

JUAN MARSAL GUILLAMET

EL NEGOCI JURIDIC
TESTAMENTARI
EN EL DRET CIVIL
DE CATALUNYA

Tesi doctoral dirigida pel Prof. DR. FERRAN BADOSA COLL

CAPITOL III. ELS TESTAMENTS EN EL CODI DE SUCCESSIONS.

1.- El testament successori amb institució d'hereu.

És el testament per automàsia i per al que està pensada la regulació del testament. Atès que, en el Dret general, la successió del causant necessita hereu, cal que el testador designi un hereu en el seu testament. La clàusula testamentària en què el testador atribueix a algú la qualitat d'hereu s'anomena "institució d'hereu"¹³⁸.

La vinculació entre testament successori i institució d'hereu és indisoluble. En qualsevol definició històrica del testament hi apareix la necessitat d'instituir hereu, tot i que *D.* 28,1,1 no l'esmentava. La necessitat de la institució d'hereu s'obtenia d'*I.J.* 2,20,34¹³⁹.

Si el testador atorga un testament sense nomenar hereu, el CS ho sanciona la nul.litat del negoci (art. 125,III). La vinculació entre institució d'hereu i testament es resalta amb l'aforisme «*institutio hæredis caput et fundamentum totius testamenti*»¹⁴⁰.

(138) Recordeu la definició de J. COMES a (N.16).

(139) Ex. ROLANDINUS, *Summa artis* (N.95): «*Testamentum est voluntatis alicuius legitima dispositio, id est, iusta sententia, de eo quod post mortem suam fieri vult cum institutione hæredis: ut l.1 signata gloss. ff de tmnt. Additur institutio hæredis, ut Inst. de leg. §. ante hæredis. Vel sic: Testamentum est solennis ordinatio sive voluntas cum institutione hæredis. Unde sine hæredis institutione non valet testamentum.*»

Aquesta definició es troba reiterada a tota l'obra notarial catalana, ex. prop de 500 anys de la mort de Rolandinus, Petrus Joannes PERERA ET BLASCO (s/XVIII), *Compendium theoricæ seu rudimenta artis notariæ, ex quamplurimis eiusdem artis auctoribus compilata à... Ex Officium Ignatii Porter Typographia, Figueriis, MDCCCLXXII*, defineix el testament com «*voluntas nostræ iusta sententia de eo, quod quis, post mortem suam, fieri vult, cum hæredis institutione*». Amb les mateixes paraules, [Pedro PAGES (s/XVIII-s/XIX),] *Artis notariæ Theorica, ad usum Juvenum educandorum in Gymnasio noviter a Collegio Notariatorum Publicorum Regionum de Numero Barchinonæ statuto, vigore Regiæ Provisionis à Supremo Regiæ Maiestatis Consilio expeditæ die 17 Aprilis 1795*, pàg. 173.

(140) Bonaventura TRISTANY, BOFILL et BENACH († 1714), *Sacri Supremi Regii Senatus Cathalonie Decisiones*. Ex Typ. Raphaelis Figuero. Barcinonæ. Tomus Primus, 1686; Tomus Secundus 1688; Tomus Tertius, 1701. II 58,12 (pàg. 601): «*...ad validitatem testamenti plura requiruntur. Primo. quod in testamento adsit hæredis institutio, quia est caput et fundamentum testamenti, alias sine hæredis institutione non valet*».

1.1.- «*Institutio hæredis caput et fundamentum totius testamenti*».

1.1.1.- El significat originari de l'expressió.

1.1.1.1.- *Caput totius testamenti*

«*Caput totius testamenti*» feia eminentment referència a l'ordenació del contingut del testament. Es pensava en el testament nuncupatiu (oral) romà, que havia de començar per la institució d'hereu^{141,142}.

A partir de la intervenció notarial en l'atorgament del testament, s'adoptà progressivament la modalitat d'institució en el romanent dels béns¹⁴³. La institució d'hereu (i el nomenament dels seus substituïts) passà a ocupar el quart lloc, després del proemi, del nomenament dels marmessors i dels llegats, i només per davant de la clàusula codicil·lar. Des del punt de vista formal, és a dir, documentalment, fa segles que la institució d'hereu ha deixat d'ésser el «*caput*» del testament¹⁴⁴.

(141) Fr. GINOT LLOBATERAS, La antiga clàusula (N.11), pàg. 592.

(142) C. HUGONIS, Consilia (N.86), descriu en el dictamen 116 pr. (fol. 282-2), el contingut habitual d'un testament català, que té com a caput la institució d'hereu: «...*magnificus dominus Iacobus Bastida, in notarii et duorum, imo etiam plurium præsentia, dicitur de bonis suis, quæ in magna copia habebat in hac forma disposuisse. Cum enim omnes eius liberos impuberes essent, cuiusmodi ætas benemeritorum non est capax,... primogenitum eius filium masculum et eiusdem filios masculos successive hæres instituit universales. Secundogenitum autem in certa quantitate: et filiam in alia, quæ loco dotis succederet, particulares hæredes scripsit. Ad substitutiones autem postea devienens, dicto primogenito sine filiis masculis decedenti, vel ipsis masculis sine liberis etiam masculis descendantibus, secundogenitum et liberos illius, etiam masculos substituit. Progressusque ad ultiores substitutionum gradus, extraneos etiam suo ordine vocavit, prout hæc omnia feriosus per notarium redacta sunt in scriptis. Conformavitque præfatus quondam dictus Bastida ultimam suam voluntatem, tum quoad institutionem, tum etiam quoad substitutiones prædictas, usui pratico ac stylo, quem suæ qualitatis et conditionis homines in Barchinona et in hoc Cathalonie Principatu solent observare. Post quas quidem institutiones et executorum (quos manumissores vocant) electionem et legata tum pia, tum alia, posteaquam illa omnia fuissent, dicto domino Bastida iubente, per notarium prædictum scripta et per undem in testium illorum præsentia lecta. ...»*

(143) Honorio GARCIA GARCIA, El reglamento y la distribución de las escrituras y los testamentos, a: RDN 2 núms. 5-6 (jul.-des. 1954), pàgs. 389-433, que qualifica la fórmula com a "germànica tradicional", afirma que la iniciaren els scriptores de l'Alta Edat Mitjana i que va persistir malgrat la recepció del dret romà.

(144) En l'enumeració que fa B. TRISTANY, Decisiones (N.140), II 45,12 (304) dels requisits exigits per a l'atorgament del testament del cec esmenta: «*Decima, quod institutio pro forma debet præcedere legata, licet hanc solemnitatem (notetur ab scribentibus) non observari*». En el mateix sentit, Joannes Petrus FONTANELLA,

1.1.1.2.- *Fundamentum totius testamenti*

L'expressió «*fundamentum totius testamenti*» tenia una doble significació. D'una banda, la institució d'hereu era un element tipificador del testament, conseqüència de la necessitat d'hereu en tota successió. L'exigència de la institució d'hereu per a la validesa del testament portaria a que algunes figures de caràcter fiduciari haguessin de qualificar-se com a hereus¹⁴⁵.

«*Fundamentum totius testamenti*» també significava que la vinculació entre testament i institució d'hereu no es produïa exclusivament en el moment d'atorgar el testament. El conjunt de la voluntat del testador depenia del que avui es qualifica com l'eficàcia de la crida a favor de l'hereu. La frustració de la crida hereditària portava a la ineficàcia del contingut del testament¹⁴⁶.

En la segona accepció, *fundamentum totius testamenti* significava que els llegats, els fideïcomisos i la resta del contingut del testament es consideraven imposats específicament a l'instituït hereu (o als seus substituïts), llevat que el testador hagués expressat una altra voluntat. El testador podia desvirtuar la presumpció ordenant que els llegats es paguessin àdhuc en el cas que l'instituït hereu no arribés a ésser hereu. La pràctica notarial formulava aquesta voluntat amb la clàusula *codicillar*¹⁴⁷, que permetia

(1576-1640), *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathalonix*, Lugduni 1668, Decis. 36,19 (pàg. 76) havia afirmat que, en els testaments atorgats davant dels notaris de Barcelona, l'usdefruit universal de l'herència no s'atribuïa al cònjuge del testador per via d'institució d'hereu, sinó per *legatum usufructus ante institutionem*.

P.J. PERERA ET BLASCO, *Compendium theoricæ* (N.139), pàg. 190, es justificava la situació de la institució d'hereu. La "nova" posició no implicava un menysteniment de la importància de la institució d'hereu: «*Ponitur hæreditas institutio, quod est fundamentum totius testamenti; et pro his ponitur in medio, quia cæteris clausulis dominatur*». Tanmateix, a l'*expositio definitionis testamenti* havia afirmat «*cum hæredis institutione, nam sine ea non valet testamentum, quia ille est caput et fundamentum totius testamenti*» (pàg. 189).

(145) Vegeu l'apartat 1.2. Els pseudohereus.

(146) V. GIBERT, *Teórica* (N.91) pàg. , «*Si alguno fuere instituido heredero y repudiare la herencia no habiendo sustituto o pariente, se invalida todo el testamento y nada vale de cuanto en él se halla escrito; pero en la ciudad de Barcelona, aunque no se acepte la herencia testamentaria, ó ya aceptada se repudie, vale todo lo demás que ha dispuesto el difunto*».

(147) A.A. RIPOLL, *Variæ iuris resolutiones* (N.69), XIII,77-79 (pàg. 426): «*Quæritur ulterius, an legata relicta in testamento valeant, si hæres sumptus non adiiit hæreditatem. Respondeo absolute loquendo, non deberi talia legata. Quia quando hæres*

l'efectivitat del contingut del testament, en aquest i en d'altres supòsits¹⁴⁸, mitjançant la conversió del testament ineficaç en codicil.

De la suma de les dues accepcions de «*fundamentum totius testamenti*» resultava que el testament no podia produir efectes tant si li mancava la institució d'hereu, com si es frustrava la crida de tots els instituïts hereus. En el primer cas, el testament era nul. En el segon, es considerava destituït¹⁴⁹.

institutus ex testamento non adiit, reducitur res ad causam intestati princ. Inst. de hæred. quæ ab intest. defer. l.si nemo ff de testament. tutel. LUDOVIC. ROMAN. cons.428 et Alex. cons. 198 col. ult. lib.7. Si tamen [78] testator, in testamento legando, adiecerit verba, dicendo, quod præstentur legata, etiamsi hæreditas non adeatur; tunc valebit talis dispositio, et præstanda erunt talia legata argum. text in §.si vero expressim, in auth. de hæred. et falcid. Bart. in l.nemo potest, 55 ff de legat.1 PAULUS DE CASTRO cons.389. visis dubiis. col.5. Valebunt etiam talia legata, hæreditate non adita, si [79] testator adiecerit clausulam codicillarem, disponendo, quod suum testamentum faltim valeat in vim codicillorum, et sic sustinebatur dispositio, per l.codicillis fin. ff de legat.2 ALEX. in l.nemo col.3 de testament. tutel. gloss. in l.licet C. de pact. glos. in l.1 C. de codicill.»

(148) Gulielmus BENEDICTUS, *Repetitio in capitulis Raynuntius [de Clera], extra de tmntis. Cui nunc recens sub finem tertiæ partis subiecta est Continuatio eiusdem repetit. à verb. Cuius bona, ad finem usque, authore Stephano RANCHINO,...* Lugduni: Bartholomeus Vicentius, 1582. verb. *testamentum tertio* n.17, (fol. 166v): «...*Et est hæc clausula [codicillaris] tantæ virtutis & efficaciam, quod nedum suos operatur effectus, testamento existente nullo propter defectum debiti numeri testium, ut quia septem non fuerunt adhibiti testes, aut quia non fuerunt rogati, vel non sunt masculi. Inst. hoc tit. §.testes seu propter defectum cuiuslibet alterius solennitatis. Sed etiam operatur effectum testamento stante nullo propter filii ipsius testatoris præteritionem, vel testamento rupto agnatione posthumi in testamento præteriti, ut supra dictum est. Nihil tamen operatur si testamentum esset imperfectum ratione deficientis voluntatis, ut l.fideicommissa ff de legat.3 & dicta l.ex ea ff de testament. Nec etiam operaretur testamento stante nullo ex defectu personæ codicillantis, vel cui codicillatur. puta quia non habet testamenti factionem activam, de quo per glo. in l.siquæramus ff eodem. ubi Barto. (...) vel non habet testamenti factionem passivam, de quo Inst. de legat. §.legari. in his enim talis clausula nihil operatur, nisi solum ubi esset solennitatis defectus, secundum Bald. in l.senium qui testament. facere non possunt». [per remissio d'A.A. RIPOLL, *Varia iuris resolutiones* (N.69), XIII,163 (pàg. 431)]*

(149) En el dret romà s'havien distingit diferents supòsits d'ineficàcia del testament, originària o sobrevinguda. Max KASER, *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, a: Iwan von MÜLLER et alii, *Handbuch der Altertumswissenschaft. Zehnte Abteilung, Dritter Teil. Dritter Band. Erste Abschnitt. Zweite, neubearbeitete Auflage.* C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1971: «*Von testamentum non iure factum spricht man bei einem Formfehler; von nullius momenti bei Übergang eines Sones; von rumpi bei Entkräftung durch ein neues Testament oder nachträglichen Erwerb eines suus; von irritum im Fall des Nichtantritts oder bei sonstigem nachträglichem Ungültigwerden; von destitutum oder desertum bei*

Tingui's en compte que, des d'una òptica actual, algun argument amb què a finals del s/XIX es justificava la "destitució" del testament confonia la clàusula negocial, la institució d'hereu, amb el títol que aquesta genera, el títol d'hereu. Vegi's l'afirmació de Falguera:

«El testamento es destituido cuando no existe el heredero, porque no quiere ó no puede adir la herencia. En este caso la institución de heredero ha quedado sin efecto, y como sin institución de heredero no puede haber testamento, todo el testamento queda invalidado».¹⁵⁰

L'eficàcia de la institució d'hereu és la creació del títol d'hereu. Si l'instituït hereu no arriba a ésser hereu per qualsevol causa, només es frustra el títol d'hereu. La institució d'hereu produeix els seus efectes amb independència que l'instituït hereu arribi a ésser hereu o repudii la delació¹⁵¹.

1.1.2.- El significat de l'expressió abans de la CDCEC.

Ausschlagung oder bei Tod vor der Annahme.»

Durant tot el s/XIX, la doctrina catalana va distingir aquesta pluralitat de causes d'ineficàcia del testament previstes en el dret romà, encara que la terminologia no fos sempre unànime. Ex. Manuel de ALIAGA BAYOT Y SALAS GUASQUI (+ d.1806), *El escribano perfecto... Arte de testar y modos de suceder abintestato y por última voluntad segun derecho y estilo de Cataluña*. Impr. Juan Sierra. Tomo I. Barcelona, 1806, pàgs. 208-210; P. CARDELLACH Y BUSQUETS, *Jurisprudencia* (N.95), pàg. 795; F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, *Teórica* (N.91), nota p, pàgs. 217-218; G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, *Instituciones* (N.120) II §.709, pàg. 396.

La distinció continuava éssent vàlida per a la doctrina catalana prèvia a la Compilació. En efecte, A.M.^a BORRELL I SOLER, *Dret civil* (N.47) §.499, pàgs. 331 i seg. considerava causes originàries d'invalidesa dels actes de darrera voluntat els supòsits del *testamentum nullum* i del *injustum*, a més de la manca d'institució d'hereu capaç; els supòsits del *testamentum irritum*, del *ruptum* i del *destitutum* vel *desertum* eren causes d'invalidesa sobrevinguda, mentre que el *testamentum rescissum* per preterició podia ésser una causa originària o sobrevinguda.

(150) F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, *Teórica* (N.91), pàg. 218, nota p.

(151) S'emfatitza que la confusió conceptual només existeix si s'analitza text amb els ulls situats en el s/XX. En el dret intermedi, l'afirmació era plenament vàlida. Ex. I.D. DURANTIS, *De arte testandi* (N.59), Tit. VI [*De Legatis*] Cautela II [*Quo remedio sustineantur relictæ, ab eo qui scriptus est heres universalis hereditate non adita*] núm. 2 (fol. 107-2): «..., *quia paria sunt non fuisse institutum, et institutum non adire. l.2 §.sed et si sint sui. ff ad Tert. nec alteri est impedimento, qui non succedit l.si necem. §.si deportatus ff de bo. lib. Fulgo. consi. 102, presupposito. col.2. Et paria sunt ab initio non fuisse, et postea definere. l.si quis sub conditione. ff de testament. tute. et qui non adivit hereditatem habetur perinde ac si ab initio heres scriptus non fuisset. l.1 in princ. ff de su. et legi. cum aliis allegatis per Bald. cons. 379. thema. lib. 4.».*

1.1.2.1.- En el dret general de Catalunya.

Fins l'entrada en vigor de la CDCEC, la institució d'hereu era indispensable per a la validesa del testament¹⁵² en el Dret general de Catalunya. A més, l'efectivitat de totes les disposicions testamentàries depenia de l'eficàcia de la crida a favor de l'instituït hereu. Si es frustava la delació a favor d'aquest, el testament esdevenia ineficaç, llevat que el testador hagués manifestat que la seva darrera voluntat pogués adquirir eventualment l'eficàcia de codicil (l'anomenada clàusula codicil.lar).

1.1.2.2.- En els drets locals de Barcelona i Tortosa.

a) Barcelona

En el dret local de Barcelona, aquesta qüestió es trobava regulada pel privilegi atorgat per Pere III el 1339 (3.^a CYADC II 6,1,1)¹⁵³. La darrera part de la pragmàtica

(152) G. BENEDICTUS, Repetitio (N.148), verb. *in extremis* [positus] n.39 (I, fol. 137-): «*Quoniam ad testamentum valetudinem inter cætera requiritur, quod hæredes instituantur. Cum sine hæredis institutio velut carens fundamento non possit subsistere, ut in l.1 ff de vulg. & pup. facit l.eam quam C. de fideicom.*» [per remissions d'A.A. RIPOLL, *Variæ iuris resolutiones* N.69, XIII,185 (pàg. 433) i de Josephus RAMONIUS (s/XVI-s/XVII), *Consiliorum una cum sententiis et decisionibus Audientia Principatus Cathalonie*. ... Ex Typographia Stephani liberos, Barcinonæ 1628, Cons. 44,4 (pàg. 482)].

(153) «*Debita meditatione pensantes, qualiter ex insufficientia, seu ignorantia aliquorum Notariorum plura testamenta rationibus infrascriptis possent de facile vitiari, ac etiam annullari, quod nedum in testantium, verum etiam quam plurium aliorum dispendium redundaret, idcirco, ... statuimus ac etiam ordinamus, quod ex quo testator, seu alius quivis quemcumque disponens ultimam voluntatem fuerit testabilis, et capaces hæredes instituerit, tale testamentum, seu quævis alia cuiuscunque ultima voluntas, non sit, nec possit dici nullum, sive nulla, seu valeat annullari, dato quod personæ quæ de iure communi institui habent præterantur, sive exheredentur, vel de postumo, vel de postumis nulla mentio fiat, et dato etiam quod aliqua solemnitas iuris, quæ in eis requiritur ommissa fuerit, in toto testamento, seu alia ultima volunte, vel aliqua eorum parte, ex quo in ipso testamento, vel ultima voluntate fuerint duo testes, vel plures etiam non rogati, et ipsum testamentum seu alia quælibet ultima dispositio fuerit in publicam formam redactum, seu redacta ita tamen, quod ipsis personis quæ institui habent, vel de quibus mentio est fienda ius salvum remaneat super legitima, nisi fuerint iuste præteriti, ac etiam exhæredati. Statuimus etiam, et ordinamus, quod licet hæres scriptus non adeat hæreditatem, vel adita repudiatur, vel alias quocunque modo, et qualitercunque defficiat hæres ipsius deffuncti universalis, ab initio, vel ex post facto, seu ex intervallo, nihilominus in Omni casu, ex quo testator, vel alius disponens aliam ultimam voluntatem fuerit testabilis, valeant legata, et fideicommissa, et cætera per aptum testatorem disponere in testamento, seu quavis alia ultima voluntate, dum legata, et fideicommissa facta sint capaces, seu alia quævis dispositio in capaces. Mandantes*

establia que l'efectivitat del contingut del testament s'independitzava de l'acceptació per part de l'instituït hereu¹⁵⁴. Per tant, la segona accepció de *fundamentum totius testamenti* no es podia predicar del testament en el dret local de Barcelona

Quant a l'altre significat de l'aforisme, la necessitat d'institució d'hereu en el testament, la doctrina no és unànime. Des del segle passat existeixen dues posicions. P.N. VIVES Y CEBRIÀ (l'iniciador de la polèmica), J.A. ELÍAS I E. DE FERRATER, J.J. PERMANYER, i ARTURO CORBELLA¹⁵⁵ afirmaven que el testament atorgat pels ciutadans de Barcelona no necessitava la institució d'hereu per a la seva validesa. En canvi, F. M.^a FALGUERA, AGUSTÍN MUÑOZ, M. DURAN I BAS, J. MALUQUER VILADOT, R. COLL I RODÉS, J. MARTÍ MIRALLES i A. M.^a BORRELL consideraven que la institució d'hereu era imprescindible per a la validesa del testament a Catalunya¹⁵⁶.

etc.».

Al llarg del s/XX, la pragmàtica ha estat criticada per diversos notaris per la desqualificació que es fa a la classe notarial en el preàmbul: Ex. a començaments de segle, Arturo CORBELLA (1854-1923), *Manual de Derecho catalán*. Impr. de Viuda de Vidiella y Pablo Casas, Reus, 1906, pàg. 736; recentment, Angel MARTINEZ SARRION, Testamento, codicilos y cláusula codicilar, a: AJLC, *Discurso de ingreso del académico de número Ilmo Sr. ... i Contestació de l'acadèmic de número Il. Im. Sr. Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL. 29 de març de 1955*. Barcelona, MCMXCV, pàg. 45, l'ha qualificat de "perturbadora".

