”. El contrato matrimonial reconocido unánimemente por la doctrina como verdadero Estatuto familiar nos pone en presencia del protagonismo que adquiere entre particulares la libertad de pacto.

Como cierre a este análisis histórico cito los principios inspiradores que se inducen de estas lecturas de documentos: a) libertad civil y libertad de pacto; b) indivisión y optimización del patrimonio familiar; c) atención de las necesidades concretas de los otorgantes en cada momento histórico.

3. LEY VIGENTE 3/1992, DE 1 DE JULIO, DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO

Esta realidad que describo, nacida al amparo de los Fueros legales o en otros casos de la costumbre, se institucionalizó bajo la categoría de los pactos sucesorios y como ha quedado indicado se reguló por Ley 3/1992 del Parlamento Vasco, para cada Territorio Histórico en el libro correspondiente. Es así que mientras que en

Bizkaia, el libro I de la Ley, le dedica los arts. 74-83 al pacto de institución sucesoria, Álava, en el libro II, recoge el pacto sucesorio bajo la forma tradicional que era la donación, Fuero de Ayala, art. 134 y ss., en tanto que Gipuzkoa, en el libro III, arts. 179-188, regula la institución al servicio de la disposición en vida del caserío guipuzcoano, trasladando a este libro el contenido de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre aprobada por el Parlamento para este territorio.

La Ley de 1992, actualmente vigente, incorpora los pactos sucesorios como un modo de delación sucesoria, adicional al testamentario y al legal en los arts. 27, 134-133 y 179, atribuyendo al instituido por pacto la cualidad de sucesor arts. 77, 78 y 181. De lo que se deriva que en los tres territorios la sucesión mortis causa puede proceder de la ley o de la declaración de voluntad. En este segundo caso, puede tener su origen bien en la voluntad unilateral del causante, expresada en su testamento, bien en la voluntad de éste concordada con otras voluntades en forma de contrato, que es lo que precisamente conocemos por pacto sucesorio o sucesión contractual.

Las notas esenciales del pacto sucesorio son básicamente dos: a) su naturaleza mortis causa; b) su irrevocabilidad.

a) Desde el plano legal no ofrece duda su naturaleza mortis causa, al que se reconoce como un modo de delación sucesoria adicional al testamentario. Sin embargo, la doctrina del pasado puso en crisis tal naturaleza por el hecho de celebrarse inter vivos, unido a la circunstancia de que algunos de sus efectos se producían en vida del instituyente. El hecho de celebrarse mediante acto inter vivos no altera su naturaleza, sino simplemente hace referencia al modo de celebración, sin que tal circunstancia incida en absoluto en su contenido; de idéntica manera, no modifica su naturaleza mortis causa por el hecho de que algunos de sus efectos se produzcan en vida, a los que deben considerarse accesorios a los realmente queridos por quien dispone en vida de la herencia. Efectos que encuadramos en la categoría jurídica de eventuales y que como tales sólo adquirirán firmeza, quedando consolidados, en el momento de la muerte de los instituyentes.

b) La irrevocabilidad del pacto sucesorio es una consecuencia que se deriva de su carácter pactado. Los pactos no pueden ser revocados de forma unilateral, solamente cabe hacerlo de común acuerdo entre los que pactaron, en contraste con la disposición testamentaria, mutable cuantas veces quiera el causante.

La ley vigente regula los pactos de institución o designación sucesoria, admitiendo tanto la disposición a título universal como particular en los arts. 74 y 179.

Dentro de la categoría de pactos institución sucesoria se reconocen dos modalidades:

a) El pacto sucesorio con eficacia post-mortem (arts. 78, 133, 180 y 182).

b) El pacto sucesorio con eficacia de presente (arts. 77 y 181).

La diferencia básica entre una y otra modalidad reside en el hecho de que el pacto sucesorio con eficacia post-mortem, también conocido por simple o de herencia, confiere al instituido únicamente la cualidad de sucesor o heredero contractual (arts. 178 y 180), en tanto que el pacto sucesorio con eficacia de presente, el instituido adquiere desde su formalización la titularidad de los bienes presentes y su cualidad de sucesor contractual (arts. 77 y 18).