La suposadament injuriosa afirmació s'ha de contextualitzar. PAULUS CASTRENSIS (+1441), *In secundam Codicis partem Patavinæ prælectiones, Francisci Curtii multorumque Doctorum qui in id hactenus incubuerunt annotationibus adductæ*, ... Lugduni MDLIII, l.errore C de testament. (C 6,23,7) respon a la pregunta «Cuius præsumatur error, an notarii, vel testatoris»: «Dicit BALDUS quod in his quæ pertinent ad notarium, ut sunt illa qua concernunt ad solennitatem testamenti præsumitur error notarii, et idem in his quæ concernunt partem, si notarius non scripsit: et ex his quæ scripserat apparet quod debuerunt scribi. Quia presumitur plus dictum quam scriptum: ut hic: alias præsumitur error testatoris». En canvi, afirma que es creu al notari si es diu que el testador va dir una altra cosa [n.3, fol. 46-v] [per remissió d'A.A. RIPOLL, *Variæ iuris resolutiones* (N.69) XIII,608 pàg.462].

(154) J. MARTI MIRALLES, Principis (N.15), pàg. 103.

(155) P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), II pàg. 201 [pàgs. 535] (1.a ed. 1833, pàgs. 277/278); D. J.A.E. i D. E. DE F. [José Antonio ELIAS, (1817-1881), Esteban de FERRATER (1812-1877)], *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña...* Tomo Primero. Tomo Segundo. Imprenta del Constitucional. Barcelona, 1842, 1843, II pàg. 32, Art. 1558; [J.J. PERMANYER AYATS], Apuntes de Historia general del Derecho español, pàg. 191; A. CORBELLA, Manual (N.153), §.630 pàg. 736 n.2.

(156) F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, Teórica (N.91), nota o pàg. 215; Agustín

b) Tortosa.

En el dret local de Tortosa, cap de les dues accepcions de l'aforisme «*fundamentum totius testamenti*» tenien caràcter general. Els costums admetien el testament sense institució d'hereu, en què es distribueix tota l'herència en llegats¹⁵⁷. En conseqüència, la institució d'hereu no era necessària per a la validesa dels testaments atorgats a Tortosa.

1.1.2.3.- En els projectes oficials d'Apèndix i en el de Compilació.

a) La Memòria Duran i Bas.

A la Memòria Duran i Bas, s'exigia la institució d'hereu per a la validesa del testament (art. CCLX). No és fàcil determinar si en la regulació de la Memòria estava prevista la segona accepció de *fundamentum totius testamentum*. Els articles de l'Apèndix es refereixen habitualment a la validesa del testament. Nogensmenys, l'art. CCXCI, 1.º al·ludeix a la «*insubsistencia del testamento*» i el CCLXXVI al testament «*irrito ni nulo*». D'ací es pot desprendre que pressuposava diferents causes que provocaven la ineficàcia sobrevinguda del testament¹⁵⁸.

b) El projecte d'Apèndix de 1930.

MUÑOZ, Necesidad de la institución de heredero idóneo, para la validez de un testamento otorgado por un ciudadano de Barcelona, a: *LN XXIII* núm. 1152 (1880, 3-V), pàgs. 9023-9024; G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, *Instituciones* (N.120), [1.ª ed. §.552, pàgs. 380-381] II §.652 pàgs. 318-319; M. DURAN Y BAS, *Memoria* (N.116), pàgs. 188-189; Juan MALUQUER VILADOT (1856-1940), *Derecho civil especial de Barcelona y su término*, Impr. La Renaixença, Barcelona 1889, pàgs. 144, 148; Ramon COLL Y RODES (1883-1948), *El Privilegi del rey Pere III de 1339*, a: *RJC* 17 (1911) pàgs. 300-327; 391-403, pàg. 324; A.M.^a BORRELL Y SOLER, *Dret civil* (N.47) §.429, n.29 pàg. 11[pàg. 13]

(157) *Cost.T.* 6,4,2,2 i 6,9,18,2, respectivament. Vegeu-los a la N.229.

(158) Hi ha altres arguments que permeten afirmar que l'efectivitat del contingut del testament depenia de l'acceptació de la delació hereditària. M. DURAN Y BAS, *Memoria* (N.116) pàg. 192, qualificava com a «*cláusulas accesorias de la institución de heredero*» aquelles en què s'ordenen substitucions hereditàries), llegats i fideïcomisos particulars (pàg. 193) i marmessors (pàg. 194). A més, l'instituit hereu fiduciari que hagués repudiat l'herència podia ésser compel.lit pel fiduciari a acceptar l'herència i transmetre-la-li (pàgs. 265 i 381, on l'art. CCCXV sanciona aquest fiduciari amb la pèrdua del dret a la quarta trebel.liànica). La compulsió hauria estat innecessària si l'efectivitat del fideïcomís, com la de la resta del contingut del testament, no depengués de l'acceptació de l'instituit hereu.

A l'Ap-30, s'exigia la institució d'hereu per a la validesa del testament (arts. 260; 337,I final). La seva manca suposava la nul.litat originària del testament (art. 337,I). En el projecte també es contemplava la ineficàcia sobrevinguda del testament inicialment vàlid, un dels supòsits de la qual era el *testamentum destitutum* (art. 338)¹⁵⁹.

Tanmateix, existien dos supòsits en què les disposicions testamentàries podien produir efectes malgrat que l'instituït hereu no arribés a ésser-ho: la preterició de descendents legítims i la indignitat de l'instituït hereu. En efecte, la preterició dels descendents legítims només provocava la ineficàcia de les clàusules amb disposicions a títol universal, de manera que subsistien les altres disposicions testamentàries (art. 285,II)¹⁶⁰. D'altra banda, la declaració d'indignitat d'un instituït hereu no repercutia en les altres disposicions testamentàries, àdhuc en el que aquesta circumstància provoqués que fossin hereus els intestats (art. 337,II)¹⁶¹.

Per tant, la regulació del testament a l'Ap-30 recollia les dues accepcions que tradicionalment s'havien atribuït a l'expressió «*fundamentum totius testamenti*», tot i que amb excepcions.

c) L'avantprojecte de Compilació de 1955

Els arts. 226; 242 i 468,I final AvPC-55 exigien la necessitat d'institució d'hereu per a la validesa del testament, amb l'excepció dels atorgats per individus subjectes al dret local de Tortosa.

Però en el dret general de Catalunya, la institució d'hereu ja no era necessària

(159) Art. 338 Ap-30. *Los testamentos originariamente válidos pierden su eficacia: ...; y 3.º Por no querer o no poder aceptar la herencia ninguno de los herederos instituidos ni de los sustitutos, salvo el caso de transmisión de la misma herencia.* (pàg. 135)

(160) Art. 285,II Ap-30: *La [preterición] de los descendientes legítimos, aunque sean póstumos, anula la institución de heredero, sustituciones y fideicomiso universales, dejando subsistentes las demás disposiciones del testamento; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 259 para el caso de que aquél contenga cláusula codicilar* (pàg. 118). Aquest precepte era contradit per l'art. 338,2.º: *Los testamentos originariamente válidos pierden su eficacia: ... 2.º Por nacimiento posterior de un descendiente que resulte preterido según las reglas de este Apéndice.*

(161) Art. 337,II Ap-30. *Las personas indignas de suceder podrán ser privadas de la herencia que la ley prohíbe disponer a su favor; pero subsistirán las restantes disposiciones del testamento a favor y a cargo de los demás herederos testamentarios, y a falta de éstos, de los legítimos* (pàg. 134)

per a la validesa de qualsevol testament, sinò només per a la del testament successori. En efecte, l'art. 462,I admetia un testament en què el lloc de la institució d'hereu es trobava ocupat pel nomenament de marmessor universal.

A l'AvPC-55 no es plantejava directament la qüestió de la destitució del testament. No es predicava la ineficàcia del testament per frustració de totes les delacions hereditàries. Ara bé, la voluntària convertibilitat del testament ineficaç en codicil (art. 238,I AvPC-55) es formulava de manera prou genèrica per a no excloure el supòsit¹⁶². A més, es podria interpretar que l'intent d'estendre a Barcelona el dret general de Catalunya (art. 238,II) no tindria altra conseqüència que exigir la clàusula codicilar per obtenir un dels resultats que fins aleshores s'aconseguien sense ella, l'eficàcia del testament destituït.

Tanmateix, a l'art. 238 AvPC-55 no s'hi pot trobar una referència implícita al testament destituït. La qüestió no consisteix en recordar els supòsits en què la clàusula codicilar havia produït efectes (entre ells, el testament destituït), sinò en determinar les causes que provocaven la ineficàcia del testament en el AvPC-55. En els arts. 468-470 AvPC-55 no es contemplava la frustració de la crida hereditària com a causa d'ineficàcia del testament.

d) El Proyecto de ley CDCEC 1959

En el PrLC-59, es continuava exigint la necessitat d'hereu en el testament successori atorgat per qualsevol persona que no estigués sotmesa al dret local de Tortosa (art. 144). Com a l'AvPC-55, es considerava suficient per a la validesa del testament el nomenament de marmessor universal (art. art. 256,II).

La destitució del testament no es contemplava. L'art. 140 preveia la conversió material legal del testament ineficaç en codicil, llevat els casos de preterició errònia de legitimaris¹⁶³. Però el *Proyecto de ley* no regulava cap causa d'ineficàcia del testament,

(162) Art. 238 AvPC-55. *El acto de última voluntad otorgado como testamento que sea ineficaz como tal, se sostendrá como codicilo si puede valer como éste, siempre que dicho testamento contenga la denominada cláusula codicilar. Este precepto, que regirá incluso en Barcelona, no será de aplicación cuando el expresado testamento a pesar de valer como codicilo sea nulo por preterición errónea de legitimarios.*

(163) Art. 140 AvPC-55. *El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne condiciones de tal y no fuera nulo por preterición errónea de legitimarios.*

ni tan sols l'esmentada preterició errònia¹⁶⁴, per la qual cosa s'ha d'entendre que pressuposava l'aplicació supletòria del Codi civil¹⁶⁵.

La frustració de la delació hereditària no és causa d'ineficàcia del testament en el Codi civil, atès que s'hi admet el testament sense institució d'hereu (art. 764,I CC). Per tant, tampoc ho podia ésser en el PrLC-59.

1.1.3.- L'expressió a la CDCEC.

Els arts. 109 i 242,I CDCEC configuraven la institució d'hereu com a element tipificador del testament successori. La inexistència d'institució d'hereu era causa de nul.litat del testament (art. 242,I CDCEC).

La CDCEC establia la conversió legal en codicil del testament ineficaç per qualsevol causa diferent a la preterició errònia de legitimaris (art. 106 CDCEC). L'art. 242,I final CDCEC contemplava expressament la conversió en codicil del testament nul per "no contenir institució d'hereu". Era el *testamentum nullum* del dret romà.

El supòsit del *testamentum destitutum* no estava contemplat expressament com a causa d'ineficàcia del testament. Tanmateix, la interpretació unànime entenia que la frustració de la delació a favor de l'instituït hereu provocava la ineficàcia del testament i la seva conversió en codicil¹⁶⁶. S'hauria pogut buscar el recolzament legal en l'art. 106 CDCEC (el genèric «ineficàcia»)¹⁶⁷. Tanmateix, la doctrina més estesa ho considerava

(164) A diferència del cap. XII del Títol II del Llibre III de l'AvPC-55, *De la nulidad, revocación, ineficacia, total o parcial, de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias*, (arts. 468-477), el cap. XI del Tit. II del Llibre II, *Ineficacia de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias*, (arts. 262-265 PrLC-59), no esmentaven les causes de nul.litat del testament. A contrari, l'art. 144 PrLC-59 sancionava amb la nul.litat al testament sense institució d'hereu. Aquest seria un supòsit de conversió del testament nul en codicil.

Quant a la preterició, només la regulava l'art. 172: *La preterición de legitimarios no originirà la nulidad del testamento, pero al preterido le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda*. Per tant, l'art. pressuposava l'art. 814,II CC (text anterior a la L 11/1981, de 13 de juny).

(165) Art. 2.º PrLC-59. *De conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Código civil, las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho cuerpo legal*

(166) Fr. GINOT LLOBATERAS, *La antigua cláusula* (N.11), p.637

(167) En aquest sentit, E. JARDI CASSANY, *Testaments hològrafs* (N.116), pàgs.

bé un supòsit d'inexistència sobrevinguda de la institució d'hereu (art. 242,I CDCEC)¹⁶⁸, bé la salvaguarda dels principi *nemo pro parte*¹⁶⁹.

Continuava la ja esmentada confusió entre institució d'hereu i títol d'hereu¹⁷⁰. La destitució del testament tampoc era exigida per salvar el *nemo pro parte*. L'art. 97,I CDCEC establia la incompatibilitat entre la successió intestada i la testada universal, és a dir, entre hereus intestats i testamentaris. La frustració de la delació de tots els instituïts hereus en el testament ja feia impossible la infracció del principi, sense necessitat de provocar la ineficàcia del testament.

L'art. 256,I CDCEC tampoc aportava arguments a favor de la destitució del testament. No es pot afirmar que fóra inútil en el cas que la frustració de la delació testamentària no provoqués la ineficàcia de la resta del contingut del testament. L'art. 256,I CDCEC era una norma excepcional en la mesura que permetia la reviviscència

81-82 i L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, a: A. MARTINEZ SARRION, Testamento (N.153), pàg. 106: «...l'article 106 de la Compilació parlava solament de "testament ineficaz". Sembla, per tant, que la conversió legal en codicil del testament solament pot tenir lloc en els supòsits que, sense mancar en el testament la institució d'hereu, resulti no acceptada l'herència o no arribi a ésser hereu l'instituït per qualsevol causa, frustrant-se la institució,...» (pàgs. 106-107).

(168) Luis PUIG FERRIOL, Encarnación ROCA TRIAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña Tomo III/1.º Derecho sucesorio catalán*, Bosch Casa editorial. Barcelona 1979, pàg. 293: «El único supuesto de operatividad de la cláusula codicilar se da en el caso en que falte la institución de heredero en el testamento y esta institución puede faltar por dos causas concretas: bien porque el testamento no contenga institución, bien porque conteniéndola, falte por circunstancias sobrevenidas, como pueden ser la declaración de incapacidad, la premoriencia del nombrado heredero, sin que exista sustitución vulgar, la renuncia del nombrado, y la declaración de indignidad». En el mateix sentit, X. ROCA FERRER, Arts. 105-106 CDCEC (N.29), pàg. 146.

(169) Fr. GINOT LLOBATERAS, La antigua cláusula (N.11), pàg. 649 afirma que «si el testamento contiene institución de heredero que resulta ineficaz por falta de aceptación del instituido, el principio hay que deducirlo del artículo 97,1.º, en relación con el 106 CDC».

(170) La confusió es posa de relleu quan es fa referència a l'eficàcia revocatòria del testament ineficaz. «[Y] en aquellos casos en que la institución subsistía en el momento del fallecimiento del causante, pero ha decaído posteriormente, por renuncia o por indignidad del llamado el testamento es válido, no debería operarse la conversión, pero la falta sobrevenida de heredero determinará su ineficacia y su consiguiente conversión en codicilo» (L. PUIG FERRIOL, E. ROCA TRIAS, *Fundamentos III* (N.168), pàgs. 293-294).

de la delació a favor dels fideïcomissaris. La crida intestada pressuposava la frustració de la substitució vulgar ordenada implícitament («tácita») a favor dels fideïcomissaris (art. 155,III)¹⁷¹.

La interpretació que es refusa estava inspirada en la tradició jurídica sense tenir en compte el text de la CDCEC¹⁷². L'art. 220,I CDCEC presumia que els llegats no havien estat imposats determinadament a l'instituit hereu. L'art. 220,I es recolza en la presumpció que les diferents disposicions testamentàries són autònomes. L'art. 220,I deixava sense pressupòsit la destitució del testament. A més, els arts. 114,III i 115,I,3.a admetien l'eficàcia de llegats quan la delació hereditària encara no s'havia produït.

Encara que fos la interpretació unànime, "testament" i "successió testada universal" no eren termes inescindibles a la CDCEC. Si bé no hi podia haver successió testada universal sense testament, el testament no deixava d'ésser-ho pel fet que cap dels instituïts arribés a ésser hereu. En el testament, l'atorgant preveu una determinada destinació de la seva herència, l'efectivitat pràctica de la qual no es troba a les seves mans sinó en els subjectes que ha afavorit. És una conseqüència del caràcter unilateral del negoci.

Atès que la CDCC no ho establí expressament, l'acceptació de l'instituit hereu no podia condicionar la qualificació de la declaració de voluntat del testador amb valor negocial des de la seva mort. De l'acceptació de l'instituit hereu només depenia que la successió fos testada universal o intestada («*quan el nomenat o nomenats no arriben a ésser-ho*» art. 1 LSI 25-III-1987). La ineficàcia de la crida nascuda d'una clàusula testamentària (institució d'hereu) donava pas a la successió intestada sense que per això hagués de provocar la ineficàcia de tot el testament i la seva conversió en codicil en virtut de l'art. 106 CDCC.

1.1.4.- L'expressió en el CS.

(171) Contràriament, C. GETE-ALONSO CALERA, Art. 256 CDCC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXIX-3.º*, Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid 1986, pàgs. 213-247, pàg. 247, considerava que la subsistència del contingut del testament era conseqüència de la conversió legal del testament en codicil.

(172) X. ROCA FERRER, Arts. 105-106 CDCEC (N.29), pàg. 151 afirmava que «*el juego de los arts. 105,III y 106 reduce la dualidad testamento/codicilo a mero nominalismo con lo que dicha dualidad sobra o sólo puede explicarse por apego a la tradición. Aun más: no sólo es inútil sino perturbadora...*».

La necessitat d'institució d'hereu es troba establerta en els arts. 109; 125,III; 136 CS per al testament successori.

El CS no fa cap referència a que la frustració de la crida hereditària provoqui la ineficàcia del testament. L'art. 125,IV CS, com l'art. 106 CDCC, estableix la conversió legal del testament ineficaç en codicil. Però si l'art. 106 CDCEC es limitava a excloure el supòsit en què la conversió no tenia lloc, l'art. 125,IV CS estableix l'únic supòsit en què la conversió és possible: la manca d'institució d'hereu.

L'art. 125,IV al.ludeix al testament *«que és nul o ineficaç per manca d'institució d'hereu»*. La manca d'institució d'hereu provoca la nul.litat del testament (*«són nuls»*, art. 125,III). La referència a *«ineficàcia»* s'ha de considerar una redundància, com a l'art. 128¹⁷³. En el seu §.I es fa referència a *«la nul.litat o la ineficàcia»* per alguna de les causes ja *«expressades»*: els arts. 125, 126 i 127 només preveuen la *«nul.litat»* de negocis i clàusules. En el §.III *«l'acció de nul.litat o d'ineficàcia»* porta causa dels dos primers apartats de l'art. 126, els quals només preveuen la nul.litat.

L'art. 125,IV CS limita la conversió legal en codicil al testament nul per manca d'institució d'hereu (arts. 125,III; 136)¹⁷⁴. Aquest paràgraf no proporciona un recolzament legal per a considerar que el testament inicialment vàlid sigui ineficaç per destitució. No es pot considerar que la frustració de la delació sigui un supòsit de manca d'institució d'hereu per una causa sobrevinguda¹⁷⁵. Admetre-ho suposaria confondre la clàusula testamentària amb el títol d'hereu. La inexistència d'hereu

(173) A. MARTINEZ SARRION, Testamento (N.153), pàgs. 92, et ibi L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, pàg. 108, ignoren el §.III de l'art. 125 quan critiquen el seu §.IV. Consideren que una disposició de darrera voluntat sense institució d'hereu no pot ésser un testament nul perquè originàriament no hauria estat mai testament, sinó codicil.

Sobre aquesta base, A. MARTINEZ SARRION considera inadequada la redacció de l'art. 125,IV: *«no se puede tratar en un plano de igualdad la nulidad alternativa con la ineficacia; por cuanto, nulidad en materia testamentaria es sinónima de inexistencia y, así, la acción de nulidad destruye la apariencia de un testamento que no existe en cuanto tal; se trata, más bien de supuestos de ineficacia, en los que se incluirán los casos de testamentum ruptum y destitutum, sin olvidar la analogía de que "quod ab initium nullum est, non potest tractu tempore convallescere"»* (pàg. 92). Roca-Sastre s'hi addereix (pàgs. 107-110).

(174) M. TARRAGONA COROMINA, Arts. 125-135 CS (N.53), pàg. 480. RUBIES MALLOL, Joan, Arts. 136-147 CS, a: L. JOU (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994, I, pàgs. 517-558, pàg. 520

(175) En aquest sentit, E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22), pàgs. 152 i 156.

testamentari no provoca la desaparició de la clàusula testamentària *institució d'hereu*. Enlloc s'estableix que la frustració de la delació a favor de l'instituit hereu provoqui que la clàusula testamentària «*es tingui per no formulada*» (arts. 154,I; 158 i 159)¹⁷⁶. A més, es troba desmentida per l'art. 250,II. En ell es distingeix entre «*testament que sigui nul, revocat o ineficax*» i el supòsit en què «*per qualsevol altra causa l'hereu instituït no arriba a succeir-los*». Si la frustració de la delació a l'herència fos un supòsit d'inexistència sobrevinguda de la institució d'hereu, no caldria esmentar-lo perquè ja es trobaria inclòs dins de «*testament ineficax*».

En el Codi de successions, la institució d'hereu fonamenta el "testament successori", en la mesura que consitueix un element legal del tipus negocial. Però l'efectivitat de les disposicions testamentàries és independent de l'acceptació del títol d'hereu. Per tant, la frustració de la crida hereditària no provoca la ineficàcia del testament¹⁷⁷. En aquests casos, la successió no serà testada universal i el testament només regularà parcialment la successió del causant.

El CS ofereix diversos exemples de l'autonomia de les disposicions testamentàries en relació amb l'acceptació del títol d'hereu. Els més evidents són els arts. 143,II i 148,II,3.^a CS. En ells es permet, respectivament, l'eficàcia d'un llegat d'usdefruit universal i el pagament de llegats abans que es produeixi la delació de l'herència. En ambdós casos, s'ignora si l'hereu serà testamentari o intestat. I, tanmateix, es compleixen els llegats. No tindria massa sentit que els llegats que es varen complir perquè estaven ordenats en testament, acabessin tenint l'origen en un codicil abintestat.