El pacto sucesorio post mortem constituye el arquetipo de pacto sucesorio, siendo la única modalidad que admite el BGB, mientras que el pacto sucesorio con eficacia de presente es una modalidad forjada en las regiones forales respondiendo a unas necesidades específicas. En esta modalidad de pacto, los otorgantes querían que quedara fortalecida la posición del instituido, por ello le transmitían la titularidad de los bienes desde el momento de su formalización. Sin embargo, al mismo tiempo, el instituyente necesitaba que quedaran atendidas sus necesidades y las del resto de su familia, por lo que gravaban el patrimonio, objeto de pacto sucesorio, con cargas, reservas, modos y condiciones a los que quedaba sujeto, de lo que se deriva que en el pacto sucesorio con eficacia de presente en muchos casos la transmisión presente se limi-

taba a la titularidad de los bienes en concepto de nudo propietario, con prohibición de disponer.

En este momento no voy a detenerme a examinar los efectos del pacto sucesorio, particularmente en el período que media entre su formalización y la muerte de ambos instituyentes, materia que trataré a la luz del Anteproyecto. Previsiblemente será un lapso de tiempo prolongado, años en los que el pacto sucesorio quedará sujeto al régimen trazado por los otorgantes. De tal modo que si acuerdan constituir una sociedad entre instituyentes e instituidos, a lo largo de estos años –perfección del pacto hasta el momento de su eficacia plena– quedarán sujetos al régimen jurídico trazado para la sociedad, en lo que concierne a finalidades, gobierno, participación en los resultados, causas de disolución y sus consecuencias, etc., régimen, que se aplicará con preferencia a las disposiciones legales que, en lo que respecta a esta institución, debe entenderse que tienen carácter dispositivo.

4. ANTEPROYECTO DE LEY DE DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO

Esta mañana hemos escuchado la ponencia del Prof. Celaya, quien de modo magistral nos ha hablado del Derecho civil vasco del futuro, Derecho que inicia su andadura con el Anteproyecto de Ley civil que presentamos, elaborado siguiendo las siguientes directrices:

- a) Extensión de la aplicación de la ley civil a todo el País vasco.
- b) Modernización y adaptación a nuestro tiempo de sus instituciones.
- c) Avance hacía un derecho socialmente más justo.

En este momento se siente la necesidad de elaborar una ley civil que pueda extenderse a todo el País Vasco, una ley civil común que supere el escollo existente por la división del País en tres terri-

torios, unida a la subdivisión local en cada uno de ellos; particularidad propia del País vasco, que determina que se aplique una legislación civil u otra en función del territorio.

Como es bien conocido por todos esta división territorial da lugar a profundas disfunciones dada la coexistencia de tres legislaciones civiles diferentes en un territorio pequeño (caso de Álava), o dos legislaciones civiles (caso de Bizkaia). Ciertamente de la adecuada solución legal al problema derivado de esta atomización territorial, depende el futuro del Derecho civil foral vasco.

De forma añadida existe una necesidad de regular la vecindad civil común vasca. En torno a este tema refiere el Prof. Celaya que los navarros, aragoneses, catalanes, gallegos o baleares no lo son sólo en el plano político sino también en el civil. Sin embargo, en nuestro caso somos alaveses, guipuzcoanos o vizcaínos, y de forma añadida a estas tres vecindades, se solapa la vecindad local. Somos conscientes que ha pasado más de un cuarto de siglo desde la autonomía y que está pendiente de desarrollo el art. 10.5 de nuestro Estatuto para lograr la deseada vecindad común vasca.

La vecindad civil vasca, junto a la aplicación de una ley civil común a todo el territorio, constituyen el paso definitivo e importantísimo que da el Anteproyecto de ley civil cara al futuro.

Centrándonos en materia sucesoria, el Anteproyecto de ley regula un sustrato común de instituciones para todo el País vasco, introduciendo con tal propósito algunas reformas –todas ellas ponderadas y acordes con los tiempos– en materia de legítimas, sucesión forzosa, formas testamentarias, etc., instituciones de las que se han ocupado las ponencias de quienes me han precedido en el uso de la palabra.

En lo que respecta a los pactos sucesorios, cabe decir que el Anteproyecto da una regulación única para todo el País Vasco y faculta a quienes tengan vecindad civil vasca a su utilización. Les dedica los arts. 100-109 del Título III, correspondiente al Libro II sobre sucesiones. Las peculiaridades locales en materia de pactos quedan reguladas en leyes especiales, así la transmi-

sión sucesoria del caserío guipuzcoano en los arts. 96-99, y las de la Tierra de Ayala en su Fuero arts. 89 y ss.

Se dota a la institución de la máxima apertura, posibilitando no sólo la celebración de los pactos de institución sucesoria en sus diferentes modalidades –tal y como figuran recogidos en la ley vigente– sino también los pactos de renuncia a la herencia futura, es decir la renuncia a los derechos sucesorios en una sucesión no abierta, y del mismo modo los pactos de disposición de la herencia de un tercero con el consentimiento de éste (art. 100.1 y 2).

Como habrán observado la totalidad de modalidades de pacto sucesorio recogidos en el texto estuvieron presentes en el Derecho histórico. Realidad que ha quedado acreditada en trabajos de investigación desarrollados en Archivos notariales y judiciales del País Vasco, y lo que es más importante, de la que hemos extraído los principios inspiradores de la institución, tales como la libertad civil y libertad de pacto, indivisión y optimización del patrimonio familiar y adaptación del pacto sucesorio a las necesidades personales de los otorgantes en cada momento histórico, materia de la que me he ocupado al inicio de mi ponencia.

La Sección 1^o de este Título III está dedicada a las Normas generales que se aplican a todo tipo de pacto sucesorio, mientras que su Sección 2^a regula el pacto de institución sucesoria. Encabeza la regulación el art. 100 donde se recogen los requisitos exigidos para la formalización y contenido del pacto sucesorio, que a continuación comento.

Nada dice la ley sobre si deben ser personas físicas o si cabe que el instituido sea una persona jurídica. Ciertamente el instituyente tiene que ser una persona física puesto que dispone de su herencia, mientras que puede ser instituido una persona jurídica. Tampoco se exige el vínculo de parentesco entre los otorgantes. Circunstancias de las que se deriva que cabe el pacto sucesorio a favor de extraños o de una persona jurídica y también el que puede celebrarse entre cónyuges, o personas unidas por unión de hecho (art. 9 de la Ley de parejas de hecho 2/2003 de 7 de mayo).

En este aspecto los pactos sucesorios del País vasco gozan de una apertura superior a la existente en otros sistemas forales.

Para su formalización se requiere que los otorgantes tengan capacidad de obrar plena, es decir, que tanto el instituyente como el instituido sean mayores de edad (art. 100.3). Requisito de capacidad que no figura en la ley vigente, dando lugar a la existencia de una laguna legal que debe colmarse acudiendo al Código civil como Derecho supletorio. Ahora bien, observen que al existir en el Código civil una regla general prohibitiva del pacto sucesorio (art. 1.271), en lo que concierne a esta institución no es inaplicable el Código como Derecho supletorio. Dadas estas circunstancias considero un acierto el que se regule la capacidad necesaria y también el que se exija la mayoría de edad, que como regla general es la que se establece en los sistemas que admiten el pacto sucesorio.

El Anteproyecto de ley faculta para otorgar pacto sucesorio a quienes tengan vecindad civil vasca (art. 10). No así la legislación vigente donde a los vizcaínos se les requiere que tengan vecindad civil aforada. Exigencia que actualmente pone en dificultades a aquellos padres que teniendo uno de ellos vecindad aforada y el otro vecindad común, quieran otorgar conjuntamente pacto sucesorio a favor del hijo. Ante este supuesto concreto la solución que proponemos es que el cónyuge con vecindad común opte por la vecindad aforada de su cónyuge (art. 14.4 CC) y ambos ya como vecinos aforados otorguen. Situaciones anómalas como la expuesta quedan resueltas en el Anteproyecto donde basta que ambos otorgantes tengan la vecindad civil vasca.

De la lectura de los artículos relativos al poder testatorio cabe entenderse que aunque el pacto sucesorio tiene naturaleza personalísima, el comisario está facultado para otorgar pacto sucesorio por si mismo en uso del poder conferido por su difunto cónyuge (arts. 33 y 46). Precepto que guarda correspondencia con lo dispuesto en el Fuero de Ayala en relación a los facultades del usufructuario poderoso (art. 91.2).

Se exige como requisito necesario para su validez el que se recoja en escritura pública (art. 100.4). La naturaleza mortis causa del acto, unido a la irrevocabilidad del mismo, justifican tal exigencia. Apunto que el hecho de desvincular al pacto sucesorio de la escritura de donación constituye un acierto que introduce el Anteproyecto, al dotar a la institución de autonomía plena.