(176) A l'art. 204 el supòsit és diferent. No es planteja l'eficàcia de la clàusula sinò de la delació. Les crides frustrades o bé no es "computen" (§.II), o bé «*s'entenen com a no fetes*» (§.IV). El resultat a què s'arriba equival a considerar com a no formulada la clàusula en què s'ordena la substitució. La raó perquè en aquest cas s'opta per les crides és que les successives substitucions fideïcomissàries s'acostumen a ordenar en una única fórmula.

(177) Contràriament, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, a: A. MARTINEZ SARRION, Testamento (N.153), pàg. 109, afirma que la conversió en codicil es produeix «*quan el testament que no és nul per contenir institució d'hereu o d'hereus, perd ulteriorment la seva eficàcia per no arribar a ser hereu cap dels instituïts*» No aporta cap argument que ho recolzi. A. MARTINEZ SARRION, Testamento (N.153), basa el *testamentum destitutum* en l'art. 125,IV (vegeu la cita a la N.173), malgrat que l'article no estableix «*testament... ineficax per frustració de la crida hereditària*» sinò «*per manca d'institució d'hereu*».

Els arts. 260,III i 266 CS independitzen absolutament cada llegat de la resta de disposicions del testament¹⁷⁸. Presumeixen que el llegat no ha estat imposat determinadament a una persona, amb la qual cosa el compliment dels llegats reals (és a dir, el lliurament de la possessió del bé llegat al legatari)¹⁷⁹ podria ésser àdhuc una facultat de l'administrador de l'herència jacent^{180,181}.

Per tant, la frustració de la crida hereditària no provoca la ineficàcia del testament, sinó únicament la del títol d'hereu. En el CS, l'aforisme «*institutio hæredis caput et fundamentum totius testamenti*» s'ha de limitar a «*institutio hæredis fundamentum totius testamenti*», tenint present dues circumstàncies:

- a) que de les dues accepcions que històricament ha tingut l'expressió «*fundamentum*» només en subsisteix una: la necessitat d'institució d'hereu per a la validesa del testament (art. 136; 125,III).
- b) la relativitat del *totius*, perquè la regla no és vàlida quan el testador vol

(178) Ex. E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22), pàgs. 287-301, pàgs. 296-297, i Pedro ALBIOL MARES, Arts. 252-283 CS, a: L. Jou (coord.), Comentarios al Código de Sucesiones, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994, II, pàgs. 892-990. El darrer, sorprenentment, ho vincula amb l'anomenada "dualitat de títols", establerta per l'art. 257 CS: «*si ello es así en para el caso de un prelegado, legado hecho al propio heredero, en que éste es libre para aceptar uno y rechazar otro (art. 268,III CS), con mayor motivo habrá independencia cuando el gravado con el legado y el legatario sean distintas personas*» (pàg. 943).

(179) La independència del llegat de la institució d'hereu no es produeix exclusivament en el llegat real. Que el legatari no pugui exigir el compliment del llegat obligacional fins a l'acceptació de l'hereu (art. 266 final) no és conseqüència d'una suposada dependència d'aquella. La inexigibilitat del llegat (que ja existeix) és conseqüència del principi que ningú pot ésser gravat sense haver-se lucrado en un valor com a mínim igual a la càrrega.

(180) Antoni MIRAMBELL I ABANCO, Els llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre: "Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya", a: AREA DE DRET CIVIL UdG [coord.], *Setenes Jornades de Dret català a Tossa, El nou Dret successori a Catalunya, 24-26 de setembre de 1992*, Ed. PPU, Barcelona 1994, pàgs. 89-148, pàg. 140.

(181) Aquesta interpretació es veu afavorida quan el testador ha autoritzat el legatari per prendre possessió per ell mateix del bé llegat (art. 271,IV). Tanmateix, pot produir resultats indesitjats com que algun legatari adquireixi la possessió del bé llegat abans que el cridat hereu hagi pogut iniciar l'inventari (arts. 30,III; 32,II), o que el valor dels béns llegats resulti ésser excessiu (art. 273,I), o que la retenció de la quarta falcídia no s'aconsegueixi per detracció (art. 274,III) sinó per reclamació judicial (art. 234,I, per analogia).

organitzar la seva successió distribuïnt tota l'herència en llegats (arts. 136 final; 271,IV; 315,II), o liquidar l'herència (art. 315,II)

El fet que la destitució no provoqui la ineficàcia del testament repercuteix en les quartes falcídia i trebel·liànica. Aquestes varen nèixer, respectivament, com a esquers per evitar la destitució del testament, incentivant l'acceptació de l'hereu gravat per molts llegats i de l'hereu fiduciari. Ambdues quartes han perdut llur originària raó d'ésser¹⁸².

1.2.- Els pseudo-hereus

De l'originària necessitat de "fonamentar" el testament en una institució d'hereu en va resultar la creació de pseudo-hereus per a poder donar eficàcia a la voluntat del testador. En el CS, només tenen «*consideració d'hereus*» els hereus de confiança (art. 153,I). A la CDCC, a més, també la tenia l'hereu fiduciari pur («*consideració de fiduciari*», art. 163,I CDCC).

Per la mateixa raó, la CDCEC i el CS regulen el "testament liquidatori" relacionant-lo amb la inexistència d'institució d'hereu, la qual és suplerta pel nomenament de marmessor universal (art. 263,II CDCEC; 315 CS).

L'hereu de confiança i l'hereu fiduciari pur són figures que permeten cobrir el període de temps que va des de l'obertura de la successió (art. 2,I) fins a l'adquisició de l'herència pels seus veritables destinataris. En ambdós casos, s'atribueix la titularitat del patrimoni hereditari a un fiduciari, qui s'encarregarà de transmetre'l, en el seu moment, als veritables successors del causant¹⁸³. D'aquesta manera s'evita que

(182) Segons el Preàmbul, amb la quarta trebel·liànica «*s'afavoreix clarament la llibertat del fiduciari gravat i, en conseqüència, del tràfic jurídic*» (IV,c,11,e). En aquest mateix sentit, Juan José LOPEZ BURNIOL, Arts. 71 a 89 CS, a: L. JOU (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994, I, pàgs. 348-387, afirma que «*la razón del cambio, es que han desaparecido los presupuestos socio-económicos y familiares que justificaban y daban sentido a la privación de la trebeliánica*» (pàg. 361).

Quant a la quarta falcídia, «*es manté... per coherència amb el manteniment de la necessitat d'institució d'hereu i el manteniment de la quarta trebel·liànica*» (Preàmbul IV,c,13). Però de la necessària institució d'hereu no depèn l'eficàcia del testament. Per a la funció originària de la quarta falcídia, vegeu R.M.^a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho civil especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pàgs. 658-695.

(183) Mitjançant la institució d'hereu per fiduciari també es postposa la delació de

l'herència entri en una situació de jacència que provoqui la intervenció judicial (art. 8,II CS). A més, el titular fiduciari dels béns podrà administrar-los amb plena llibertat¹⁸⁴.

L'única diferència entre ambdues figures és la publicitat que el testador fa dels destinataris final del cabal hereditari¹⁸⁵. En el fideïcomís pur, el veritable successor del causant constava en el mateix document (testament) en què es designava l'hereu fiduciari pur (art. 163,I CDCC).

Nomenar un hereu de confiança, en canvi, permet al testador mantenir indefinidament oculta la identitat del veritable successor (arts. 120,I CDCC; 152,I CS)¹⁸⁶.

1.2.1.- L'hereu de confiança.

L'hereu i el legatari de confiança, com s'ha dit, són el mecanisme que dona el Dret català perquè el testador pugui evitar que es conegui completament la seva darrera voluntat en el moment la seva mort¹⁸⁷, retardant-ho i àdhuc evitant que es faci pública

l'herència (arts. 148,I,3.ª; 149,5.ª). Tal com ha palesat la doctrina [ex. Luis PUIG FERRIOL, Institución de heredero por fiduciario, a: *RJC* 53 (1964), pàgs. 13-66, pàgs. 14-15] i es reflexa en el CS [vegeu les seccions 1.ª i 2.ª del Cap. IV del Títol III], el fideïcomís pur, l'herència de confiança, la institució d'hereu per fiduciari (i els marmessors) són manifestacions de la fidúcia testamentària. Tanmateix, la manca de titularitat sobre els béns per part del fiduciari elector impedeix incloure'l en aquest apartat.

(184) Tal com assenyala Luis PUIG FERRIOL, Institución (N.183), pàgs. 17; 42; 46-52, l'herència es troba en una situació d'administració, quan el testador ha encarregat la designació de l'instituit hereu genèricament, mentre el fiduciari no efectui l'elecció. L'administrador de l'herència (sigui un curador o el cònjuge elector, art. 148,III,IV) gaudeix de «*plenes facultats dispositives*» legals, llevat que el testador hagi establert una altra cosa.

(185) Martín GARRIDO MELERO, Arts. 150-153 CS, a: L. JOU (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994, I, pàgs. 569-599: «*[e]n el secreto, la confianza o lo oculto se encuentra la diferencia: en el fideicomiso puro es público el encargo, en la institución de heredero de confianza es posible que sólo el confidenciario lo conozca*» (pàg. 599).

(186) Joan MARTI MIRALLES, Herederos de confianza, a: *RJC* 26 (1920), pàgs. 154-166; 197-220, considerava que la confiança es podia mantenir indefinidament reservada llevat que el seu contingut tenia caràcter pietós o benèfic. En aquests casos, creia que s'havien de comunicar al bisbe (pàgs. 201-205).

(187) J. MARTI MIRALLES, Herederos (N.186), defineix el supòsit: «*el testador dispone de un modo perfecto en favor de cierta y determinada persona, o cierta y*

(art. 152,I)¹⁸⁸. «*Es considera que la confiança revelada forma part del testament*» (art. 152,III). Per això la seva ineficàcia no es regula en la Secció 2.^a del Cap. IV del Títol III («*Els hereus i legataris de confiança*»), sinò en el Cap. II del mateix títol, sota la rúbrica «*La nul.litat, la revocació i altres causes d'ineficàcia dels testaments, codicils i de les memòries testamentàries*», resumidament, la ineficàcia de la declaració de voluntat del causant¹⁸⁹.

La reserva de la voluntat del testador pot perseguir finalitats perfectament lícites. Ex. el testador vol atribuir l'usdefruit de l'herència al seu cònjuge i afavorir un fill extramatrimonial no reconegut, instituint-lo hereu. Per evitar les previsibles tensions

determinada obra; pero que queriendo no publicar su última voluntad, la manifiesta secretamente al fiduciario, el cual la habrá de publicar» (pàg. 198). Ramón M.^a ROCA SASTRE (1889-1979), *Estudios de Derecho privado. II Sucesiones, con la colaboración en el capítulo IV de José PUIG BRUTAU*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948, pàg. 101, el qualifica de «*mero instrumento conductor de la voluntad del causante*».

(188) M. GARRIDO MELERO, Arts. 150-153 CS (N.185), pàg. 599, considera que l'herència de confiança «*[e]n el fondo, viene a ser una declaración unilateral de voluntad que se expresa en parte (la referida a la confianza) fuera de las formas ordinarias establecidas por el legislador, constituyendo un régimen excepcional i extraordinario, bien porque se hace sólo ante testigos (los confidenciarios), o bien porque se utilizan formas escritas fuera del testamento ológrafo (art. 120 CS) y de las memorias testamentarias*» (pàg. 599). No sembla que la revelació de la confiança al fiduciari constitueixi una forma de testament diferent a les del testament davant fedatari obert o tancat i del testament hològraf, que pogués excepcionar la prohibició del testament atorgat a Catalunya exclusivament davant testimonis (art. 105,III).

Segons M. TARRAGONA COROMINA, Arts. 125-135 CS (N.53), pàg. 514, «*[e]l heredero o legatario de confianza es el vehículo personal escogido por el disponente para manifestar su última voluntad*». És indiferent que el testador l'hi comuniqui «*de paraula o per escrit*» (art. 150,I final). Per tant, les instruccions confidencials del testador no són un negoci de darrera voluntat diferent del testament en què s'institueix l'hereu de confiança, sinò que formen part del contingut d'aquesta clàusula testamentària (art. 152,III), amb la peculiaritat de no constar en l'escrit (document públic o privat) en què es recullen les altres clàusules.

(189) L'art. 147,I,II estableix que les persones que han intervingut en l'atorgament del testament no poden ésser afavorides pel mateix testament. Quan l'art. 135,I impedeix que la confiança revelada afavoreixi el confidenciari, no fa sinò completar els subjectes afectats per la prohibició de succeir.

En qualsevol cas, la conseqüència jurídica és la ineficàcia de la disposició. Per als subjectes contemplats en l'art. 147,I,II, la sanció és l'anul.labilitat (art. 126,II rel. amb el 128,III); per al confidenciari, la caducitat (art. 135,I). La raó d'aquesta heterogenitat és la diferent posició que ocupa el confidenciari. La ineficàcia de la confiança no és retroactiva (art. 135,II «*en aquell moment*», el de la caducitat).

que provocaria aquesta situació, el testador nomena un hereu de confiança, qui s'encarregarà de donar a conèixer el destinatari de l'herència una vegada mort el cònjuge usufructuari.

Però el testador també pot estar temptat d'utilitzar aquesta institució per defraudar la llei¹⁹⁰. Vigent la CDCEC, Puig Ferriol afirmava que eren l'"*únic recurs legal*" per aconseguir defraudar les incapacitats legals per a succeir establertes en els originaris arts. 252, 253 i 254¹⁹¹.

Des de la llei 13/1984, de 13 de març, han desaparegut les prohibicions de succeir que la doctrina havia considerat sense fonament. A més, malgrat que el CS sancioni amb la nul.litat la disposició amb què el testador afavoreix a un incapaç per succeir (art. 126,II), permet que els interessats en la successió la convalidin (art. 128,III,I). En l'actualitat, les úniques normes que es podrien defraudar serien els arts. 159 i 165,I CS: les atribucions el motiu determinant dels quals és la realització d'un fet il.lícit, amb independència que la causalització del motiu s'hagi fet mitjançant condició o mode¹⁹².

(190) Per José MESTRES MARGALEF, *Apuntes teórico-prácticos sobre testamentos*, Imprenta y Librería de Roca y Ferrer, Reus 1875, la institució va sorgir per a defraudar les prohibicions de succeir: «...: *conocemos las prohibiciones de instituir y legar á determinadas personas. La ley, con tales cortapisas, tiende a evitar la inmoralidad; pero ella solo puede ocuparse de casos generales; y sin embargo hay excepciones, hay casos particulares, en los que, para cumplir con la conciencia y el honor, nos vemos precisados á procurar evitar el rigorismo legal. Inventaron y se valieron para ello los Romanos, hasta Augusto, de la sustitución fideicomisaria pura. Los Catalanes, no cumpliendo ya su objeto la substitución, se valieron del secreto.*» (pàgs. 65-66). J. MARTI MIRALLES, *Herederos* (N.186), pàg. 155, ho ratificaria 50 anys després en afirmar que els testadors utilitzaven l'herència de confiança «*para sus fines muchas veces inconfesables*».

Contràriament, G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, *Instituciones* (N.120), §.667 II, pàg. 349, afirmaven que en aquests casos la confiança era nul.la.

(191) Luis PUIG FERRIOL, *Las herencias de confianza en la Compilación*, a: *RJC* 62 (1963), pàgs. 327-379: «*Pero superadas aquéllas [les "infundadas incapacidades para suceder que sanciona la ley"], faltaría la necesidad de seguir manteniendo a todo trance el secreto de la disposición, cuando el fin que con ella se proponga el testador esté amparado*» (pàgs. 340-341).

(192) J. RUBIES MALLOL, *Arts. 136-147 CS* (N.174), I, pàgs. 517-558, pàgs. 554-555, justifica la diferent regulació del motiu i de la condició il.lícits quan han estat el motiu determinant de l'atribució. Considera que el motiu es refereix a un fet passat ja sancionat, per la qual cosa donar-li alguna transcendència provocaria una pluralitat de

1.2.2.- L'hereu fiduciari pur.

Una de les "modificacions" del CS en relació amb la CDCC és que «[e]s suprimeix la figura del fideïcomís pur, amb la qual cosa s'aconsegueix una notable simplificació de la figura» (Preàmbul IV,c,11,a).

El fideïcomís pur es diferenciava de la substitució fideïcomissària a termini en què el fideïcomissari pur no podia fer definitiva la seva titularitat, a diferència del segon¹⁹³. En cas que el fideïcomissari no hagués nascut o no fos concebut en finalitzar el termini, s'extingiria el gravamen de l'hereu fiduciari (art. 164,I CDCEC), que tindria des d'aleshores la consideració d'hereu lliure. En el fideïcomís pur, en canvi, si el fideïcomissari no arribava a nèixer, i es frustraven les crides als substituïts, ni tampoc era possible el dret d'acrèixer, s'entenien cridats com a fideïcomissaris els parents del fideïcomitent que en morir l'haurien succeït abintestat (art. 164,V CDCEC)¹⁹⁴. El mateix succeïria en el cas de repudiació del cridat fideïcomissàriament.

Tanmateix, la clàusula en què s'ordenés un fideïcomís pur no es podia diferenciar excessivament d'aquella en què s'ordenés un fideïcomís a termini atès que el testador establiria «un termini per a efectuar la transmissió al fideïcomissari» (art. 205 CDCC).

La doctrina notarial catalana del segle XIX afirmava que el fideïcomís pur era una figura desconeguda en la pràctica¹⁹⁵.

Tanmateix, la CDCEC el va regular¹⁹⁶. És dubtós que s'ordenessin molts

sancions. En canvi, la condició es refereix a un fet il·lícit futur, per evitar que l'atribució indueixi a la seva realització.

(193) Tanmateix, la regulació era contradictòria. La condició de "*nudus minister*" del fiduciari pur (malgrat el títol d'hereu) es reflexava en la no adquisició dels fruits de l'herència, llevat que el testador l'hagués autoritzat expressament (art. 163,I CDCEC). Però, en canvi, tenia dret a la quarta trebel·liànica (art. 200,III CDCEC), llevat que el testador l'hagués prohibida (art. 198,I CDCEC).

(194) En canvi, la caducitat de l'herència de confiança provocava la crida dels que serien hereus intestats en produir-se la caducitat (art. 244,II CDCEC).

(195) F.M. FALGUERA, Apuntes (N.70), pàg. 459: «*la sustitución fideicomisaria pura, en el día no tiene objeto*».

(196) És possible que fos conseqüència de la intervenció de R. M.^a ROCA SASTRE en l'elaboració de l'AvPC-55. Aquest autor havia posat especial èmfasi en diferenciar el fideïcomís pur de la substitució fideïcomissària. «*En el primero, el primer llamado ha de hacer entrega o restitución de los bienes fideicomitidos de una manera inmediata,*

fideïcomisos purs. Tanmateix, la regulació no era del tot inútil, perquè preveia el supòsit de la institució d'hereu ordenada en codicil. L'art. 105,II CDCC atribuïa als hereus designats en el testament anterior o als intestats «*el caràcter d'hereus subjectes a fideïcomís pur, i el designat en codicil, el d'hereu fideïcomissari*».

Com s'ha vist, l'art. 122,II CS no permet que la institució d'hereu s'ordini en codicil. Per això, la "supressió"¹⁹⁷ del fideïcomís pur en el CS no hauria de tenir major transcendència¹⁹⁸. Ja hi ha prou mitjans en el CS per aconseguir un resultat similar al que s'obtenia amb el fidicómis pur:

- 1.- si el testador vol que algú prengui possessió dels béns de l'herència i els lliuri tot seguit a l'hereu instituït, el nomenament de marmessor particular (art. 315,IV);
- 2.- si el testador vol que l'immediat traspàs del cabal hereditari no es faci fins que s'hagin pagats els deutes i càrregues hereditàries, el nomenament d'un marmessor universal de lliurament del romanent de béns hereditaris (art. 315,III);
- 3.- si la persona a qui el testador vol afavorir encara no ha nascut en el moment d'atorgar el testament i el testador preveu que potser tampoc ho haurà fet en obrir-se la seva successió, el testador té dues opcions.

(a) Combinar una substitució fideïcomissària condicional amb una substitució fideïcomissària a termini¹⁹⁹, amb l'eventual prohibició de

o sea, desde luego; en la sustitución fideicomisaria, la restitución se opera después de algún tiempo (transcurrido determinado plazo o cumplida una condición determinada), de modo que entonces el fiduciario conserva los bienes durante un tiempo», es decir, hay tracto o espacio de tiempo, durante el cual el fiduciario conserva y tiene en su dominio y poder los bienes fideicomitidos» (R.M.^a ROCA SASTRE, Estudios 1848 (N.187), pàg. 30).

(197) «*Es suprimeix la figura del fideïcomís pur, amb la qual cosa s'aconsegueix una notable simplificació de la institució*» (Preàmbul IV,c,11,a)

(198) A les DT del CS no s'ha previst el supòsit d'un fideïcomís pur ordenat en un testament atorgat abans de l'entrada en vigor del CS però que reguli una successió oberta regint aquest. Josep M.^a VALLS XUFRE, a: Lluís JOU (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1994, I pàgs. 701-769, pàg. 704, proposa l'aplicació de les normes de l'hereu de confiança completades amb les dels marmessors.

(199) El fet condició seria el neixement del fideïcomissari pur, ex. art. 254,II; 265,II pr. En previsió que el fideïcomissari ja hagués nascut en el moment d'obrir-se la

detreure la quarta trebel·liànica (arts. 229,I final; 231,I,II). A diferència del fideïcomís pur, el gravat farà seus els fruits de l'herència (art. 213,I). Per evitar que en cas de no neixement del fideïcomissari el fiduciari esdevingui hereu lliure (art. 249,I,2.ª), el testador pot substituir vulgarment el fideïcomissari (art. 193,I), cridant en últim lloc els que fossin haurien d'ésser hereus intestats del testador, ja en el moment de la seva mort, ja en incomplir-se la condició²⁰⁰.

(b) Instituir un hereu de confiança. En aquest cas, fóra lògic que la identitat de l'afavorit no aparegués en el testament. El testador no hauria de prendre cap precaució per impedir que el fiduciari acabés fent seva l'herència (art. 145,I), però li hauria d'assignar una remuneració si volgués impedir la percepció del 10% del valor de l'herència i dels seus fruits (art. 151,II)²⁰¹

Contràriament, Lluís Roca-Sastre Moncunill considera que el fideïcomís pur és una figura no regulada en el CS, i que hom pot continuar remetent-se a la regulació de la CDCC, entesa com tradició jurídica catalana, perquè el CS no l'ha prohibit²⁰².