Poco varía el texto propuesto respecto a la legislación vigente en lo que concierne al contenido del pacto. Al tratarse de un modo de disposición sucesoria, su contenido esencial versa sobre la designación de sucesor o legatario junto a las cláusulas que lo modalizan, es decir las cargas, reservas, obligaciones y condiciones que le son impuestas al instituido, cláusulas que configuran la voluntad de disponer en vida de una determinada manera. Sin embargo, al detallar las cláusulas que acompañan al pacto sucesorio el art. 104.1 del Anteproyecto introduce una novedad significativa al regular la comunidad y sociedad familiar pactada.

Como ha quedado indicado el pacto de comunidad o sociedad entre instituyentes e instituidos era una cláusula muy frecuente en el Derecho Histórico, cuando se disponía de la Casa o del patrimonio familiar productivo. En relación a esta cláusula el texto legal establece que se registrará dicha comunidad o sociedad por el título de su constitución y en defecto por lo dispuesto en esta ley civil en los art. 14 y 15 y así mismo en el art. 96, como norma especial para Gipuzkoa.

El desarrollo normativo que recibe la sociedad civil es suficiente, atribuye personalidad jurídica a la sociedad civil y así mismo limita su responsabilidad. Se establece que estas sociedades se inscribirán en un Registro que se creará al efecto en el Gobierno Vasco, facultando a que puedan adoptar formas societarias reconocidas en el Código de Comercio o en la legislación Cooperativa, legislación esta última que en todos los casos operará como supletoria.

La presencia de la sociedad civil puede ser el elemento dinamizador de los pactos sucesorios. Entendemos que así será, cuando se trate de la transmisión de un patrimonio productivo o profesional en el que desarrollen una actividad en colaboración

padres e hijos. En este momento me limito a señalar el interés que suscita su presencia, junto a la necesidad de estudiarla y del mismo modo toda la legalidad relativa a las cooperativas.

Al comentar la ley vigente hemos pospuesto a este momento el análisis relativo a la eficacia de los pactos sucesorios, materia en la que se introducen algunas novedades. Debemos tener presente que nos encontramos ante una institución que se caracteriza por tener eficacia escalonada en el tiempo, lapso de tiempo probablemente prolongado, puesto que abarca desde la celebración del pacto hasta la eficacia plena del mismo –a la muerte de ambos instituyentes–. Partiendo de esta idea es importante que tengamos muy claras las distintas fases por las que atraviesa el pacto sucesorio, los efectos que tienen lugar en las mismas y también el que analicemos aquellos hechos jurídicos que pueden incidir en los efectos.

El Anteproyecto, con acierto, se ocupa de regular y establecer cláusulas de cierre a lo largo de la vigencia del pacto en aspectos importantes, como son: ¿Quién ostenta la facultad de disposición de los bienes objeto de pacto sucesorio? ¿Qué pasa con los bienes futuros que llegan al patrimonio dispuesto por pacto? ¿El patrimonio dispuesto por pacto sucesorio responde de las deudas del instituyente? Por último, ¿qué consecuencias se derivan de la muerte de un instituyente o del instituido?

A) Efectos anteriores a la apertura de la sucesión de quien dispuso por pacto.

a) Efectos generales comunes a todos los pactos sucesorios. Al tratarse de una disposición sucesoria, el pacto sucesorio posterior revoca el testamento anterior, siempre que verse sobre los mismos bienes. De forma añadida, al haberse celebrado inter-vivos es irrevocable unilateralmente (art. 101.1 y 2). Es así que el testamento posterior al pacto sucesorio-siempre que verse sobre los mismos bienes- no modifica el pacto sucesorio anterior, puesto que los instituyentes han quedado vinculados y privados –en relación a estos bienes– de la testamentifacción activa.

Preside una regla general en materia de pactos sucesorios al establecer que sólo puede modificarse o revocarse mediante nuevo pacto entre sus otorgantes o sus sucesores y por las causas que hayan establecido las partes (art. 101.2).

b) Efectos del pacto sucesorio post-mortem

Desde su celebración se transmite al instituido la cualidad de sucesor, cualidad de carácter personal y como tal inalienable e inembargable (art. 105.1). Tratándose del pacto sucesorio otorgado en capitulaciones matrimoniales, el instituido puede transmitir a sus hijos a título gratuito la cualidad de sucesor (art. 106).

El instituyente en tanto viva él o su cónyuge ostenta la titularidad de los bienes y puede disponer de los mismos a título oneroso –subrogándose, en tal caso, el precio en el lugar del bien saliente–. El Anteproyecto introduce una excepción a esta regla general permisiva. En el supuesto de que el pacto sucesorio tenga por objeto un patrimonio productivo donde trabaje el instituido, el instituyente requiere el consentimiento del instituido para disponer del mismo a título oneroso. Excepción que viene a salvaguarda la posición del instituido caso de que nada se haya previsto al respecto (art. 105.2).

La novedad que voy a comentarles, en alguna medida, se inspira en el Derecho histórico. Se presume la existencia de una reserva de bienes a favor de los instituyentes en el pacto sucesorio con eficacia post mortem. Esta reserva de bienes tiene por objeto la atención de las necesidades de los restantes hijos. La presencia de esta reserva desdibuja una idea latente entre los juristas, quienes llegan a equiparar conceptualmente el apartamiento con la desheredación al considerar que los hijos apartados no reciben nada de los padres.

Sin embargo, si miramos la documentación notarial histórica perteneciente a varios hijos de la misma familia, observamos, que todos los hijos recibían algo, quedando a criterio de los padres la fijación del quantum. Para atender a esta necesidad establece el Anteproyecto que, si nada se ha dispuesto en contrario, se entenderá que el pacto sucesorio post mortem se otorga con reserva de

bienes para la atención de las necesidades de los restantes hijos (art. 105.3).

Otra materia que no figura regulada en la legislación vigente es la relativa a la responsabilidad por deudas. Sin embargo el Anteproyecto le da una respuesta al establecer que los bienes dispuestos por pacto sucesorio post mortem responden de las deudas de los instituyentes (art. 105.4).

c) Efectos del pacto sucesorio con eficacia de presente

En esta modalidad de pacto se transmite al instituido la titularidad de los bienes objeto de pacto sucesorio con las limitaciones impuestas. Por lo que, salvo pacto, todo acto de disposición o gravamen requiere el consentimiento conjunto del instituyente e instituido (art. 107.19). Manteniéndose en esta materia la regulación vigente.

Así mismo se han introducido algunas novedades en temas importantes como son los relativos a los bienes futuros, es decir, aquellos bienes que llegan al patrimonio dispuesto por pacto sucesorio con posterioridad a su celebración. En tal caso dispone que estos bienes junto a los reservados por el instituyente entren en el patrimonio del instituido a la muerte del primero (art. 107.2). Criterio que nos parece más acertado que el de entrada intermitente –a medida que vayan llegando–, seguido por el Derecho navarro.

En materia de deudas también se introduce una respuesta legal. Los bienes dispuestos por pacto sucesorio responden de las deudas del instituyente anteriores a la celebración del pacto.

La muerte tanto de uno de los instituyentes como del instituido tiene relevancia jurídica en el pacto sucesorio, materia en la que no hay reforma. Es decir, la muerte de uno de los instituyentes, al tratarse de uno de los cónyuges o miembro de la pareja determina que el sobreviviente conserve íntegros y con carácter vitalicio los derechos que ambos se hubieran reservado (art. 104.2); mientras que la muerte del instituido, en el supuesto de que el pacto sucesorio se otorgará a favor del matrimonio y éste se

disolviese sin descendencia (art. 109.2), determina la resolución legal del pacto sucesorio.

Como última novedad se establece que los actos contrarios a lo dispuesto en esta sección 2º (arts. 104.109) o a lo acordado por las partes podrán ser impugnados por el instituido, incluso en vida del instituyente (art. 104.3). No cabe duda, que la legitimación del instituido para ejercitar esta acción, unida a la posibilidad de su ejercicio en vida del instituyente, constituyen medidas oportunas que introduce el Anteproyecto puesto que dan seguridad jurídica al instituido.

B) En el momento de la apertura de la sucesión

Llegado este momento, es decir, la muerte de ambos instituyentes, los efectos de la disposición por pacto sucesorio en poco difieren de los derivados de la disposición testamentaria –salvo en lo que concierne a la delación sucesoria que en el pacto sucesorio tiene lugar en el momento de la celebración, mientras que en el testamento opera a la muerte del testador–.