1.3.- La formulació de la "institució d'hereu".

El testador no s'ha de subjectar a una determinada fórmula per establir la

successió, hauria de fixar un termini per al lliurament dels béns fideïcomesos

(200) En qualsevol cas, no es podria retrotreure llur delació al moment de la mort del causant.

(201) J.M.ª VALLS XUFRE, Arts. 180-205 CS N.198, pàg. 704) considera que el que es perseguia amb el fideïcomís pur es pot aconseguir amb l'herència/llegat de confiança i amb la institució d'hereu per fiduciari. A part d'ésser manifestacions de la fidúcia, no s'entén quina similitud hi ha entre l'hereu fiduciari pur i l'elector d'algun d'entre els hereus designats genèricament pel testador.

(202) En un dictamen transcrit per J.M.ª VALLS XUFRE, Arts. 180-205 CS (N.198), pàgs. 706-708, Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL afirma que «no se ha suprimido la figura del fideicomiso puro, sino simplemente la regulación del mismo, por razones no materiales o substantivas. Por otra parte, la regulación suprimida del fideicomiso puro de la Compilación integrará la tradición jurídica catalana a que se refiere el artículo 1.º, párrafo 2.º, de la Compilación vigente y constituirá un elemento de heremenéutica y de integración normativa para los posibles fideicomisos puros que se establezcan a partir de la entrada en vigor del Código catalán de sucesiones» (pàg. 708).

"institució d'hereu" (art. 137). El més freqüent és que la fórmula de la institució aparegui el mot "hereu"²⁰³. Però no és imprescindible. És suficient que de les paraules del testador es dedueixi la voluntat d'atribuir a l'afavorit la qualitat d'hereu, encara que no empi l'expressió "hereu" (art. 137). Ex. en un testament, el testador estableix la partició de l'herència entre uns subjectes als que prèviament no havia instituït hereus. És indubtable que el testador vol que els individus entre qui ha partit la seva herència siguin els seus successors universals. La institució d'hereu resulta necessàriament de les "clàusules de partició" (art. 55,II, per analogia).

La innecessarietat de l'ús de la paraula "hereu" no constitueix cap novetat. La va establir C.J. 6,23,15 i la va recollir l'art. 109,II CDCEC. Nogensmeys, l'art. 137 CS ha suposat un important canvi en relació amb la CDCC. Tot i que les paraules dels articles 109,II CDCC i 137 CS siguin pràcticament idèntiques, llur significat és sensiblement diferent, com a conseqüència del canvi d'ubicació de l'oració subordinada concessiva *«sempre que sigui clara la voluntat del testador d'atribuir a l'afavorit la condició de successor en tot el seu dret...»*. A l'art. 109,II CDCC es referia exclusivament a un dels dos subjectes de l'oració principal (*«la disposició a títol universal, baldament no empi aquella paraula»* [hereu]). En canvi, en el CS també abasta a l'altre subjecte (*«la simple utilització pel testador del nom o la qualitat d'hereu»*)²⁰⁴.

El canvi sintàctic és semànticament rellevant. A diferència de l'art. 109,II CDCC, l'art. 137 CS desacralitza la paraula "hereu" i atorga l'absoluta preponderància a la voluntat del testador.

A la CDCC, l'ús pel testador de la paraula "hereu" impedia que l'interpret

(203) La fórmula proposada per Pedro AVILA NAVARRO, *Formularios Notariales Tomo V. Derecho de familia. Derecho sucesorio. Tercera edición*. Bosch, Casa Ed. Barcelona, 1992, pàg. 223, és prou simple: *«Instituye heredero a su... (parentesco en su caso)...(nombre y apellidos).»*

(204) Sorprenentment, J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama (N.2) I*, 69 pàg. 164, inverteix l'ordre del text i presenta l'esmentada frase com a general: *«[e]n la Compilación de Cataluña, el sentido del artículo 668, §.2, C.c., expresado más claramente en su artículo 109, §.2, al estimar que se instituye heredero: "Siempre que sea clara la voluntad de atribuir al favorecido la condición de sucesor en todo su derecho o en una parte de él"; y así puede establecerse por el "simple empleo por el testador del nombre o cualidad de heredero, o la disposición a título universal, aunque no emplee aquella palabra", pero siempre que, conforme dice primero, resulte clara la voluntad del testador de atribuir dicha condición de sucesor»*.

hagués de plantejar-se si l'expressió emprada pel testador coincidia amb la seva voluntat interna²⁰⁵.

La prova més fefaent era l'art. 166,I CDCC. L'existència en el testament d'una «*disposició expressa del testador*» per a que els instituïts hereus en cosa certa «*s'acontentin amb les dites coses*» (art. 166,I CDCC) reflexava clarament que la voluntat del testador no era la «*d'atribuir a l'afavorit la condició de successor en tot el seu dret o en una part d'aquell*» (art. 109,II CDCC). I, tanmateix, els així instituïts hereus obtenien la qualitat de tals. S'intentava "acontentar" la voluntat del testador impedit que l'instituït hereu en cosa certa pogués adquirir definitivament la titularitat dels béns que el testador no li hagués atribuït de manera expressa²⁰⁶. El mecanisme consistia en presumir («*hom entendra*») ordenada sobre aquells béns una substitució fideïcomissària condicional a favor dels qui en morir el fiduciari serien els successors intestats del testador.

En el CS, en canvi, tant si el testador empra l'expressió "hereu" com qualsevol altra, l'intendent ha d'esbrinar quina era la voluntat del testador (art. 137)²⁰⁷. Per tant, l'aplicació de les normes interpretatives dels arts. 138 i 140 pressuposa una tasca prèvia, consistent en determinar si la voluntat del testador era atribuir a l'instituït hereu la qualitat de tal.

1.3.2.- Els casos dubtosos.

L'ús de la paraula "hereu" per part del testador té importància decisiva per a resoldre els casos dubtosos, aquells en què no hi ha una correspondència entre allò que

(205) L'art. 243,I AvPC-55 ho deixava encara més clar: «*La atribución en testamento del simple título o calificación de heredero implicará institución hereditaria. Asimismo la implicará la disposición a título universal hecha en testamento aunque en ella no se emplee materialmente la palabra "heredero", siempre que la voluntad del testador sea clara en el sentido de atribuir al favorecido o favorecidos la cualidad de sucesores en todo su derecho*»

(206) Per a P. SALVADOR CODERCH, Com. arts. 248-251 CDCC N.64, pàgs. 671, «*la regla de l'article 166 és absolutament discordant de l'esmentada finalitat: ni manté el nom d'hereus ni evita la successió intestada. Més aviat complica la seva posició jurídica i es limita a ajornar l'obertura de la successió legítima. Com a regla integradora de la disposició testamentària, l'art. 166 Comp., fa qualsevol cosa excepte respectar-la. La norma és, així, molt difícil de justificar*».

(207) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàgs. 50-51.

s'atribueix i el caràcter universal del títol d'hereu. Són els casos en què el testador institueix hereu en una cosa certa o en l'usdefruit de l'herència (arts. 138; 140,I,III).

No es tracta ací la institució d'hereu vitalici perquè no és un supòsit equiparable als anteriors. Quan el testador institueix un hereu vitalici no hi ha cap dubte que el testador volia atribuir-li la qualitat d'hereu. L'art. 139 no pretén esbrinar quina era la voluntat del testador sinò que persegueix la salvaguarda dels principis successoris, en concret, la perdurabilitat del títol successori (el «*semel hæres, semper hæres*»). En canvi, en la institució d'hereu en cosa certa s'ha d'esbrinar si la voluntat del testador era atribuir a l'afavorit la qualitat o el títol d'hereu o bé afavorir-lo exclusivament amb aquell bé o dret.

1.3.2.1.- La institució d'hereu en cosa certa

a) El supòsit.

Hom considera institució d'hereu en cosa certa no només el supòsit en què el testador limita l'atribució a l'hereu a béns concrets (art. 138), sinò també quan la institució d'hereu es limita a coses universals (arg. art. 300,II).

El primer cas no ha de suscitar cap dubte. Contràriament, el segon és més problemàtic. El motiu és la diferent qualificació que reben les universalitats en el CS. L'art. 300,II considera cosa certa (*llegat de cosa única*) les «*universalitats de coses, empreses o altres conjunts agregats de béns o agregats de coses*» i, per tant, no idònies per al títol d'hereu. En canvi, l'art. 183,I considera apte per a un títol universal «*una massa de béns genèricament diferenciada que el fideïcomitent hagi adquirit com a hereu d'una altra persona*». L'art. 183,I és una excepció a la regla general de l'art. 300,II. Ho prova el fet que no es refereix a qualsevol universalitat de béns, sinò exclusivament a les que el testador hagués adquirit per títol d'hereu (normalment fideicomissari).

Existeix encara un altre supòsit en el qual la institució d'hereu en coses universals no es pot comprendre dins de la institució d'hereu en cosa certa. És el cas en què el testador que designa més d'un hereu no els atribueix llur quota hereditària mitjançant una fracció de l'herència, sinò en funció de les qualitats dels béns (instituir un hereu en els béns mobles i un altre els immobles²⁰⁸), o llur situació geogràfica

(208) El supòsit s'ha plantejat a partir de la lectura del del projecte de regulació de la successió formulat G. von SCHMITT, *Begründung* (N.93), *Entwurf* §.54 pàg. 10 [16], i de la seva motivació (*Begründung*, pàg. 120 [236])

(instituir un hereu en el patrimoni situat a la ciutat de Barcelona i un altre en el situat fora de Barcelona). En aquests casos, sempre que les coses universals abastin tota l'herència, l'objecte és universal.

L'art. 140,I "equipara" a la institució d'hereu en cosa certa la institució d'hereu sobre un objecte universal en una titularitat inferior a la que tenia el causant, la institució en l'usdefruit. Tingui's en compte, però, que aquesta equiparació és exclusivament en un moment inicial, per al cas de concurrència o no d'institució d'hereu coetània (art. 140,I). En efecte, el caràcter temporalment limitat de l'atribució ordenada pel testador permet l'existència d'una institució d'hereu per després de la mort de l'instituït en l'usdefruit. Per això, la norma interpretativa per a la institució d'hereu en l'usdefruit que no concorre amb una posterior institució d'hereu (art. 140,II,III) coincideix amb la prevista per a la institució vitalícia d'hereu (art. 139,I,II). En aquest segon moment, la voluntat del causant és irrellevant; només es té en compte el respecte als principis successoris.

b) La norma interpretativa

La contradicció entre el caràcter universal del títol atributiu i el particular dels béns atribuïts es resol inicialment sempre en favor del segon. El títol mitjançant el qual s'adquireix el bé en què s'ha estat instituït hereu és el de (pre)legatari²⁰⁹.

Així es desprèn de l'art. 138,I,II en relació amb el principi de la dualitat de títols establert pels arts. 257 i 268,III que s'aparten de la regulació del prellegat en el dret romà, seguint la via iniciada per la CDCEC²¹⁰. S'admet l'eficàcia del llegat

(209) Que la institució d'hereu en cosa certa és una de les maneres com es por ordenar el prellegat ho afirmava Alexander August VON BUCHHOLTZ, *Die Lehre von den Prälegaten*, Jena 1850, pàg. 253: «*Diese Ansicht beruht zwar nicht auf einer grammatischen Interpretation der Worte in dem Testamente, sondern die Prälegaten sind hier erst durch die psychologische Interpretation der Juristen, dem Geiste der Anordnung des Testators gemäss, entstanden; aber nichtsdestoweniger sind hier wirkliche Prälegaten vorhanden*»

(210) Ramon M.ª ROCA SASTRE, La supressió de la regulació romana del prellegat, a: SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURIDICS, ECONOMICS I SOCIALS, *Miscel.lània BORRELL Y SOLER*, Institut d'Estudis Catalans, Barcelona, 1962, pàgs. 371-397, pàgs. 393-394 justifica la regulació de la CDCEC: «*La Compilació no podia reproduir les normes de Dret romà sobre el prellegat, sinò, al contrari, substituir-les per d'altres que n'eliminassin el mecanisme. I això simplement perquè els testadors, la gent en general, no entenen el joc romà del prellegat, i perquè els professionals del Dret, encara que l'entenguin, no l'apliquen*». Vegeu també, Miguel BILLOCH

imposat pel testador a favor de l'hereu únic (art. 257 CS)²¹¹.

Per tant, la institució d'hereu en cosa certa s'equipara sempre a l'ordenació d'un llegat, quant a la cosa expressament atribuïda²¹².

A més, la institució d'hereu en cosa certa pot generar, eventualment, una crida universal a l'herència²¹³. És el previst en l'art. 138,II. Allò que determina el naixement

BARCELO, El prelegado en el Derecho civil de Cataluña, a: *RJC* 67 (1968), pàgs. 832-875, pàgs. 869-870.

(211) Si els redactors de la CDCEC haguessin mantingut la regulació romana del prellegat, això no hauria estat possible. Ex. Felipe CLEMENTE DE DIEGO, *El prelegado en el derecho romano y en el derecho moderno*, Col. Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación núm. 77, Ed. Reus. Madrid, 1927, pàgs. 58-59: «Dada la teoría romana del prelegado consistente en venir a menos o ser inválido por la porción que pesa sobre el único heredero legatario y ser válido y eficaz por la parte que recaiga sobre las cuotas de los coherederos, claro es que siendo el heredero único y recayendo sobre él todo el gravamen, el prelegado instituido a su favor está amenazado virtualmente de total ineficacia: ipsi sibi (heres) legatum debere non potest, heredi a semetipso legari non potest...». En el mateix sentit, R.M.^a ROCA SASTRE, *Estudios* 1983 (N.182), pàgs. 605-606.

L'instituit hereu en cosa certa, si era hereu únic, adquiria tota l'herència (inclosa la cosa certa) a títol d'hereu. Per això, en el s/XVI, J. CANCELIUS, *Variarum resolutionum* (N.28) III,22,214-218 (pàg. 439) fonamentava la regulació de la institució d'hereu en cosa certa en la salvaguarda del principi *nemo pro parte*. A la CDCEC, la incidència del principi *nemo pro parte* en la regulació de la institució d'hereu en cosa certa no es trobava en l'art. 110, sinó en l'art. 166.

En el Preàmbul del CS (II,2) es vinculen els arts. 138 i 140 amb el principi «d'incompatibilitat de títols successoris». En el mateix sentit, L. PUIG FERRIOL a: *Instituciones II* (N.22), pàg. 52: «l'instituit en cosa certa és a vegades hereu i altres legatari, per tal que prevalguin els principis que informen el sistema successori romano-català, i singularment el que estableix la incompatibilitat entre la vocació testamentària i la intestada». Tanmateix, la vinculació és molt feble, perquè -com a l'art. 110 CDCC- no s'amplia l'objecte de la institució d'hereu establerta pel testador, sinó que es crea una crida addicional a la del llegat. La raó per la qual aquesta crida, a títol d'hereu, abasta tota l'herència no resulta del *nemo pro parte*, sinó del principi d'*universalitat del títol d'hereu* (Preàmbul II,2; arts. 1; 34; 41).

(212) Contràriament, M. BILLOCH BARCELO, *El prelegado* (N.210), inverteix els termes i afirma que «[r]esulta tradicional la equiparación que hace la *Compilación del prelegado con la institución de heredero "ex re certa"*» (pàg. 689).

(213) Que una mateixa fórmula originari coetàniament dues crides diferenciades no és excepcional. També es produeix en la substitució pupil·lar, en què el substitut és cridat a uns béns com hereu de l'impúber i en d'altres com a successor del substituent (art. 172). Segons el títol amb què el substituent hagués atribuït mortis causa els béns a l'impúber (hereu o llegat), la fórmula de la substitució pupil·lar farà nèixer dos títols d'hereu o bé un títol d'hereu (de l'impúber) i un de legatari (del substituent). En el

de la segona crida (l'hereditària) és la concurrència o no d'altres instituïts hereus universalment²¹⁴. D'haver-n'hi, la institució d'hereu en cosa certa només fa nèixer el dret al llegat (art. 138,I). En canvi, si el testador no ha instituït cap hereu universal, la institució d'hereu en cosa certa origina una doble crida: el títol de llegat en relació amb la cosa certa, i el títol d'hereu en l'herència del testador (art. 138,II)²¹⁵, «*sempre que sigui clara la voluntat del testador d'atribuir a l'afavorit la condició de successor en tot el seu dret*» (art. 137 final).

La matisació és important. Si el testador només hagués establert una institució d'hereu en cosa certa i hagués manifestat que l'així instituït s'accontentés amb aquell bé (el supòsit de l'art. 166,I CDCC), de la institució d'hereu en cosa certa només neixeria una crida al llegat. Malgrat l'ús de la paraula "hereu", el testador no ha previst la seva «*successió testada universal*».

c) L'assimetria entre els arts. 138 i 140,I,III.

L'art. 140,I pr. equipara la institució d'hereu en l'usdefruit universal a la institució d'hereu en cosa certa. Tanmateix, la regulació de l'art. 140,I final,III no coincideix amb la de l'art. 138. En l'art. 138 sempre es fa referència a la concurrència amb altres instituïts hereus universals («*hereus instituïts*»). En canvi, l'art. 140,I final,III («*hereu universal*») no es refereix a la clàusula testamentària sinó a l'eficàcia

segon cas, el supòsit seria el més aproximat al de la institució d'hereu en cosa certa.

Deixant de banda que en la substitució pupil.lar concòrren béns de dos causants (impúber i substituent), el que diferencia ambdós supòsits és que en la substitució pupil.lar el cridat no pot acceptar un títol i repudiar l'altre, cosa que sí que es pot fer en el prellegat (art. 268,III). Sobre la dualitat d'herències a la substitució pupil.lar, vegeu l'apartat IV 3.3.1.2. d'aquesta PART I.

(214) Literalment, el CS fa referència a «*hereus instituïts*», en què "instituïts" és adjectiu qualificatiu del nom "hereus". Tanmateix, sembla més correcte emprar el "hereus" com a vocatiu del participi substantivat "instituït", especialment en l'art. 138,I, on els "hereus" resulten ésser «*simples legataris*».

(215) Contràriament, vigent la regulació romana del prellegat, J. MARTI MIRALLES, Principis (N.15), pàg. 62, afirmava «[e]s innegable que els hereus in re certa, quan són veritables hereus, són també llegataris, o, millor dit, prellagataris (sic) de les coses en les quals han sigut instituïts; mes aquesta circumstància merament accidental, no essent exclusiva d'aquesta classe d'hereus, per tal que també els hereus instituïts universalment poden ésser prellagataris, no els hi pot donar una substantivitat o naturalesa jurídica pròpia o determinativa d'una categoria, ni d'uns drets diferents dels altres hereus, als quals se'ls deixa un prellegat».

del títol («o l'instituït no arriba a ésser-ho»).

Això suscita la qüestió sobre la reciprocitat de l'equiparació establerta per l'art. 140,I pr. És a dir, si l'instituït hereu en cosa certa s'ha d'entendre instituït hereu universal en el cas que es frustri la delació dels que havien estat instituïts amb aquest caràcter.

Ex. un testament en què el testador ha instituït hereus universals els seus dos fills i a un estrany en una cosa certa de poc valor econòmic. La concurrència amb els instituïts hereus universals permet interpretar que el testador no volia atribuir a l'instituït hereu en cosa certa el caràcter de successor en una quota del seu patrimoni (art. 137 fin.). Per tant, se l'hauria de considerar legatari (art. 138,I). Què succeiria en el cas que cap dels cridats universalment arribés a ésser hereu (ex. premoriència d'un i repudiació per part de l'altre)?

a) Si es considerés que el testador només volia atribuir a l'instituït hereu en cosa certa aquell bé, perquè concorria amb instituïts hereus universalment (art. 138,I), s'hauria d'obrir la successió intestada. Els hereus intestats haurien de complir els llegats ordenats pel testador (art. 266), entre ells l'atribuït mitjançant institució d'hereu en cosa certa.

b) Si s'apliqués l'art. 140,I, per analogia, l'instituït hereu en cosa certa s'hauria de considerar cridat a tota l'herència, com a conseqüència de la ineficàcia de totes les institucions d'hereu universals.

La doctrina actual segueix la interpretació històricament majoritària²¹⁶, que dona

(216) En el *ius commune*, l'opinió minoritària la va sustentar BALDUS UBALDIS, In Sextum Codicis (N.86), en el comentari a C. 6,24,13 (fol. 73), qui restringia la crida a tota l'herència al supòsit en què els legitimaris haguessin estat cridats en cosa certa: «[4] *Modo revocatur in dubium de hærede extraneo instituto in re certa, relicta aliis universalibus hæredibus repudiantibus, utrum habeat locum ius accrescendi? Videtur quod non, quia testator qui limitavit eum ad certam rem, ✠atis prohibuisse videtur, ne ad aliud admittatur, ut ff de negoc. gestis. l. qui aliena §.liberos et ff ad Trebel. l. Lucius §. qui habebat in fi. et hoc tenet NICOLAUS DE MATARELLUS et JACOBUS BUTRIGARIUS et est glossa expressa ff ad Trebel. l. si quis propriæ quæ dicit, quod non habetur loco hæredis, nisi duntaxat odio querellæ. Hoc etiam patet ex iure quod admittitur, quia per actionem ex testamento, sed [5] actioni ex testamento directa institutio non accrescit, ut infra. de fideicom. l. eam quam. Sed in contrarium tenent GUIDUS DE CUMIS hic, et ff de condi. indeb. l. servo et BARTOLUS quia paria sunt cohæredem non datum, vel inutiliter datum. ad hoc ff de vulg. et pup. l. cohæredi §. fin. Item quia voluntas testatoris manifestissime non refragatur, ut dicto §. si duo. Solutio. In filiis et aliis quibus debetur legitima, accrescere puto universum, nam maxima est ratio: quæ pro liberis facit. Nec obstat... [6] ...: in extraneis vero omnino*

preferència a l'ús de la paraula "hereu". Amb independència que la raó de la no concurrència d'hereu universal (manca d'institució o ineficàcia de la crida), l'instituït hereu en cosa certa que no concorre amb cap hereu universal, s'entén cridat a tota l'herència²¹⁷.