En síntesis en el pacto sucesorio post-mortem se producirán todos sus efectos, mientras que en el pacto con eficacia de presente se consolidarán los efectos ya producidos e integrarán los pendientes.

5. LOS PACTOS SUCESORIOS AL SERVICIO DE LAS NECESIDADES DE LA SOCIEDAD ACTUAL

Para terminar me formulola siguiente pregunta: los pactos sucesorios –que tanta presencia tuvieron en el Derecho histórico, que más tarde pasaron a la Ley Civil del País Vasco, y que en este momento han recibido una regulación legal detallada en el Anteproyecto de ley civil– ¿pueden ser de utilidad a las necesidades presentes de los vascos? ¿En qué sentido cabe hablar de la modernización y adaptación a nuestro tiempo del pacto sucesorio?

En esta ocasión me limito a dejar constancia de algunos datos objetivos que nos ofrece la realidad social del momento, que sin duda incidirán en la aplicabilidad futura de los pactos sucesorios.

a) Voy a fijarme en el incremento de la esperanza de vida de los mayores y la atención de sus necesidades.

Eurostat, según datos publicados en el 2007 en Bruselas, estima que la población española el año 2004 fue de 42.300.000 habitantes, de los cuales estaban jubilados el 16,9%, es decir, 7.148.700 habitantes, y un 4%, 1.692.000 habitantes eran mayores de 80 años. Si comparamos estos datos con la previsión trazada para el año 2050 nos encontramos, que el número de habitantes se prevé ascienda a 42.800.000 habitantes, de los cuales el 35,6 % estarán jubilados, es decir 15.236.000 habitantes y 11,4 %, 4.879.200 habitantes serán mayores de 80 años. Como puede observarse para el año 2050 la población en edad de jubilación se triplica, en tanto la mayor de 80 años se duplica. Son datos significativos tomados en un lapso de tiempo cercano a los 50 años, e indicativos de cual es la tendencia actual.

Esta realidad social se ha hecho sentir. Las jubilaciones anticipadas, unidas al incremento de la esperanza de vida, han determinado que el colectivo de personas en edad de jubilación cuyas edades oscilan, entre los 65 a los 83 años en la mujer, y 65 a los 78 en el hombre –umbrales en los que se sitúa la vida humana–, reclamen del ente público la atención de unas necesidades específicas, dando lugar a la aprobación de la ley de dependencia, reforma del sistema hipotecario y medidas de tipo social y asistencial ad hoc. En concreto y a modo de ejemplo, voy a referirme al Proyecto de ley de Reforma del Mercado Hipotecario, aprobada por el Consejo de Ministros el 12 de marzo de 2007 y aún pendiente de debate en las Cortes, donde se regula la hipoteca inversa que en su disposición adicional.

Una hipoteca inversa es un crédito hipotecario para mayores de 65 años que, siendo propietarios de una vivienda –ricos en patrimonio, pero no tanto en metálico–, quieren convertir el valor de su inmueble en un dinero disponible de carácter periódico, es decir, en una renta mensual. Queda claro que mientras viva el titu-

lar (o titulares si así lo señala el contrato) nunca se le podrá quitar su vivienda, dato de gran preocupación para los mayores y que sólo a su muerte sus herederos o, si así se estipula en el contrato al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses (al 6,25 % hasta el 1-3-2026, y a partir de esa fecha con revisiones anuales, tomando como base el euribur a 12 meses más 2 puntos –obsérvese comparativamente el elevado tipo de interés–). Los herederos de los titulares de una hipoteca inversa pueden optar por quedarse con la vivienda –pagando la deuda acumulada con sus ahorros o constituir una nueva hipoteca sobre el inmueble– o venderla y, en este caso, quedarse con el dinero sobrante tras saldar las cuentas con la entidad.

Este es a grandes líneas el régimen de la hipoteca inversa, hipoteca que, en tanto no sea aprobada la reforma, la conceden solamente tres entidades bancarias.

Como otra alternativa existe el contrato de renta vitalicia que básicamente atiende las necesidades económicas y el disfrute de la vivienda familiar por los mayores. Como sabemos en este contrato se transmite a la entidad la nuda propiedad de la vivienda, reservándose el beneficiario el usufructo de la misma con carácter vitalicio, con opción a una renta vitalicia cuya cuantía varía en función de la edad y del valor de inmueble.