La identitat dels supòsit regulat en els arts. 138 i 140,I fa que l'instituït hereu en cosa certa pugui arribar a ésser cridat a tota l'herència per frustració de la crida a favor de l'instituït hereu universal²¹⁸. Ara bé, tenint en compte la redacció de l'art. 137, això només hauria de tenir lloc quan «*sigui clara*» la voluntat del testador d'atribuir a l'instituït en cosa certa la qualitat d'hereu (art. 137 final).

No és versemblant que un no perit hagi emprat la institució en cosa certa per a ordenar alhora una substitució preventiva de la seva successió intestada²¹⁹ i una atribució de present a favor del substitut. En l'actualitat, aquesta és l'exclusiva funció de la institució d'hereu en cosa certa quan el testador institueix algun altre hereu universal²²⁰.

potest salvari opinio NICO. DE MATA et aliorum. Pone n. quod habens filium instituit eum hæredem universalem: et matri suæ legavit mille: ecclessiam vero parochialem instituit in quinque solidis pro sua anima: moritur filius: nunquid ecclessia habebit totum? Absit. Et si lex diceret, hoc diceret male, quia minus dilectus haberet plus, et excluderet a luctuosa hæreditate parentes argum. ff de cond. et demon. l. Publius §. Titia. Et ista verba, iure institutionis, ponuntur hodie ex consuetudine notariorum: quia non intelligunt quod dicant»

(217) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàgs. 52-53.

(218) Tingui's en compte que l'art. 268,III estableix la plena independència entre les crides a la totalitat de l'herència i a algú dels béns que la componen. L'instituït hereu en cosa certa ha d'acceptar l'herència fins i tot en el cas que ja hagués consolidat l'adquisició del llegat (art. 267,II), perquè l'acceptació del llegat no implica la de l'herència.

(219) Si es qualifica la institució d'hereu en cosa certa com a substitució preventiva de la successió intestada és per indicar que li és d'eficàcia preferent qualsevol altra substitució ordenada a l'hereu instituït universalment, àdhuc la substitució vulgar inclosa en una substitució preventiva de residu (art. 251,III). En canvi, la institució d'hereu en cosa certa és preferent als heretaments preventius (a favor dels fills 93,I; mutual, 99,III) perquè l'eficàcia d'aquests pressuposa la frustració de totes les crides a l'herència ordenades en testament, la darrera de les quals és la generada per la institució d'hereu en cosa certa.

(220) Històricament, la funció de la institució d'hereu en cosa certa havia estat més àmplia. Després que Justinia establís causes tasades de desheretament, la necessitat d'atribuir la llegítima per títol d'hereu, hauria eliminat pràcticament la llibertat de testar de no haver-se pogut limitar l'abast de la institució d'hereu a favor dels legitimaris. Això s'aconseguia instituint-los hereus en cosa certa, amb la qual cosa el

L'instituït hereu en cosa certa seria cridat a tota l'herència en el cas de frustració de la institució universal d'hereu i de les seves substitucions vulgars, ja ordenades expressament, ja de manera implícita en les substitucions pupil·lar, exemplar, fideïcomissària, fideïcomissària de residu o preventiva de residu (arts. 169,II; 205; 248,II; 251,III). Per això, la institució d'hereu en cosa certa s'hauria d'interpretar exclusivament com l'ordenació d'un llegat quan el testador no perit no hagués estat assessorat per un jurista, fedatari o no.

L'objecte de la interpretació del testament és esbrinar la veritable voluntat del testador (arts. 110,I; 137) per a després donar-li o no eficàcia, segons la seva adequació als principis successoris. Desacralitzada la paraula "hereu", l'art. 137 impedeix que els arts. 138 i 140,I siguin d'aplicació automàtica, prescindint de la veritable voluntat del testador. El principi del *favor testamenti* hauria d'ésser sinònim de *favor voluntas testatoris*, encara que en algun cas provoqués l'obertura de la successió intestada.

1.3.2.2.- La institució d'hereu en l'usdefruit de l'herència.

testador conservava la llibertat de testar sense posar en perill la validesa del testament (nul·litat per preterició). Alhora que no s'ofenia els legitimaris, aquests podien reclamar el suplement de llegítima, en el cas que el valor de la cosa no abastés la totalitat de llur llegítima individual, acció que tenia un termini de prescripció molt més llarg (30 anys) que la «*querella inofficiosi testamenti*» (5 anys). A la nota 216 [Baldus C. 6.24.13] hi ha un exemple d'aquesta atribució de la llegítima mitjançant institució en cosa certa.

A Catalunya es podia atribuir la llegítima per qualsevol títol des de la const. *los impubers* (3.^a CYADC I 6,2,2). Això explicaria el perquè els juristes catalans clàssics no es centraren excessivament en la institució d'hereu en cosa certa. En el s/XIX, P. CARDELLACH Y BUSQUETS, *Jurisprudencia* (N.95), pàgs. 791-792) preveia la institució d'hereu en cosa certa com instrument per atribuir quelcom en concepte de llegítima: «*En Cataluña ... , y son válidos todos los testamentos con solo hacer mencion de los hijos, ó con dejarles algo por legado ó institución, porque les queda la accion de suplemento de legitima* Const. 2, tit. 2, lib. 6. vol. 1»

Convé resaltar el formulari de notaria de P.J. PERERA ET BLASCO, *Compendium theoricæ* (N.139), el 1772, perquè en ell es recomana que els llegats s'ordenin mitjançant institució d'hereu en cosa certa: d'aquesta manera intentava evitar la frustració dels llegats ordenats en el cas que l'hereu instituït universalment no arribés a ésser-ho. Aquesta recomanació no és extravagant; ex. també l'havia formulat I.D. DURANTIS, *De arte testandi* (N.59), 6,2,2 (fol. 107v). S'ignora la virtualitat pràctica que pogués haver tingut la reiterada proposta. Per als ulls actuals constitueix un ús injustificat de la figura. Mitjançant la clàusula codicil·lar, també s'independitzava l'efectivitat dels llegats de l'acceptació de la crida hereditària. Obtenir el mateix resultat amb la institució d'hereu en cosa certa podia deformar en molts casos la voluntat del testador.

Ja s'ha vist que es tracta d'un supòsit parcialment equiparat a la institució d'hereu en cosa certa (art. 140,I pr.). Per tant, l'instituït hereu en l'usdefruit l'adquirirà sempre com a legatari.

Eventualment, de la institució d'hereu en l'usdefruit pot nèixer una crida a la resta de l'herència, a títol d'hereu. Això succeirà quan en el testament no hi hagi cap institució d'hereu universal coetània, o bé si l'així instituït no arriba a ésser hereu (art. 140,III), sempre i quan aquesta fos la voluntat del testador (art. 137)²²¹.

Els §.II i III de l'art. 140, a diferència de l'art. 138,II, no esmenten que l'instituït hereu en l'usdefruit que accepti les dues crides adquireixi l'usdefruit de l'herència com a prelegatari. Aquesta interpretació resulta de l'equiparació a la institució d'hereu en cosa certa (art. 140,I). També ho imposa la dualitat de títols (art. 268,III)²²².

La configuració del títol d'hereu que eventualment pot nèixer a favor de l'instituït en l'usdefruit universal de l'herència dependrà de l'existència d'un instituït hereu per a després de la mort de l'usufructuari. Si existeix, es tractarà d'un títol d'hereu fiduciari; si no, d'un títol d'hereu ple i lliure (art. 140,II,III). Però aquesta configuració ja no és una regla pròpia de la institució d'hereu en l'usdefruit sinó que es deriva de l'adequació al principi *semel heres, semper heres* (art. 154,I pr.) i de les regles d'extinció dels fideïcomisos (art. 249,I,1.r)

1.3.3.- La institució d'hereu i els principis successoris.

Els principis successoris del dret català no tenen una incidència directa en les clàusules testamentàries sinó en els títols successoris i, concretament, en el títol d'hereu. S'ha de respectar la incompatibilitat entre els títols d'hereus establerts en "fonaments successoris" de diferent classe (art. 3), tant en l'aspecte coetani (*nemo pro parte*, arts. 41; 141,III) com successiu (*semel heres, semper heres*, art. 154,I pr.). Però la

(221) Altrament, se l'hauria de considerar exclusivament legatari d'usdefruit universal (art. 304) i l'herència es deferiria als successors intestats del testador (art. 322), en defecte de substitut fideïcomissari o preventiu de residu (com a conseqüència de la substitució vulgar implícita, arts. 169,II; 205). En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 54.

(222) L'afirmació del text es fa amb l'exclusiva finalitat de remarcar la dualitat de crides per diferents títols adquisitius. Això no obsta que el dret real d'usdefruit s'extingeixi per consolidació amb el dret de propietat (art. 513.3º CC).

salvaguarda d'aquests principis només afecta de retruc la institució d'hereu, en la mesura en què el títol d'hereu que genera s'ha d'adequar als principis successoris²²³.

1.3.3.1.- El principi *nemo pro parte*

No poden concórrer a una mateixa successió hereus testamentaris i hereus intestats (art. 3,II). Per això, el testador hauria de preveure la destinació de tots els seus béns. És possible que el testador no hagi instituït hereu per a una quota de l'herència. En aquest cas, el CS estableix l'increment forçós de les quotes dels hereus (arts. 41 final; 141,III final)²²⁴.

1.3.3.2.- El principi *semel heres, semper heres*

El principi que el Preàmbul anomena com la *perdurabilitat del títol successori* (Preàmbul II,2) es troba formulat en l'art. 154,I pr.: «*el qui és hereu ho és sempre*». D'ací resulta que «*es tenen per no formulats en la institució d'hereu la condició resolutòria i els terminis suspensiu i resolutori*»²²⁵. Hom pot apreciar que, en aquests casos, la salvaguarda al principi successori no s'obté a partir d'una modificació del títol d'hereu sinó sobre la font del títol. Es considera que la institució d'hereu no està sotmesa a cap element accidental. Per això, el títol d'hereu que d'ella neix és "pur" (arts. 139,II; 140,III).

a) El termini suspensiu.

La raó per la qual no s'admet el termini suspensiu és que no té caràcter retroactiu, a diferència de la condició suspensiva (art. 154,II). En el període de pendència, s'haurien de cridar a l'herència els hereus intestats, la qual cosa aniria a més contra el principi *nemo pro parte*. Per això s'admet la institució sotmesa a termini suspensiu, si el testador institueix un hereu per a que cobreixi el període de pendència del termini suspensiu. És la substitució fideïcomissària a termini, en què el termini

(223) Existeixen d'altres límits que ha de tenir en compte el testador, com les prohibicions de succeir (art. 147). Ara bé, no són específics de la institució d'hereu i excedeixen l'objecte del treball.

(224) E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22), pàg. 209.

(225) Atès que la incompatibilitat es produeix exclusivament entre els títols d'hereu, aquest límit no existeix per a ordenar llegats (arts. 263; 264)

actua com a suspensiu de l'adquisició de l'hereu fideicomissari.

S'ha de matisar, per tant, la inadmissibilitat del termini suspensiu en la institució d'hereu. Això només es produeix quan el testador sotmet a termini suspensiu la institució d'hereu del cridat en primer lloc. Les successives institucions d'hereu (els fideicomissaris) es poden sotmetre a termini suspensiu. Per tant, i malgrat l'art. 154,I, si el testador vol que un individu sigui el seu hereu només a partir d'una data, pot ordenar vàlidament la institució d'hereu a termini suspensiu (fideicomissària) si institueix un hereu anterior (fiduciari), és a dir, si estableix una substitució fideicomissària a termini (art 185,I; 186,II; 228,I).

b) El termini resolutori.

La seva admissibilitat significaria que l'hereu deixaria d'ésser-ho a partir d'un moment. La infracció del principi establert a l'art. 159,I pr. és obvia. Per això, a diferència del termini suspensiu, no té excepcions²²⁶.

En els arts. 139 i 140,II,III es preveuen dos supòsits en què el testador ha fixat una durada temporalment limitada al títol d'hereu. A l'art. 139, la institució d'hereu és vitalícia. A l'art. 140,II,III, la durada limitada és dedueix d'haver instituït l'hereu en l'usdefruit de l'herència.

La mort de l'instituït hereu hauria d'operar com a termini resolutori de la seva titularitat. No pot ésser una condició resolutòria perquè no hi hauria incertesa sobre el fet condició que provocaria la pèrdua retroactiva de la titularitat²²⁷.

(226) En la substitució fideicomissària a termini, el termini suspensiu per al fideicomissari no és resolutori per al fiduciari. Si ho fos, l'arribada del termini provocaria la pèrdua automàtica de la qualitat d'hereu, àdhuc en el cas que el fideicomissari hagués renunciat prèviament al fideïcomís, o hi renunciés una vegada produïda la delació. Tant si la substitució fideicomissària és a termini o condicional, la pèrdua de la qualitat d'hereu per part del fiduciari no es produeix pel venciment del termini o el compliment del fet condició, sinò per l'adquisició del fideïcomissari (art. 235,II). L'hereu fiduciari és pur, però no és lliure sinò gravat. El termini i la condició són elements accidentals del gravamen i, per tant, només afecten al fideïcomissari. Aquest és el sentit de l'afirmació de R.M.^a ROCA SASTRE, Estudios 1948 (N.187), pàg. 39: «*En la fase pendente, el fiduciario es un propietario de los bienes fideicomitidos, sujeto a condición resolutoria en cuanto al contenido patrimonial hereditario. Por otro lado, el fideicomisario tiene un llamamiento sujeto a condición suspensiva, que actúa, no sobre los bienes o commodum, sino sobre su titularidad de heredero*»

(227) No es pot emprar l'art. 155,II per postular que es tracta d'una condició. L'art.

Els arts. 139 i 140,II,III apliquen la norma general, l'art. 154,I, que considera el termini com a no posat. Per això el títol d'hereu és "pur" (arts. 139,II; 140,III). Si el testador no ha instituït un hereu per a després de l'instituït hereu vitalíciamment o en l'usdefruit, el títol d'hereu, a més de "pur", és "lliure" (*esdevé hereu universal, pur i lliure*) (arts. 139,II; 140,III). En cas contrari, l'hereu "pur" està gravat de restitució i, en conseqüència «té el caràcter d'hereu fiduciari» (arts. 139,I; 140,II rel. amb l'art. 182).

En ambdós casos, la substitució fideïcomissària es qualifica com a condicional en aplicació de l'art. 155,II. L'art. 140 pressuposa que el testador no ha fixat cap límit a la durada de l'usdefruit i que, en conseqüència, té caràcter vitalici. Si el testador hagués establert un termini cert per a la durada l'usdefruit, caldrà interpretar la fórmula per determinar si ha establert una substitució fideïcomissària condicional o a termini.

c) La condició resolutòria.

La inadmissió de la institució d'hereu sotmesa a condició resolutòria té un caràcter absolut. Si el termini resolutori no s'admetia perquè algú que havia estat hereu deixava d'ésser-ho, la inadequació de la condició resolutòria amb els principis successoris és més accentuada com a conseqüència de l'eficàcia retroactiva de la condició. El compliment del fet condició resolutori implicaria que el fins aleshores hereu no ho hauria estat mai.

Tanmateix, el testador pot aconseguir resultats equivalents si el compliment del fet condició no es casual o mixt, sinó potestatiu de l'instituït. Quan la producció del fet condició és potestativa de l'instituït, es pot formular la condició resolutòria com a suspensiva negativa sense assenyalar un termini per al compliment del fet condició (art. 156). Per comptes d'instituir hereu X i sancionarlo amb la pèrdua de la qualitat d'hereu si estudia una determinada carrera, instituir-lo hereu només si no estudia aquella carrera.

La inexistència del termini implica que la incertesa sobre el compliment del fet condició durarà tota la vida de l'instituït condicionalment, amb la qual cosa aquest no podria gaudir mai de la qualitat d'hereu. Per això, en aquests casos, l'hereu instituït sota condició suspensiva pot obtenir la possessió provisional de l'herència (art. 154,III)

155,II regula un termini suspensiu incert: «...la institució d'hereu ordenada per a després de la mort d'una altra persona...».

si afiança el reembossament d'aquesta i dels seus fruits «en el cas de contravenir a la voluntat del testador» (art. 156)²²⁸.

1.3.4.- La confirmació d'una institució d'hereu.

L'art. 130,III considera suficient per a la validesa del testament la confirmació total o parcial de la institució d'hereu del testament anterior que es declara subsistent, «encara que el testament posterior no contingui institució d'hereu». Literalment, l'art. 130,III admet testaments sense institució d'hereu. Però tingui's en compte que l'art. 130,III no es refereix tant a la clàusula testamentària com a una determinada fórmula d'expressar-la.

Si el testament posterior només confirma parcialment la institució d'hereu del testament anterior, es indubtable que s'haurà d'esmentar per activa o per passiva als instituïts hereus que es confirmen. Per això, amb independència de les paraules emprades (fòrmula) també existirà una institució d'hereu (clàusula). Per la mateixa raó, la confirmació expressa de tota la institució d'hereu d'un testament anterior també seria una nova institució d'hereu.

D'aquesta manera la qüestió queda reduïda a determinar com s'ha de confirmar la institució d'hereu del testament anterior. En concret, si es pot considerar confirmada la institució d'hereu per la simple declaració de subsistència del testament revocat (ex. "vull que la resta de la meva successió es regeixi pel testament atorgat el dia tal"). Possiblement aquest supòsit excedeix de la lletra de l'art. 130,III, però és versemblant que la jurisprudència l'entengués suficient, atès que la confirmació del negoci també ho és del seu contingut.

2.- El testament sense institució d'hereu del Dret local de Tortosa.

(228) El testador també pot ordenar una substitució fideïcomissària condicional (arts. 185,I; 186) per a que l'instituït hereu perdi la titularitat dels béns hereditaris com a conseqüència de produir-se un fet. Es el supòsit que presenta sota la rúbrica *Institució con condició resolutoria* P. AVILA NAVARRO, Formularios (N. 203), pàg. 226.

Però els seus efectes no són tant similars als de la condició resolutòria. La pèrdua de la qualitat d'hereu no té caràcter retroactiu. El fiduciari no haurà de tornar els fruits percebuts (art. 213,I). A més, perquè el fiduciari perdi la titularitat dels béns cal la supervivència del fideïcomissari en el moment en que es compleix el fet condició (art. 186,III), i que aquest renunciï al seu dret al fideïcomís abans (arts. 227,I; 235,I) o després (art. 231,II) del compliment del fet condició.

Els costums de Tortosa permetien que el testador distribuís tota l'herència en llegats sense haver d'instituir hereu en el testament²²⁹.

La incidència d'aquesta peculiaritat del Dret tortosí en el concepte de testament fou ignorada pel gran comentador dels Costums, Bienvenido Oliver²³⁰. En canvi, J. Martí Miralles va entendre que la no necessitat d'institució d'hereu en el testament tortosí es devia a que els costums empraven el concepte testament en sentit ampli, incloent tant el testament com el codicil²³¹. La interpretació de J. Martí Miralles era

(229) Després de fixar en el §.I que «en tot testament pot lo testador establir hereu o hereus, quals qu'es vulla, ab que sien persones que de testament puxen pendre», el §.II del costum II de la rúbrica IV del Llibre VI (*Cost.T.* 6,4,2,2) establia: «Encara si en son testament departira sos bens, pot o fer e departir que no y fara ne y establira hereu ni hereus, si no's vol, et val aquel testament et es ferm et estable per tots temps, que no's pot rompre ni revocar; per ço, car es costuma que testament sense establiment o institució d'hereu, que val y es ferm, sens contrast y embarc de nuyla persona».

De la distribució de tota l'herència en llegats també se n'ocupava *Cost.T.* 6,9,18,2: «Mas si lo testador, no feent hereu, fa plus de lexes que les sues facultats no basten, per sou e per liura, deu esser defalcat a cascu dels legataris de les lurs lexes, aytant com son més les lexes, que no son les facultats; pero si en lo testament ha establít hereu...». La cita dels costums és presa de Bienvenido OLIVER (1836-1907), *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa por el Doctor D. ... III, IV*. Impr. Miguel Ginestá, Madrid, 1879, 1881, IV, pàgs. 274 i 300.

Juan J. Permanyer, *Exposición histórico-crítica de las Costumbres de Tortosa*, a: FOGUET, Ramon, FOGUET MARSAL, José, *Código de las Costumbres escritas de la ciudad de Tortosa a doble texto, traducido al castellano del más auténtico ejemplar catalán*, Imprenta Querol. Tortosa, 1912, afirma que *Cost.T.* 6,4,2,2 prové del *Fuero Juzgo*.

És difícil determinar la freqüència de la pràctica de distribuir tota l'herència en llegats sense instituir hereu. Nuria CAÑELLAS I VILAR, *Els Costums de Tortosa i la seva pràctica al segle XV: el llibre de testaments de Bernat Vicens, Notari de Tortosa*, a: Fundació Noguera, *Actes del I Congrés d'Història del notariat català*, Barcelona, 1994, pàgs. 515-547, descriu el contingut de 159 "actes" atorgats en el s/XV, 156 testaments i 3 codicils: només «4 testadors que representen un 2,6% no han designat cap hæredem universalem, omnia bona et iura mea».

(230) B. OLIVER *Costums* (N.229), III, pàgs. 11, 34, considerava que en els Costums no es diferenciava entre testament i codicil. La conclusió no era fruit de la igualació de solemnitats internes, sinó de les externes: «*La Cost. I de la Rúb. De ordenació de testaments, exige unos mismos requisitos externos para la validez de las últimas voluntades*». «*Aunque tampoco lo declara dicho Código, creemos que la institución de heredero puede hacerse en testamento, en codicilo y en cualquier acto de última voluntad, desde el momento en que quedaron abolidas las diferentes solemnidades* [només s'ha referit a les externes] que distinguian estos actos segun el derecho romano».

(231) J. MARTI MIRALLES, *Principis* (N.15), pàgs. 120-121: «*lo que feu la costum*

correcta en la seva època, però no es pot continuar sostenint. Martí Miralles havia d'interpretar els costums («*ius municipale*») com una excepció al «*ius commune*», per la qual cosa intentava que es desviessin el mínim de l'establert en aquest, màxim quan l'excepció _com succeeix en aquest cas_ feia trontollar el mateix concepte de testament²³².

El context en què es troba avui el Dret civil català ha canviat substancialment. Tot i que la nova legislació sigui «*especialment respectuosa amb els principis clàssics i amb la tradició jurídica recent*» (Preàmbul II,1), la interpretació (i integració) mitjançant el recurs a la tradició jurídica catalana s'ha de fer des del dret actual, «d'acord amb els principis generals que inspiren l'ordenament jurídic de Catalunya» (art.1,II CDCC).

No es pot afirmar que en els arts. 125,III i 136,I la paraula «*testament*» estigui usada inicialment en sentit estricte però que en la referència final al Dret de Tortosa ho sigui en sentit ampli, referint-se al codicil, sobre tot havent-se establert _des de la CDCEC_ la conversió automàtica del testament sense institució d'hereu en codicil (art. 125,IV). En el CS, així com a la CDCEC, el testament sense institució d'hereu atorgat a Tortosa és un testament²³³.

Sembla que, com en els *Costums*, la clau de la innecessària institució d'hereu en el testament tortosí es troba en l'art. 271,IV fin. (art. 222 CDCC): «*el legatari pot prendre per si mateix la possessió del llegat..., i també a Tortosa, si tota l'herència està distribuïda en llegats*».

La distribució de tota l'herència en llegats es pot haver ordenat en testament o en codicil (art. 252,I)²³⁴. Si el causant empra el codicil, els hereus (ja siguin instituïts

tortosina, a l'establir espresament la no necessitat d'institució d'hereu, ..., va ser, donar nom de testaments a les darreres voluntats que no contenen institució d'hereu, sense destruir l'estructura successòria romana dels testaments que contenen institució d'hereu» (pàg. 121).

(232) J. MARTI MIRALLES, Principis (N.15), pàg. 127: «*No apareixen aquestes afirmacions expressament fetes en el llibre de les Costums; les dedueixo del conjunt de les seves disposicions, combinant-les amb les del Dret comú o romà, que salivant les modificacions en ell introduïdes per dit còdic local, i les del Dret general de Catalunya, s'ha de considerar amb ple vigor en l'indicat territori*».

(233) E. ROCA TRIAS, El testamento (N.74), pàgs. 334-336.

(234) S'exclou la memòria testamentària, també prevista en l'art. 252,I, perquè no

en un testament anterior o cridats per la llei) podran detreure la quarta falcídia (art. 274,I). Si opta pel testament, el causant sotmès al dret general haurà de nomenar un marmessor universal (art. 315,II) de lliurament del romanent dels béns (art. 315,III; 316,III). Altrament, les seves disposicions només valdran com a codicil (art. 125,III;IV). La peculiaritat del dret de Tortosa és que permet excloure els hereus intestats de la successió, mitjançant la distribució de tota l'herència en llegats sense haver de nomenar marmessor universal²³⁵. En canvi, si atorguessin un codicil, no exclourien els hereus intestats²³⁶.

Que en el testament tortosí no calgui instituir hereu, no altera el concepte de testament, entès com negoci mitjançant el qual s'ordena la completa destinació mortis causa de l'herència del causant. Això diferencia el testament tortosí sense institució d'hereu del codicil, tenint en compte, a més, que el testament és autònom mentre que el codicil és accessori d'un fonament successori²³⁷.

Només hi ha testament si s'ordena la completa destinació de l'herència i, per tant, el negoci és autònom. Per aixó, un document redactat per un causant sotmès al dret de Tortosa, amb els requisits de l'art. 120, en el que només ordenés un llegat, no tindria la consideració de testament. Si el causant l'hagués qualificat com a tal, s'hauria d'aplicar l'art. 125,I,IV: nul.litat per atipicitat i conversió en codicil. Hom pot objectar que l'art. 125,III final el salva de la nul.litat, però es replicaria que la raó de la nul.litat no és la manca d'institució d'hereu sinó la no correspondència amb algun dels tipus

és apta per distribuir tota l'herència en llegats, art. 123,II.

(235) En aquest sentit, E. ROCA TRIAS, *El testamento* (N.74), pàgs. 322; 339-340.

(236) En el mateix sentit, E. ROCA TRIAS a: *Institucions II* (N.22) pàg. 199.

Contràriament, per a l'art. 222,III CDCC, Lluís PUIG FERRIOL, *Els principis successoris romans: present i futur*, a: *Càtedra de Dret civil català Duran i Bas, Materials de les III Jornades de Dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori*, Barcelona, 1985, pàgs. 39-59, considera que «*continua essent vàlida la tesi de MARTI I MIRALLES [Principis, pàgs. 125-126], que asimila els legataris als hereus que hagin acceptat a benefici d'inventari i, per tant, també en aquest cas resta en vigor el principi que qualsevol causant ha de tenir un successor universal o hereu*» (pàg. 46).

(237) En contra, E. ROCA TRIAS, *El testamento* (N.74), pàg. 334, qui considera que, una vegada unificades les formalitats de testaments i codicils (art. 105,III CDCEC), «*lo único que diferenciará en la actualidad a los codicilos de los testamentos será su contenido*».

previstos en el CS.

És més problemàtic qualificar com a testament o codicil el negoci jurídic testamentari en què el testador amb veïnatge local de Tortosa ordena parcialment la seva successió establint, entre d'altres disposicions a títol particular una substitució pupilar²³⁸. Per qui considera que la qualificació del negoci depèn exclusivament del seu contingut, podria ésser un testament. Tanmateix, sembla que la incompleta regulació de la destinació de la totalitat de l'herència del causant impediria qualificar-lo de testament.

Queda examinar la possibilitat de distribuir efectivament tota l'herència en llegats, atès el caràcter particular del títol de legatari. En primer lloc, el testador s'ha de limitar a ordenar llegats amb eficàcia real i de tracte únic. Amb eficàcia obligacional només podria ordenar subllegats. També cal que el testador s'asseguri de que no s'oblida de cap bé amb la qual cosa es donaria entrada als hereus instituïts en el testament anterior o, en el seu defecte, els intestats.

A priori, el testador tindria dos mecanismes per distribuir tota l'herència en llegats:

1.- el llegat de part alíquota: distribuir tota l'herència en llegats de part alíquota presenta l'aventatge de no oblidar-se de cap bé, però planteja a l'interpretar el dubtes sobre si el testador ha instituït hereus amb l'expressió «legatari» (ex. art. 137 final: *«atribuir a l'afavorit la condició de successor... en una quota del seu patrimoni»*). La configuració del llegat de part alíquota en el CS palesa que no és aquesta classe de llegat la prevista específicament en l'art. 271,IV CS. En efecte, el llegat de part alíquota té el caràcter d'obligacional (art. 305,I), la qual cosa presuposa l'existència d'alguna *«persona facultada per a complir els llegats»* (art. 271,I), ja sigui un hereu o un marmessor. Si el testador nomena un marmessor de lliurament directe del romanent dels béns hereditaris, una vegada satisfets els creditors de l'herència, és versemblant que es tendeixi a

(238) Segons E. ROCA TRIAS, El testamento (N.74), pàg. 335, el testament tortosí sense institució d'hereu pot contenir vàlidament les disposicions que la CDCEC no admetia per al codicil (art. 105). Aquesta i la substitució exemplar són les úniques atribucions patrimonials exclusives del testament que el testador pot ordenar sense establir alhora una institució d'hereu, de manera implícita. L'esmentada autora considera que hi hauria «un llamamiento tácito a todos los herederos abintestato» si el testador ordenés una substitució fideïcomissària universal, o imposés una condició als hereus intestats.

qualificar els destinataris de les quotes del romanent de l'herència com a hereus²³⁹.

2.- el llegat de «cosa determinada genèricament» (art. 295,II), o de «coses, empreses o altres conjunts unitaris de béns o agregats de coses» presenta l'aventatge no eixecar suspicàcies a l'interpret sobre la idoneïtat de l'expressió «legatari», però es pot oblidar d'incloure algun bé, sobre tot si la successió no s'obre en un període de temps relativament curt respecte de l'atorgament del testament.

3.- Els testaments sense institució d'hereu en el Dret català general. El testament liquidatori. El testament successori sense institució d'hereu.

3.1.- Els marmessors universals de l'art. 315,II CS

L'art. 315,II CS disposa que *«[e]l nomenament de marmessor universal substitueix la manca d'institució d'hereu en el testament, fos quina fos la destinació de l'herència»*.

L'art. 315,III CS (236,III CDCEC) distingeix entre dues classes de marmessors universals: el marmessor de realització dinerària de l'herència i el marmessor de lliurament del romanent dels béns.

La doctrina que s'ha ocupat del marmessor universal en dret català tracta la institució de manera unitària. Generalment, només es té en compte la distinció entre ambdues modalitats de marmessor universal per referir-se a llurs respectives facultats²⁴⁰. La sistemàtica dels textos legals (arts 237 CDCEC i 316 CS) propicia aquest tractament de la figura. Tanmateix, una o altra modalitat de marmessor es troba subjacent en la descripció general que la major part de la doctrina fa de la institució. Qui considera que el marmessor universal s'interposa entre el causant i l'hereu, en assumir temporalment

(239) J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Panorama (N.2) I,67 pàg. 157, afirma que *«si el testador hubiere excluido tal responsabilidad personal [pels deutes del testador] a los que nombrare herederos, éstos no serían tales, sino legatarios de parte alícuota, o universal de ser sólo uno, con las mismas consecuencias dimanantes, lo mismo que si como tales legatarios los hubiese nombrado»*. D'ací resulta que un mitjà per a deixar clar que el testador volia atribuir als afavorits la qualitat de legatari de part alícuota consistiria en excloure la responsabilitat personal per deutes.

(240) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàgs. 188-189. En el mateix sentit ja s'havia pronunciat en relació a la CDCEC, El albaceazgo N.14, pàgs. 140-142.

algunes de les funcions del segon²⁴¹, generalitza el marmessor universal de lliurament del romanent. Qui, en canvi, veu en el marmessor un liquidador de béns, que provoca que els destinataris finals dels béns no puguin ésser considerats "successors" del causant²⁴², generalitza el marmessor de realització dinerària de l'herència.

Ja s'ha vist en el Capítol I que la funció del marmessor universal en ambdues modalitats és substancialment diversa. El marmessor universal de lliurament del romanent dels béns liquida el passiu provocat per la successió: els deutes del testador i els deutes de l'herència. El cabal hereditari net és lliurat a les "persones designades pel testador" (art. 315,I), que poden considerar-se "successores" del testador²⁴³, ja siguin a títol d'hereus o de legataris²⁴⁴.

En canvi, el marmessor universal de realització dinerària de l'herència no es limita a extingir el passiu hereditari, sinò que també ho fa amb l'actiu, per donar a allò obtingut la inversió o la destinació ordenades pel testador (art. 316,II final)²⁴⁵. En

(241) Ex. J. RUBIES MALLOL, Arts. 136-147 CS (N.176), pàgs. 1052; 1078. Amb caràcter general, J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Panorama (N.2) I pàgs. 214; 278.

(242) J.M.^a PUIG SALELLAS, Sobre el albaceazgo (N.4), passim. Nega que àdhuc els designats pel testador com hereus tinguin aquest caràcter perquè l'activitat del marmessor impedeix llur responsabilitat *ultra vires* pels deutes del causant (ex. pàgs. 104-106).

(243) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL, El albaceazgo (N.21), pàg. 135.

(244) En aquest sentit, per a la CDCEC, Ramon FOLLIA CAMPS, Cuando es universal el albacea. La revocación del testamento en la Compilación. La cláusula codicilar y el derecho transitorio. Sentencia de 29 de septiembre de 1971, a: Càtedra Duran i Bas, *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia IX* (1971), pàgs. 183-215: «...y así al disponer el 237 en el albaceazgo de entrega directa que partirá la herencia de no haber contador partidor, parece postular la coexistencia de albacea universal con los herederos y legatarios» (pàg. 197). L'equivalent a l'art. 237 CDCEC en el CS és l'art. 316,III final.

(245) L'art. 4 LFP diferencia entre "inversió" i "destinació". El §.I es refereix a béns «destinats amb caràcter permanent al compliment directe de les finalitats fundacionals»; el §.2 ordena que la inversió de la resta de la dotació en béns fructífers. Per tant, la "inversió" es predica dels diners i la "destinació" dels béns no fungibles, preferentment immobles.

En canvi, a l'art. 316,II final CS, la "inversió" i la "destinació" van referides exclusivament a diners. Per això el significat de les expressions ha d'ésser diferent. "Destinació" assenyalaria que tots els diners es consumirien de cop (ex. lliurament a una fundació ja constituïda, construcció d'un monument funerari, ...), mentre que "inversió" indicaria que la finalitat volguda pel testador es finança amb els fruits del

aquest cas, falta un presupòsit objectiu per a que pugui existir la "successió" del testador: després de la intervenció del marmessor no subsisteixen les relacions jurídiques de què aquell era titular i que no es varen extingir amb la seva mort.

El marmessor universal de lliurament del romanent dels béns s'incardina dins d'un procés successori; el marmessor de realització dinerària en una liquidació.

El tractament unitari de la marmessoria per part de la doctrina ha portat a considerar els arts. 236,II CDCEC i 315,II CS com a preceptes generals, sense diferenciar si el marmessor universal a què es refereixen era un marmessor de lliurament directe del romanent o de liquidació de l'herència²⁴⁶.

En efecte, la doctrina més estesa considera que l'art. 315,II, com l'art. 236,II CDCEC, es refereix a qualsevol marmessor universal i afirma que l'existència de marmessor universal no exclou l'existència d'hereu. S'està pensant en el marmessor de lliurament directe del romanent a uns destinataris instituïts hereus²⁴⁷. El marmessor es

capital.

(246) Constitueix l'exepció un *Informe emès per l'ACADEMIA DE LEGISLACIO I JURISPRUDENCIA* el novembre de 1984 (publicat a: Parlament de Catalunya. Direcció d'Estudis Parlamentaris. Servei de documentació, biblioteca i arxiu. *Documentació parlamentària 4. Projecte de Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya*. Setembre 1991, pàgs. 418-434), en què, de lege ferenda es proposava que «[e]l marmessor universal, ..., hauria de quedar reduït al que la *Compilació anomena "marmessor de realització", el que més enllaça amb l'hereu de confiança, encara que llurs atribucions són molt diferents, però en cap supòsit als marmessors de lliurament, els quals haurien d'ésser assimilats als contadors-partidors»* (pàgs. 426-427)

(247) L. PUIG FERRIOL a: *Institucions II* (N.22), pàg. 187, considera que de l'art. 315,II «no se'n pot deduir que el marmessor universal desplaci la figura de l'hereu, sinò que aquest marmessor també concorre en el procés successori amb l'hereu, perquè d'acord amb l'article 315.1 CS, aquests marmessors han de lliurar l'herència "en la seva universalitat" a les persones designades pel testador, i si aquestes persones l'adquireixen en la seva universalitat, ho fan a títol d'hereu segons els arts. 1 i 137 CS».

Quant a la CDCEC, aquest autor era de la mateixa opinió a *El albaceazgo* (N.21), pàg. 135. Contràriament, Fr. GINOT LLOBATERAS, *La antigua cláusula* (N.11), afirmava que el nomenament de marmessor universal en codicil «*suplen el llamamiento de heredero ab-intestato*» (pàg. 644), perquè el vinculava amb el marmessor del testament visigòtic, que regulaven successions en què no intervenia hereu (pàg. 640).

Quant al testament visigòtic a Catalunya, vegeu G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil*, Barcelona 1918 [facsimil, 1985], pàgs. 112-113, 249-251: «*Principian con el nombramiento de*

situaria en un espai intermedi entre el testador i l'hereu, una part de les funcions del qual ocupa transitòriament²⁴⁸. Segueix aquesta direcció, la STSJC 22-VII-1993 (Ponent Dr. Puig Ferriol)²⁴⁹.

albaceas (manumissores, elemonsinarii) y *disposición a favor del alma, y siguen con multitud de legados sin haber institución de heredero*» (pàg. 112-113). Per a les solemnitats de l'atorgament i sobre la intervenció del marmessor, vegeu Jean BASTIER, *Le testament en Catalogne du IX au XII siècle, une survivance wisigothique*, a: *Revue Historique du droit français et étranger* 3 (1973), pàgs. 374-417, qui assenyala que el concepte romà de successió no comença a reaparèixer fins a començaments del s/XIII. «*L'institution d'héritier apparaît, timidement, en Catalogne au debut du XIIIe siècle dans quelques actes*» (pàg. 316). «*Jusque-là, les dispositions testamentaires consistent en une longue enumeration d'objets à donner*» (pàg. 401). Exemples concrets es poden veure a l'apèndix documental d'A.M. UDINA ABELLO, *La successió testada a la Catalunya Altomedieval*, Col. Textos i Documents. Fundació Noguera, Barcelona, 1984. Els Costums de Lleida (1228) recolliren el testament visigòtic (L.III Rubr. *De testamentis*: «*Ad solemnitatem testamenti suficiunt duo testes, nec sigillantur testamenta et valet cum manumissoribus et sine manumissoribus testamentum*»; Rubr. *De hereditibus*: «*Non instituuntur heredes nominatim per consuetudinem set fiunt manumissores in testamento qui rogantur sic, "precor ut dividant omnia bona mea sicut inferius apparebit"...*» (P. LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, *Costumbres de Lérida*, Barcelona, 1946, pàgs. 66-67).

A les successions regides pels esmentats testaments no existeixen hereus sinò que es nomenen uns marmessors als quals s'encomanen unes funcions equivalents a les que la CDCEC (art. 237,III) i el CS (art. 316,III) atribueixen als marmessors universals de lliurament del romanent dels béns. En els casos en què el destinatari de l'atribució és l'ànima, la semblança es produeix amb els marmessors de realització dinerària dels béns (arts. 237,II CDCEC; 316,II CS). Constatada la similitud, sembla agoserat deduir de l'esmentada semblança que l'art. 236,II CDCEC i el 315,II CS regulin el testament visigòtic. Similitud no implica necessàriament descendència directa. L'art. 236,II CDCEC té un origen immediat divers, com es veurà en l'epígraf següent.

(248) En aquesta matèria, la referència de la doctrina catalana és J. BINDER, *Derecho de sucesiones* (N.14), pàg. 195: «*La institución del ejecutor testamentario afecta a la situación jurídica del heredero, en cuanto que mediante ella se le arrebatan a éste y se transmiten a un tercero importantes funciones relacionadas íntimamente con dicha situación, de modo que tal institución puede ser considerada como una tajante limitación de la situación normal del heredero*».

(249) FD 3.ª §.2: «*Precisa, a més a més, l'article 236 de la Compilació que "el nomenament de marmessor universal substitueix la manca d'institució d'hereu en el testament, sigui quina sigui la destinació de l'herència", i aquesta substitució de l'hereu pel marmessor universal implica, en l'aspecte que ara interessa, que el protagonisme que en els casos generals assumeix l'hereu en el procés successori, aquest protagonisme es transmeti al marmessor universal que voluntàriament ha designat el causant de la successió, que desenvolupa les funcions de gestió del patrimoni hereditari que en els casos generals s'atribueixen a l'hereu per la seva condició de continuador de les relacions jurídiques del seu causant, i que es tradueixen en unes facultats de prendre*

És evident que la concurrència d'hereus amb marmessors universals (que seran de lliurament del romanent del béns) pressuposa un testament en què el testador fa referència a uns (en la clàusula "institució d'hereu") i als altres (mitjançant el "nomenament de marmessors"). Per això la segona clàusula (el nomenament de marmessors) no ha de suplir la manca de la primera (la institució d'hereu), perquè aquesta ja existeix en el testament.

L'art. 315,II CS (com el 236,II CDCC) es refereix a clàusules testamentàries, mentre que la interpretació que es refusa s'ocupa de delacions ja acceptades²⁵⁰. La interpretació literal del precepte evidencia que només en els casos en què el testament no conté la clàusula "institució d'hereu", la clàusula "nomenament de marmessor universal" constitueix un requisit per a la validesa del testament.

Els supòsits en què el nomenament de marmessors universals constitueix el requisit per a la validesa del testament són dos. El principal és el "testament liquidatori", en què el testador nomena un marmessor de realització dinerària de l'herència per a que s'encarregui de la successiva liquidació del passiu i de l'actiu hereditaris.

L'altre supòsit és el nomenament de marmessor de lliurament directe dels romanent dels béns, quan el testador ha atribuït als destinataris finals dels béns la qualitat de legataris. Només quan el testador ordena la distribució de tota l'herència en llegats, la clàusula en què es nomenen els marmessors de lliurament del romanent dels

possessió de l'herència, d'administrar-la, de disposar dels béns hereditaris i d'executar els actes materials i processals adients per tal de donar compliment a la voluntat del testador».

(250) Amb aquesta mateixa interpretació L. PUIG FERRIOL, El albaceazgo (N.21), pàg. 137) sosté que «[d]e este ap. 2.º, art. 236 [CDECEC] cabe también deducir que mediante el nombramiento de albacea universal puede el causante instituir heredero a persona no nacida ni concebida al tiempo de la apertura de la sucesión, superando así los obstáculos que para este tipo de institución parecen derivarse de los arts. 29 y 758 C.c.».

Si el causant institueix hereu a un *concepturus* en el moment d'ordenar el testament (i, eventualment, en morir), en el testament hi ha una clàusula d'"institució d'hereu", que no ha d'ésser suplerta per la de "nomenament de marmessor universal".

La interpretació que es comenta utilitza un requisit de validesa del testament per resoldre una qüestió relativa al títol d'hereu. La confusió podria provenir de la paraula "institució". En dret català, "institució d'hereu" no és "la institució jurídica de l'hereu". La primera és una part de la declaració de voluntat del testador; si es vol, una clàusula testamentària. La segona seria el títol d'hereu, que neix de la institució d'hereu.

béns supleix la inexistent clàusula d'institució d'hereus. Quan el testador encomana al marmessor que que lliuri l'herència neta o una quota part («en la seva universalitat», art. 315,I CS) a les persones que li assenyala, aquestes adquiriran els béns a títol d'hereu. En aquests casos, l'existència d'institució d'hereu fa que no calgui substituir la seva manca.