Partimos de una idea, si la hipoteca inversa o el contrato de renta vitalicia interesan a las entidades bancarias por su rentabilidad, puede darse la circunstancia de que en algunos casos puede interesar a la propia familia el atender estas necesidades de los padres mayores en el seno de la propia familia. En tal caso una posible respuesta puede ser el celebrar pacto sucesorio entre padres e hijos estableciendo la reserva de usufructo de la vivienda, en su caso el usufructo compartido –debemos pensar en las dificultades de los hijos en acceder a la compra de una vivienda o en la colaboración que están prestando los abuelos en la atención de los nietos–, o la imposición de una renta vitalicia.

Son ideas que quiero transmitirles, ideas sobre las que debo pensar y profundizar y más tarde dar forma jurídica. En mi caso darán pié a una publicación que proyecto realizar a corto plazo.

b) El patrimonio familiar productivo, sea agrícola, pequeña industria o servicios y su transmisión en vida mediante pacto sucesorio.

Hemos escuchado esta mañana la Ponencia del Prof. Luis Elícegui sobre las peculiaridades forales de Gipuzkoa. Nos decía, como encontrándose en proceso de tramitación la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, fueron muchos los propietarios de pequeños talleres y negocios familiares, que se interesaron ante la Diputación foral, reclamando que contemplara la ley no sólo la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano sino también los patrimonios citados. En otros casos pedían información sobre la transmisión en vida de la vivienda familiar. Se trata de datos objetivos, que nos muestran otra necesidad social que reclama la transmisión sucesoria del patrimonio familiar indiviso sin esperar a la muerte.

No cabe duda que está en boga la Empresa Familiar de tipo societario mercantil y también de que su transmisión sucesoria en Protocolos familiares constituyen una preocupación creciente a nivel autonómico, estatal y europeo. Siendo una materia que recientemente ha sido modificada por Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de los Protocolos familiares de empresas familiares, bajo formas societarias mercantiles no admitidas a cotización, y acceso de dichos Protocolos al registro mercantil.

Salvando distancias, la transmisión en vida de la pequeña empresa familiar, analizada a la luz de los contratos o escrituras de capitulaciones matrimoniales del pasado, guarda paralelismo, en algunos aspectos, con la articulación que se sigue en la transmisión de la empresa familiar en los Protocolos familiares. A nuestro entender sería muy interesante y útil el estudiar estas realidades y del mismo modo la sociedad civil, las sociedades profesionales, materia regulada recientemente por Ley 2/2007, de 15 de marzo y particularmente el régimen de las cooperativas, legalidad que opera como Derecho supletorio de la Ley Civil del País Vasco.

En este momento de sondeo de realidad en la que me encuentro he acudido a la Hacienda Foral de Bizkaia a fin de obtener información sobre comunidades de bienes y sociedades civiles. El propósito que me guiaba era el conocer el número de comunidades de bienes de carácter familiar creadas en los últimos años, así como la actividad desarrollada por las mismas. La información obtenida ha sido exhaustiva y en este momento me encuentro estudiándola. Lo que resulta evidente es que se tratan de figuras que en alza.

Mirando la vertiente social de estas realidades no cabe duda de que la creación de comunidades o sociedades familiares constituye una fuente de riqueza para el País y sin duda ayuda al generar autoempleo en el seno de la familia.

Cito estos dos ejemplos, no obstante no me cabe duda de que profundizando en la materia y sondeando la realidad social del momento surgirían otras necesidades a cuya solución pueden contribuir el empleo del pacto sucesorio.

Asimismo, sería sumamente interesante y útil el que se pudieran elaborar formularios notariales en los que figuren modelos de pactos sucesorios, atendiendo básicamente a las necesidades analizadas.

Quiero destacar que el empleo de una institución no sólo depende de su utilidad sino también del tratamiento fiscal que recibe, en este aspecto los pactos sucesorios en los tres territorios de la comunidad vasca, tratándose de pactos entre padres e hijos, están exentos (Bizkaia: Norma Foral 2/1997 de 22 de Enero, en concordancia con la Norma 2/1989 de 15 de enero aprobada por Decreto 3/1993 de 22 de junio).

Para terminar sólo me queda añadir que si en algo se caracteriza el pacto sucesorio es por ser un instrumento al servicio de la libertad civil, instrumento a través del cual todos los que tengan vecindad civil vasca podrán hacer suyo el lema: *Herriak bere lege, etxeak bere ardura*.

Itziar Monasterio