Per tant, l'art. 315,II CS permet configurar el testament liquidatori i el testament successori sense institució d'hereu. Com es veurà tot seguit, l'origen de l'art. 315,II estava vinculat al que hem anomenat "testament liquidatori". Tanmateix, la seva àmplia formulació permet incloure-hi la distribució de tota l'herència en llegats.

3.2.- De «*manumissor habeatur loco hæredis*» a «*nominatio manumissoris habeatur loco hæredis institutionis*».

Tradicionalment s'havia admès que l'instituït hereu pogués ésser Déu, o l'ànima²⁵¹, o els pobres²⁵². Constituïen una modalitat testamentària privilegiada, el

(251) Ex. B. TRISTANY, Decisiones (N.140), II 31,21, pàg. 16: «*pia causa nutu institui potest hæres Durant(is) quæstiones iur. quæst.25 p.131. Amostazo [de causis piis in genere et in specie libri 8.] cap.26 n.29 quia quæ ad piæ causæ dispositiones ordinantur, uti in Deum factæ iudicantur. Rubeus. de testam. cap.5 n.30 et 31*».

Les fórmules emprades en el s/XIX són similars: J. MORELLO, Colección (N.97), pàg. 344: «*Y en los demes bens meus etc. Instituesch hereu universal a Deu N. S. Jesucrist y a la mia anima, volént que per dits senyors mos marmessors sian tots mos bens presos ab benefici de inventari y venuts en publich encant al mes donant; y lo resultant de ells, junt ab lo diner comptant que sem trobará, ho convertescan en la celebracio de tants aniversaris, missas resadas y altres pios sufragis cuants celebrar se podran de la caritat en las iglesias y per los sacerdotes que millor los apareixerà, per remey de la mia anima y demes de ma obligacio; conferint per est efecte als predits senyors marmessors meus tots los poders y facultats oportunas*». F.M. FALGUERA, Formulario 1836 (N.91), pàg. 176; Formulario 1862 (N.97), pàg. 273; Formulario 1888 (N.97), pàg. 392.

Ja a les portes del s/XX, M. DURAN Y BAS, Memoria N.116, pàg. 191: «*En Cataluña es bastante común instituir por heredera al alma del testador, y el Tribunal Supremo ha reconocido la validez de esta institución: á veces se instituye a Dios Nuestro Señor. Lo que se ha establecido por el uso, en Tortosa está permitido por disposición legal según el párrafo final de la costumbre antes citada [Cost.T. 6,4,2,3]; y las instituciones de esta naturaleza se entienden ad pias causas*».

(252) BARTOLUS A SAXOFERRATO (1313/14-1357), *Prima super infortiato...* MDXXX, l.illa institutio ff de hæredibus instituendis (D. 28,5,32) núms. 9,10 (fol. 128v): «*Ultimo quaero, in testamentis quae fiunt tota die dicitur, instituo pauperes Christi, quos talis eliget: nonne est contra legem istam illa institutio? CYNUS in l.captatorias. C. de testament. milit. dicit, tunc valet institutio: quia non substantia*

testament *ad pias causas*, el qual, juntament amb el testament *parentum inter liberos*²⁵³, estava desprovist de pràcticament tota solemnitat²⁵⁴.

En ambós casos, la peculiaritat de l'instituit hereu provocava que el marmessor universal ocupés el lloc de l'hereu cridat²⁵⁵, ja fos en primer grau («*habeatur loco*

institutionis confertur in alterius arbitrium, sed personae electio... Quaero, quid si dicat quis instituo pauperes Christi, quos talis elegerit. Quaero qd convenientur interim antequam elegerit pauperes? Respondeo. Ille fideicommissarius habetur loco haeredis per l.si quis ad declinandam. ea iuncta l.nulli. C. de episcop. et cleric.» [per remissió de P. DURAN, Tractatus (N.58), III,4,28 pàg. 74].

(253) Joannis Petrus FONTANELLA, Decisiones N.144, I 51,7 pàg. 105: «*Favor liberorum et favor piæ causæ æquiparantur. MESTRIL. decis.132, n.20 et 50. CLARUS §.testamentum quæst.7 et 9. Covarruvias. cap.relatum in 1. n.9 de testam. ALVARUS VALASCUS consult.74 n.14. SURDUS decis.292 n.14 et cons.258 n.20*»

(254) B. TRISTANY, Decisiones N.140, II,31,24 (pàg. 16): «*Sileant omnes solemnitatis iuris positivi in dispositionibus piis. FONTANELLA. decis.50 n.21... Corruant apices iuris, quæ non attendentur in causis piis, omninoque sunt vitiandæ*».

(255) Per tots, Alvarus VALASCUS (1526-1593), Opera omnia juridica, civilia, canonica et feudalia. In quibus singulares quæstiones deciduntur... 1.2. Decisionum, consultationum ac rerum judicatarum in regno Lusitanæ. ... Collonia Allobrogum, 1740, Consult. 68,3-4 (pàgs. 140-141): «*...quia percurri omnes, quos mihi licuit legere Dd. loquentes de exsequutoribus universalibus, datis in testamento, non instituto herede universali: et non docent habere vicem heredum institutorum, nisi in casu, quando sunt exsequutores universales in testamento ad pias causas, in quo relinquitur heres vel anima defuncti, vel pauperes Christi, & ita allegando Inocenc. in cap. cum tibi, de testament. ubi dicit esse casum, loquitur & docet BARTOL. l.alio. n.3 & 6 ff de alim. et cibar. legat. idem BARTOL. l.hereditas, 2. ff de hered. inst. et in l.centurio, n.21. et ibi ALEX[ANDER TARTAGNUS] n.78 ff de vulg. DECIUS l.fin. n.26. C. de edicto Divi Hadriani. JACOB. MENOCH. de adipiscen. 4. remed. n.268. Et hos exsequutores vicem heredum habere, volunt omnes in d. cap. cum tibi. ALEX in cons.45 n.12. vers.nec secundum eum. lib.1. et cons.4. n.13. lib.2. et in cons.98. in fin. lib.2. RIPA d. l.centurio, n.105. et est communis opinio secundum Boer. decis. 204 n.47. PERALTA in l.si quis in principio testamenti, n.22. de legat.3. ita etiam loquitur text. in l.si quis ad declinandam, in vers., licentia, C. de Episc. et cleric. Et ratio est, favor causæ piæ, propter quam ita disponitur in exsequutoribus universalibus ad pia, ut vicem heredum habeant. Et ideo scripsit TIRAQUELUS in tract. le mort. decl.5 n.11. exsequutores ad pia esse multo favorabiliores aliis. Et sic in aliis exsequutoribus universalibus ad non pia, non idem ius est, ut habeant vicem heredum.*» [per remissions de Franciscus ROMAGUERA (s/XVII), Constitutiones Synodales Diocesis Gerundensis. In unum collectæ, renovatæ et auctæ sub Illustrissimo et Reverendissimo Domino Fr. Michæle Pontich, episcopo gerundensi, Regio consiliario, etc. Sumptibus Hieronymi Palol, Gerundæ MDCLXXXI, III,VII,7,10 (pàg. 119) i de J. COMES, Viridiarum N.16, 2,10,17 (pàg. 408).

hæredis) o successiu («*habeatur loco fideicommissarii*»)²⁵⁶. Entengui's "ocupar el lloc" c o m e x e r c i t a r les facultats pròpies de l'hereu²⁵⁷. Tingui's en compte, però, que quan el destinari de l'herència era Déu o l'ànima, hi havia institució d'hereu. En canvi, quan el testador encomenava amb paraules oblíquies als seus marmessors que distribuïssin [*distribuantur*] l'herència entre els pobres, podia no existir institució d'hereu²⁵⁸.

En l'actualitat, no es considera que Déu, l'ànima o els pobres puguin ésser hereus, atès el caràcter indeterminat de l'instituit²⁵⁹. Tanmateix, s'admet que el testador

(256) P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), II pàg. 196 [pàg. 530]; José A. Mirete, De la institución de heredero, a: *RGLJ XIX* (1861), pàgs. 384-388. Per això, en el s/XIX s'afirma que no cal qualificar el marmessor com a universal o particular, perquè aquesta circumstància ja es derivava de la mateixa institució d'hereu (F.M. FALGUERA, Apuntes (N.70), pàg. 394; F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, Teórica (N.91).

S'ha de remarcar que els APUNTES 1841, (N.122) sobre el derecho de Cataluña 1841, ja explicitaven el caràcter indeterminat de l'instituit hereu: «*Los universales son los nombrados en aquel testamento, en que el Testador no ha instituido por heredero á alguna persona determinada, sino á su alma, á Dios Nuestro Señor, á los pobres en general, ó algun lougar pío...*» (pàg. 17).

(257) Ex. M. ALIAGA BAYOT, *Arte de testar* (N.149), pàg. 100: «*los albaceas universales tienen nombre de herederos y se juzgan tales por todos modos:= los cuales ejercen todas las acciones activas y pasivas; y por lo tanto pueden demandar y ser demandados, en juicio y extra, de la propia suerte que podia el testador y se podia contra él, viviendo*». Semblantment, F.M. FALGUERA, Apuntes (N.70), pàgs. 393-394: «*Universales son: los nombrados en un testamento en que se ha instituido herdero que no puede accionar y defenderse por si mismo. Tal sucederia si se instituyese heredero al alma, pues ésta no podría comparecer en juicio, sino que por ella lo harían los albaceas*».

(258) J. COMES, *Viridiarum* (N.16), pàgs. 407-408: «*Universales exequutores sunt quando testator nullos scripsit hæredes in specie, seu Dominum nostrum Deum, et animam ipsius testatoris hæredem, seu pauperes Christi instituit hæredes universales generaliter, vel aliquem locum pium, vel si universa bona sua iussit per eius manumissores, seu exequutores distribui pauperibus, non instituendo hæredes, quibus casibus singulari iure, propter pietatem valet testamentum l.nulli licere, 28 ubi BARBOSA n.40, l.si quis ad declinandam, 37 ubi BARBOSA n.16 C. de episcop. et cler. ... Et huiusmodi manumissores habent nomen hæredibus et censentur omnibus modis hæredes...*».

(259) L'art. 750 CC estableix que és nul·la qualsevol atribució a favor de persona incerta. És possible que els redactors de la CDCEC es veiessin influïts per aquest article i l'art. 747 CC, que fa referència a atribucions «*en beneficio del alma*». Per a l'evolució històrica d'aquestes atribucions en el dret de Castella, vegeu José MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO, *Herencias en favor del alma en el Derecho español*, Ed.

pugui atribuir béns a causes pies o públiques. En aquests casos l'herència (o una quota part, art. 315,III) està «destinada» (art. 33,II; 315,II), o «deixada» (arts. 20,IV; 33,II), o «disposada» (art. 163,I,II) «per a sufragis o als pobres» (art. 20,IV), o «als pobres i... finalitats benèfiques, docents o pietoses» (art. 33,II), «per a sufragis i obres pies» (art. 163,I), «a favor dels pobres» (art. 163,II), «per a fins piadosos, benèfics o docents» (arts. 233,I), «per a fins benèfics o docents» (art. 277,III), «a finalitats d'interès públic o general» (art. 317,II). La comparació dels dos paràgrafs de l'art. 33 CS és molt il·lustrativa. En la concessió *ex lege* del benefici d'inventari no es produeix cap reiteració. Es distingeix entre subjectes de dret, amb personalitat jurídica (en el §.I, «entitats o establiments benèfics, docents o de caràcter pietós») i finalitats sense personalitat (en el §.II, «finalitats benèfiques, docents o pietoses»)²⁶⁰.

La gran transformació experimentada pel testament amb marmessor universal és conseqüència d'aquest canvi. Atès que pròpiament les causes pies i públiques no poden ésser hereus, a partir de la CDCEC es canvia l'objecte de la regulació. Es passa de les crides efectives (una vegada oberta la successió) a les clàusules testamentàries; de «*manumissor habeatur loco hæredis*» a «*nominatio manumissoris habeatur loco hæredis institutionis*».

Quan el marmessor exercitava les funcions de l'hereu, existia un hereu, en interès del qual actuava el marmessor. El marmessor suplía l'hereu quan exercia facultats pròpies d'aquest en compliment del seu càrrec. Per això no ha d'extranyar que a les fonts històriques es faci referència als marmessors de les causes pies per comptes dels marmessors del causant.

En canvi, quan el nomenament de marmessor passa a suplir la institució d'hereu

Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

El CS no té un precepte general que estableixi que l'afavorit pel testador ha d'ésser una persona determinada o determinable. Aquest requisit s'obté de la regulació concreta. ex. arts. 226,I; 254,II; 265,II.

(260) L'art. 334,I pr. del Projecte d'Apèndix de 1930 establia que «[l]os albaceas universales son los designados por el testador cuando instituye heredero a Dios, a su alma, a los pobres, o a una causa pía, o a una causa docente, entendiéndose instituídas estas dos últimas cuando el testador, sin hacer expresa institución de heredero, ordena invertir su herencia en fines piadosos o benéficos la primera y en fines culturales o docentes la segunda». Destinar els béns a una finalitat s'entenia com a una institució implícita d'hereu a favor d'una causa pia o pública, segons el cas. En l'actualitat el criteri seria l'invers: entendre la institució d'hereu a favor d'una causa pia o pública com destinar l'herència a una finalitat.

(arts. 236,II CDCEC, 315,II CS), el testador no crida cap hereu a la seva successió i, conseqüentment, el marmessor no pot actuar en interès d'aquest, sinó del causant²⁶¹. La

(261) És difícil precisar l'evolució doctrinal al llarg dels segles en aquesta matèria. Només es donaran dues breus pinzellades. La primera serveix per il·lustrar un problema d'interpretació de textos. És gaire bé anecdòtica però molt il·lustrativa per trobar-se en un llibre amb disposicions canòniques. En el s/XVII, Fr. ROMAGUERA, *Constitutiones* (N.255), III,7,6,10 (pàg. 119) nega que hi hagi hereu quan l'instituit és Déu: «*Cumque nostra Synodalis intelligetur de executoribus universalibus... qui in caso nostro quo nullus est institutus hæres, sed tantum Deus Dominus noster, aut testatoris anima, seu pia aliqua causa vices hæredis sustinet, repræsentantque personam testatoris...*». És possible que dins la frase hi hagi una el·lisió i que el seu significat sigui equivalent a la següent, pronunciada a finals del s/XVIII: «*Universales sunt == Quando testator nullos scripsit hæredes in specie; sed Dominum Deum, et animam testatoris, seu pauperes Christi hæredes instituit, vel aliquum locum pium, vel iussit universa bona sua vendere, seu distribuere pauperibus per eius manumissores, qui hoc habent nomen hæredis, et exercent actiones activas et passivas*» (Cfr. [P. PAGES,] *Artis notariæ* (N.139), pàg. 151)

A continuació es reproduceix una il·lustrativa polèmica suscitada el 1881 entre el notari galleg Juan Deogracias CARREIRA i Félix M.a FALGUERA: J. CARREIRA, *Cuestiones notariales*. Pregunta 59 del programa de oposiciones. ¿El alma humana figura en la contratacion en calidad de cosa ó de persona? a: *GN XXIX* núm. 40 (1880, 3-X), pp. 625-626; Félix M.a FALGUERA, *El alma humana en la contratacion*, a: *LN XXIV* núm. 1207 (1881, 23-V), pp. 9467-71; amb el mateix títol, CARREIRA a: *GN XXX* núm. 26 (26-VI), pp. 401-405; FALGUERA a: *LN XXIV* núms. 1221 i 1222 (1881, 29-VIII i 5-IX), pp. 9580-9584; 9587-9592; CARREIRA, a: *GN XXX* (1881, 16-X), pàgs. 657-661; FALGUERA, a: *LN XXIV* núm. 1230 (1881, 31-X), pàgs. 9654-9656, i a: *LN XXIV* núm. 1236 (1881, 12-XII), pàgs. 9697-9699. Sobre la qüestió encara es pronunciaria posteriorment La REDACCIO LN a: *LN XXV* núm. 1252 (1882, 3-IV), pàg. 9795.

Malgrat el caràcter genèric, FALGUERA, en cloure's la polèmica, matisa que «*cuando redactamos la pregunta 59 del programa de oposiciones entendimos hablar del alma del testador, que es la que acostumbra a ser instituida heredera en algunos testamentos en el territorio catalán*» (pàg. 9665).

Falguera defensava la postura tradicional: «*cuando se deja la herencia al alma del testador es evidente que esta adquiere derechos y obligaciones, y que por consiguiente, reviste el carácter de persona jurídica, y si bien son los albaceas los que ejercitan los derechos y cumplen las obligaciones y los que otorgan los contratos que debería otorgar el alma del testador, lo hacen como representantes, y el alma no deja de figurar en el contrato como representada, y en su consecuencia como como sujeto y no como objeto del contrato. Los autores de derecho dicen que cuando el testador instituye heredera a su alma, los albaceas se denominan universales y se consideran vice-herederos: no herederos sino vice-herederos, es decir, que hacen las veces de heredero, que representan al heredero y ejercitan las acciones que corresponden al heredero, porque este no puede ejercitarlas por sí, de la misma manera que cuando se instituye heredero á un impúber, le representan los tutores...*» (pàgs. 9468-9469).

En canvi, CARREIRA adoptava la tesi més moderna: «*El alma humana, del mismo modo que Dios, aunque es un ser real, no tiene comunicación con el hombre,*

"suplència" ja no es predica per justificar les facultats del marmessor, sinò per acomplir un requisit per a la validesa del testament. La regulació del testament a la CDCEC (com en el CS) pren en consideració exclusivament el testament successori amb institució d'hereu. Per això es dóna entrada al testament liquidatori substituïnt un element del tipus d'aquell, la "institució d'hereu", pel "nomenament de marmessor".

3.3.- Els testaments de l'art. 315,II.

a) El testament liquidatori.

L'art. 315,II («fos quina fos la destinació de l'herència») es refereix primordialment a una finalitat, sigui benèfica, docent, pietosa o de qualsevol altra mena (ex. protecció d'animals, ecològica, ...). És a dir, al testament liquidatori, per a la validesa del qual cal nomenar un marmessor de realització dinerària de l'herència (art. 315,III; 316,II).

b) El testament successori sense institució d'hereu.

L'art. 315,II també permet configurar el testament en què es distribueix tota l'herència en llegats a favor de determinats individus, sense instituir hereu, el que s'ha qualificat com a testament successori sense institució d'hereu.

Encara que, com s'ha vist, el CS empra habitualment l'expressió «*destinació*» en relació amb alguna "finalitat", això no impedeix que es pugui referir a persones determinades. Ho palesen els art. 150,I i 315,I final, on s'utilitza el terme «*destinació*» per al·ludir als afavorits per la confiança. Donar al testador la possibilitat de prohibir

y éste, al satisfacer sus creencias y sus deseos para despues de que deje de existir en la tierra no puede considerarla fuera de sí, sino con uin fin ú objeto á que ha de destinar lo que valga y produzca su herencia. Así es que necesariamente en esta clase de instituciones, además del alma, que es el objeto, hay el albacea ó fideicomisario que es el sujeto que tiene la acción y la personalidad del causante para hacer efectivos sus derechos, para responder de sus obligaciones y para realizar los bienes con cuyo producto ha de procurar el bien por el alma instituida en obras de piedad o de caridad. En conclusion: de hecho el alma humana figura en la contratacion como persona; pero no figura así porque lo sea, sino porque se finge que lo es; pero en realidad el alma humana no puede ni debe figurar sino como objeto de la institucion, y el sujeto o la persona que representa al testador es el albacea que con este carácter ó con el de fideicomisario debe hacer la aplicación de la herencia» (1880, pàg. 626). CARREIRA seguia fil per randa la doctrina del TS. La distinció entre marmessor i fiduciari es deu als supòsits que resolien, respectivament, les STS 24-XII-1866 i 15-III-1864.

la revelació de la confiança (art. 152,I), indica l'existència d'un destinatari que és persona física o jurídica, la identitat de la qual es vol mantenir oculta. A més, en el cas de caducitat parcial de l'herència de confiança (art. 135,II mig), la crida dels que en aquells moment serien hereus intestats del causant és a títol de legataris, la qual cosa evidencia l'existència d'un hereu testamentari. Per tant, una «destinació» possible de l'herència pot ésser afavorir persones determinades²⁶².

Les persones determinades a qui van "destinats" els béns hereditaris en l'art. 315,II no poden adquirir l'herència a títol d'hereu, perquè l'article presuposa la inexistència d'aquests («manca d'institució d'hereu»). Per tant, l'art. 315,II dóna recolzament legal al testament en què el testador distribueix la seva herència en llegats.

Per a la validesa d'aquest "testament successori sense institució d'hereu", l'art. 315,II exigeix el nomenament d'un marmessor universal (de lliurament del romanent dels béns), la persona «facultada per al lliurament» dels llegats (art. 271,II;III rel. 316,III). També caldrà que s'atribueixin tots els béns als afavorits. L'encàrrec encomanat al marmessor de lliurament directe del romanent pot limitar-se a una quota hereditària²⁶³. Però aleshores se surt del supòsit de l'art. 315,II, perquè no està davant d'un fonament successori autònom: les altres quotes seran adquirides per hereus testamentaris o intestats.

3.4.- Especial consideració del testament liquidatori

Vist des de l'actualitat, hom pot considerar que l'admissió de Déu o de l'ànima

(262) Aquest possible contingut de la voluntat del testador queda palès en l'art. CCLXIV,II pr. de la M. DURAN Y BAS, Memoria (N.116), pàg. 369: «Revelada la confianza, si por ella pasan la herencia ó el legado á otra persona, cesa aquel carácter en los que por el testamento lo tengan y lo adquiere la persona designada. Si los bienes deben repartirse en especie, ó venderse y repartirse su producto entre diversas personas ó para objetos especiales, continuarán en su carácter de herederos o legatarios los nombrados en el testamento».

La diferent conseqüència jurídica quan els afavorits són «la persona designada» o «diversas personas», especialment quan no es produeix la transformació del patrimoni hereditari net («repartirse en especie») porta a entendre que «diversas personas» no és qualsevol pluralitat de designats, sinó un grup genèric de persones, ex. pobres, malalts.

(263) En aquest sentit L. PUIG FERRIOL, El albaceazgo (N.21), pàg. 130, a qui segueix Manuel ALBALADEJO GARCIA, *El albaceazgo en Derecho español (común y catalán)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pàg. 63. En aquest cas, les facultats del marmessor es trobaran limitades per la necessitat d'actuació conjunta amb la resta de cohereus cridats que hagin acceptat llur delació.

com a hereus no era sinò una argúcia retòrica per a encabir dins d'un àmbit successori la liquidació del patrimoni del causant. Des d'aquest prisma, la regulació actual s'hauria limitat a esmentar les coses pel seu nom.

Però la transcendència de la transformació operada en els arts. 236,II CDCEC i 315,II CS és molt superior. A més de permetre que la destinació de l'herència del causant es regeixi per diferents fonaments, posa en evidència una normativa pensada exclusivament per a la successió a títol d'hereu del testador.

a) En la mateixa regulació del marmessor de realització d'herència es troba un exemple. L'art. 316,II preveu que aquest marmessor compleixi llegats.

Abans de la CDCEC, quan la finalitat a què anaven destinats els béns estava instituïda hereva, el gravat era l'hereu (art. 259,I). En la regulació actual, no hi ha cap subjecte gravat pel llegat²⁶⁴. En cap cas ho és el marmessor²⁶⁵, per la qual cosa hom hauria de considerar que aquests llegats graven el cabal relicte. En l'art. 316,II no s'ha tingut en compte la transformació operada per l'art. 315,II; es continua presuposant una causa pia o pública instituïda hereva i gravada per llegats.

b) La regulació dels hereus i dels legataris de confiança també es continua fonamentant en l'existència d'un hereu, àdhuc quan pròpiament hi ha una liquidació del patrimoni del causant. Per això la "conversió" en marmessors dels hereus i legataris de confiança tan bon punt han revelat la voluntat del testador (art. 153,II CS; 121,II CDCEC)²⁶⁶. Això provoca les següents disfuncions.

Quan es produeix la caducitat parcial de l'herència de confiança, són cridades a l'herència les persones que en aquell moment resultessin ésser hereus intestats del

(264) Aquests llegats no podrien gravar a algú que adquireix del causant béns que no formen part del cabal relicte. És a dir, no podrien ésser llegats a càrrec del donatari mortis causa (art. 259,I; 395,I) o del beneficiari d'una assegurança de vida (art. 259,I). No sembla que el marmessor universal tingui la legitimació necessària per a complir-los, perquè l'art. 316,I el «*faculta*» «*per a possessionar-se de l'herència*», però no per a prendre possessió de béns de titularitat aliena.

(265) Existeix la possibilitat que el testador ordeni un llegat a favor del marmessor (que podria complir la funció de remunerar-lo, art. 314,I,III), llegat gravat alhora per un subllegat (art. 259,I). L'art. 316,II no es refereix a aquests llegats.

(266) Per M. DURAN Y BAS, Memoria (N.116), art. XXIX (vegeu el text a la N.264), els hereus i els legataris de confiança no perdien llur qualitat («*carácter*») si el testador havia atribuït el patrimoni hereditari net a una finalitat («*objetos especiales*»), amb independència de la seva transformació («*venderse y repartirse su producto*») o no («*en especie*»).

causant (art. 135,II). Se les crida com a legataris de part alíquota perquè es pressuposa que en la part no afectada per la caducitat hi ha, com a mínim, un hereu, i es vol evitar la concurrència d'hereus testamentaris i intestats en la successió, en salvaguarda del «*nemo pro parte*»).

És possible que en la confiança coneguda s'ordenés la destinació dels béns a una finalitat. A partir de la CDCEC, aquesta finalitat no té títol d'hereu. Per aquesta raó, una part del patrimoni del testador és líquida i l'altra part és adquirida pels qui serien successors intestats a títol de legatari de part alíquota. En altres termes, el resultat a què s'arriba és la coexistència d'una liquidació testamentària i una successió intestada sense hereu²⁶⁷.

c) Si la caducitat és del llegat de confiança produeix «*la seva absorció total o parcial per l'herència*» (art. 135,II final). Si el testador va instituir hereu, el caràcter expansiu d'aquest títol justifica aquesta absorció, com la de qualsevol altre llegat (arts. 267,II; 42,III). Què succeeix si el testador va atribuir els béns a una finalitat, que no té títol d'hereu i la manca de personalitat de la qual impedeix considerar-la «*persona gravada amb el dit llegat*» (art. 42,III final)? S'ha d'obrir la successió intestada per aquests béns de manera que concorrin liquidació testamentària i successió intestada?

El testament parcialment liquidatori.

La marmessoria universal de realització d'herència no ha d'ésser necessàriament de tota l'herència, sinó que es pot referir exclusivament a una quota (art. 315,III pr.). Això permet l'existència d'un testament parcialment successori i parcialment revocatori²⁶⁸.

(267) Contràriament, la regulació de la caducitat total o parcial del llegat no s'ha vist afectada pel canvi introduït per la CDCEC, i conservat en el CS. L'art. 135,II final CS final estableix que serà absorbit per l'herència, aplicant la mateixa regla que els arts. 267,II.

En canvi, l'art. 42,III subjectivitza la mateixa regla en disposar que "la part vacant del llegat resta en benefici de l'hereu, del legatari o de la persona gravada pel llegat". Es una norma incompleta perquè no preveu el cas en què el testador hagi ordenat llegats tot i haver decidit la liquidació de la seva herència: els llegats que ha de complir el marmessor de realització dinerària dels béns (art. 316,II).

(268) Malgrat l'art. 315,III, les facultats del marmessor universal de realització d'herència (art. 316,II) estan pensades exclusivament per al supòsit en què el testador ha ordenat la total liquidació del seu patrimoni. Això plantejarà el problema de decidir si en aquests casos el marmessor actúa sobre la totalitat de l'herència o bé només en la

Aquest testament s'ha vist molt afectat per la pèrdua de la condició d'hereu per part de la finalitat a què van destinats els béns. Abans de la CDCEC, la destinació del patrimoni del causant tenia un únic fonament. L'actual legislació fa possible el trencament de la unitat de fonament amb que s'ordena la destinació de l'herència.

Un exemple ho il·lustrarà. El supòsit és un testador que vol deixar la meitat de la seva herència al seu nebot i destinar l'altra meitat a una finalitat benèfica. Abans de la CDCEC, hauria instituït hereus per parts iguals al nebot i a la finalitat benèfica, per a la que hauria nomenat un marmessor. Després de la CDCEC, instituirà el nebot hereu en la meitat dels béns i nomenarà un marmessor universal per a que s'encarregui de la meitat destinada a una finalitat benèfica.

Si el nebot no volgués o no pogués acceptar la delació rebuda, en el testament atorgat abans de la CDCEC, la finalitat benèfica hauria estat cridada a tota l'herència, com a conseqüència de l'expansivitat del títol d'hereu que provoca l'acreciment. Si l'atorgament del testament fos posterior a la CDCEC, la finalitat benèfica rebria exclusivament la part de l'herència a què fou cridada pel testador, i s'obriria la successió intestada. Per tant, la liquidació de la meitat del patrimoni serà testada i la successió en l'altra meitat intestada.

No deixa de sorprendre que un ordenament que permet això imposi alhora la incompatibilitat de fonaments successoris. Formalment no es trenca el principi «nemo pro parte», perquè no hi ha concurrència d'hereus testamentaris i intestats. Tanmateix, ¿què diferencia la coexistència d'hereus testamentaris i intestats de la coexistència de la liquidació d'una part de l'herència amb la successió (testada o intestada) en l'altra?.

A més, la compatibilitat entre successió i liquidació no ha d'ésser necessàriament coetània, sinó que també pot ésser successiva: ex. el testador que ordena que en el cas que el seu hereu mori sense fills es destini el cabal relicte (o el seu romanent) a una finalitat, per a la qual cosa nomena un marmessor. L'art. 186 no preveu que el fideïcomissari no tingui personalitat. Si s'admet que el marmessor universal de

part que s'ha de liquidar. En el primer cas, tindria totes les facultats que preveu l'art. 316,II, però hauria d'adoptar el doble caràcter de marmessor de lliurament del romanent en la part en què hi ha successió i de realització en la part que es liquida, excedint en molt el nomenament efectuat pel testador. En el segon cas, el marmessor no podria actuar fins que es produís la partició, llevat que el marmessor decidís vendre la quota hereditària a liquidar a l'hereu o a un estrany, en el qual cas hi hauria tempteig/retracte a favor dels hereus (art. 51,I).

realització d'herència supleixi la manca d'institució d'hereu en primer grau, també s'hauria d'admetre la mateixa suplència en una crida successiva. En aquest cas, no hi haurà un nou titular que prengui la condició d'hereu al fiduciari, de manera que es serve el principi *semel hæres, semper hæres*. Ara bé, es trunca la successió del testador substituint-la per la liquidació del seu patrimoni. Fins a quin punt continua vigent el principi de perdurabilitat del títol successori?

CAPITOL IV.- EL TESTAMENT COM A NEGOCI JURIDIC

1. Voluntat testamentària i voluntat de testar.

Seguint a F. BADOSA²⁶⁹, cal diferenciar entre la voluntat testamentària i la voluntat de testar. La primera equival al contingut del testament ("expressa la seva voluntat", art. 111,I). La segona consisteix en l'atribució de voluntat negocial a la declaració anterior.

1.1.- La voluntat de testar

La voluntat de testar és «*el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición*» (art. 1953,1.º LEC). És l'*intent de testar* de 'art. 103,I CDCC.

En els testaments que no s'atorguen davant fedatari públic, l'existència de voluntat de testar és determinant per a la qualificació com a testament de la declaració de voluntat expressada mitjançant escrit hològraf, o oralment davant testimonis. Només d'aquesta manera es pot tenir la certesa de que el declarat pel testador era veritablement un testament, per comptes d'un projecte o, fins i tot, d'una declaració *iocandi causa*.²⁷⁰

Hi ha diversos mecanismes per a comprovar l'existència de la voluntat de testar.

En el testament nuncupatiu (oral), la voluntat de testar es dedueix principalment del caràcter pregat dels testimonis. Que el testador els hagués convocat amb la finalitat específica de manifestar-los la seva darrera voluntat, eliminava els dubtes sobre el valor

(269) Ferran BADOSA COLL, a: KIPP, Theodor, Derecho de sucesiones por... Traducción de la Decimoprimerá revisión de Helmut COING Profesor en la Universidad de Frankfurt/M. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón M.ª ROCA SASTRE, Registrador de la Propiedad y Notario. Volumen primero. Segunda edición al cuidado de Luis PUIG FERRIOL... y FERNANDO BADOSA COLL... Bosch, Casa Edit. Barcelona, 1976, §.17, pàg. 197: «*La confección del testamento está constituida propiamente por la declaración de voluntad que constituye el contenido dispositivo del mismo. El otorgamiento es la declaración de voluntad, diversa de la anterior, dirigida a que la primera valga como expresión de su última voluntad, es decir, como testamento*».

(270) Segons M. de la CAMARA, El Notariado latino y su función, a: RDN 19 núm. 76 (abril-juny 1972), pàgs. 65-321, pàgs. 152-153, «*no basta escribir una declaración para que esta exista. Es necesario que quien escribe quiera efectivamente que lo escrito valga como declaración. En los documentos autógrafos esto sólo acontece, como regla general, cuando el autor del escrito firma éste. Mientras tanto, y salvo casos excepcionales [els arts. 1228 i 1229 CC], el escrito ni es declaración ni documento*».

que el testador volia atribuir a la seva declaració de voluntat²⁷¹.

L'afirmació anterior no ve contradita per l'art. 103,I CDCC, el qual exigia l'*intent de testar* en el testador i el caràcter pregat dels testimonis per a la validesa del testament sacramental. Es tractava d'una reiteració, com a conseqüència de la modificació del dret local de Barcelona vigent abans de l'entrada de la Compilació. El cap. 48 del Reconoverunt Proceres (CYADC II 1,13) només exigia la presència dels testimonis, sense precisar que fossin pregats^{272,273}.

Quant al testament hològraf, la voluntat de testar permet diferenciar-lo d'escrits del testador en què faci recomanacions o fins i tot de simples projectes de testament²⁷⁴. La voluntat de testar s'evidencia, segons el TS, si consta amb claredat que la disposició és per a després de la mort del declarant, si la destinació de béns té caràcter imperatiu (amb independència de les paraules), A partir de la sistematització d'aquesta jurisprudència, T. F. Torres afirma que la voluntat de testar es dedueix del caràcter

(271) José Gonzalo de las CASAS, La rogación de los testigos en los testamentos, a: GN XXVIII núm. 20 (1879, 18-V), pàgs. 305-309: «...*al decir que los testigos de un testamento deben ser llamados y rogados, quiere expresarse jurídicamente hablando, no solamente que no se encontraban allí por casualidad é incidentalmente, y sin intencion de oirlo ni escuchar el testamento, sino que, por el contrario, fueron especialmente convocados, citados, llamados para aquel exclusivo objeto á ruego, por súplica del testador mismo para que tuviesen a bien, una vez convocados y reunidos en un solo acto, ver y oir su última voluntad*» (pàgs. 306-307)

(272) *Item est consuetudo, quod si aliquis fecerit testamentum presentibus testibus, in terra, vel in mari, ubicumque sit, in scriptis, seu ultimam voluntatem, etiam aliquo Notario non presente in ipsa voluntate verbo tenus dicta, vel scripta, quod valeat ipsa ultima voluntas, sive testamentum, dum testes qui inter fuerunt ipsi ultimæ voluntati, vel testamento, infra sex menses ex quo fuerint in Barchinona iurent in Ecclesia Sancti Justi, super Altare Sancti Felicis Martiris, præsentem Notario qui tale testamentum confecit, et aliis personis, quod ipsi testes ita videntur, et audierunt scribi, seu dici, sicut in illa scriptura continetur, sive in ultima voluntate, verbo tenus ab ipso testatore dicta, et quod tale testamentum vocatur testamentale*

(273) Vegeu P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), IV, pàgs. 66-69 [pàgs. 1074-1077], on constata les dificultats de provar la voluntat del testador després d'examinar la doctrina contradictòria de J.P. Fontanella.

(274) Tot i que el CS no era aplicable al cas (FJ II-2; VII), el TSJC s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió a la S. 7-I-1993, on va considerar (FJ IV-1) que un document autògraf amb moltes esmenes i tatzadures no salvades per la signatura de la testadora «*más parece un simple borrador o esbozo que una verdadera y definitiva disposición de última voluntad*».

actual, definitiu i clar de la declaració de voluntat²⁷⁵.

En els testaments atorgats davant de fedatari públic, la mateixa compareixença del testador davant del notari o del rector ja és una mostra de l'existència d'aquesta voluntat de testar²⁷⁶. Quan intervinguin testimonis en l'atorgament del testament (arts. 107,I,II; 117), la voluntat del testador es reitera en la invitació als testimonis a assistir-hi. Quan en l'art. 108,I CS [art. 101,I CDCC] s'estableix que «[n]o cal que siguin *pregats*» els testimonis, s'està formulant com a civil un requisit que en realitat és documental. És difícil de concebre que el testador manifesti la seva darrera voluntat al fedatari en un lloc de pas, de manera que individus que no hagin estat específicament convidats ("pregats") puguin arribar a conèixer la voluntat del testador, i àdhuc substituir la signatura del testador amb la seva (art. 111,I; 113,IV).

En el testament en forma oberta, la voluntat de testar es manifesta expressament en l'atorgament cartular o formal, en la declaració de conformitat del testador amb el contingut del document redactat pel notari²⁷⁷. En el testament tancat, la voluntat de testar es manifesta en la compareixença davant del notari, quan el testador «*li manifesta que el sobre que li lliura conté el testament*» (art. 113,I final).

Nogensmenys, també és possible que manqui la voluntat de testar en un testament davant fedatari públic. La simple presència del fedatari porta fa poc versemblant que el testament s'hagi atorgat amb violència o intimidació greu (art. 126,III,IV; 11.4.t). Per això, ens referim als casos en què la voluntat de testar manifestada pel testador sigui falsa, és a dir, al supòsit de la reserva mental. En el testament tancat, la inexistència de voluntat de testar és evident quan el sobre clos no conté cap document que expressi una voluntat testamentària (ex. un full en blanc, o una foto). Tant en el testament obert com en el tancat, no hi ha voluntat de testar si es prova que el testador va mentir al notari en declarar que no sabia o no podia signar (arts. 111,II; 113,IV)²⁷⁸.

(275) T. F. TORRES GARCIA, *El testamento ológrafo*, Ed. Montecorvo 1977, pàgs. 235-236. Ho reitera a Art. 688 CC, a: Comentario del Código civil I, pàgs. 1737-1738.

(276) Els notaris actuen sempre a requeriment de part (arts. 2 LNot.; 3,I RNot.).

(277) Vegeu l'art. 111,II PrCS a la N.595.

(278) Vegeu l'apartat III 1.2.3.3. de la PART II

1.2.- La voluntat testamentària.

La «*voluntat del testador manifestada en testament*» (art. 101) és una declaració de voluntat complexa. Així ho evidencia l'art. 102 quan preveu que la "voluntat del testador" institueixi «*un o més hereus*» i ordeni «*llegats i altres disposicions per després de la seva mort*».

Hi ha tantes declaracions de voluntat com «*disposicions*» del testador²⁷⁹. Tanmateix, no es parla de tants testaments com destinataris de disposicions testamentàries hi hagi. El caràcter no receptici del testament obliga a considerar-lo com una única declaració de voluntat, de caràcter complex²⁸⁰.

Sobre aquesta qüestió, vegeu el capítol V, El contingut del testament.

2.- La capacitat per a testar.

El CS presumeix la capacitat del testador, ex. arts. 103; 104 i 131²⁸¹.

Els majors de 14 anys amb capacitat natural en el moment de l'atorgament (art. 104 CS) tenen capacitat plena²⁸² per a testar (art. 104). Per capacitat natural s'ha

(279) En l'art. 128,III es palesa què entén el CS per *disposicions*. Dels «*esmentats actes i disposicions*» són actes «*el testament, el codicil o la memòria testamentària*», mentre que «*la institució, el llegat o les altres disposicions*» són les disposicions, la voluntat complexa del testador que forma el contingut del negoci jurídic. L'art. 132,II també es refereix amb el terme «*disposició*» a «*la institució, el llegat i les altres disposicions*» esmentades en el §.I. Les *disposicions* del testament s'estudien en el Cap. V d'aquesta part

(280) M. ALBALADEJO GARCIA, El albaceazgo (N.263), pàg. 117: «*el nombramiento [de marmessor] bien constituye un negocio jurídico por sí sólo, o bien forma parte de un negocio jurídico más amplio: el testamento. Lo primero sólo debe aceptarse si se piensa que el testamento no es un negocio jurídico unitario, sino el conjunto o suma de la disposiciones o declaraciones de última voluntad*»

(281) L. PUIG FERRIOL, a: Instituciones II (N.22), pàg. 117, considera que en el CS la capacitat per a testar és la regla general i les incapacitats són les úniques excepcions al principi.

Abans de l'entrada en vigor del CS, Luis PUIG FERRIOL, La capacidad de testar en Cataluña, a: *RJC* 68 (1969), pàgs. 7-33, havia afirmat que, tot i no ésser incapaços per a testar, els sordmuts que no sabien escriure no podien atorgar testament «*al no poder acogerse a ninguna de las formas testamentarias que reconoce su ley personal*» (pàg. 20). Sobre aquesta qüestió, vegeu l'apartat III 1.1.2.1.1.C. de la PART II.

(282) M.^a del Carmen GETE-ALONSO, La nueva normativa en materia de capacidad de obrar, Col. Cuadernos Cívitas, Ed. Civitas. Madrid, 1992^{2.a}, pàgs. 54, 187. Quant

d'entendre les «condicions de maduresa» (art. 51, b LTIT) necessàries per a governar-se un mateix, el que l'art. 63 LTIT designa com realitzar «qualsevol acte de gestió de la pròpia persona»^{283,284}. A la D.A. Primera 12 de la LPMA s'al·ludeix a «poder formar un judici propi».

Per a l'art. 663 CC (la norma de capacitat vigent abans de l'entrada en vigor del CS), s'havia considerat que es tractava d'una única causa d'incapacitat²⁸⁵: la manca de facultats intel·lectual i volitiva (capacitat natural), la qual es presuposaria en els menors de 14 anys.

Aquesta afirmació no es pot traslladar al dret civil català vigent. A la LPMA i a la LTIT es considera que, a partir dels 12 anys, el menor pot tenir la capacitat natural suficient per a ésser escoltat (arts. 5.4; 14.1; 17.2; 23 LPMA; arts. 18; 25.3; 55.1.b LTIT)²⁸⁶. Tanmateix, el menor amb capacitat natural no pot testar si no ha complert els 14 anys. Per tant, el requisit d'haver arribat als 14 anys té autonomia pròpia; és independent de la capacitat natural.

Per als majors de 14 anys, la capacitat natural es presumeix (arts. 103, 131)²⁸⁷.

Edat i capacitat natural són els únics elements que actualment es tenen en compte en la determinació de la testamentificació activa. No sempre ha estat així. En el dret català anterior a la CDCEC, s'havia d'afegir a aquestes dades (l'anomenada «capacitat

als 18 anys exigits per a testar en la modalitat hològrafa (art. 120 pr.), vegeu l'apartat III 2.1. de la PART II.

(283) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: Institucions (N.22), pàg. 118, qui empra el concepte de capacitat natural de l'art. 200 CC.

(284) L'art. 63 LTIT es refereix tant a l'esfera personal com a la patrimonial («acte de gestió de la persona i dels propis béns») perquè presuposa la incapacitació d'un major d'edat qui, per tant, tenia plena capacitat d'obrar.

(285) Pablo BERTRAN DE HEREDIA DE ONIS, Incapacidad para testar del que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», a: RDP 50 (1966), pàgs. 247-261, pàg. 248.

(286) Fins i tot els arts. 5.4 final i 25.c LPMA admeten que un menor de dotze anys tingui «prou coneixement».

(287) Tanmateix, a nivell doctrinal, Jesús M. de ALFONSO, Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, a: RJC 72 (1973), pàgs. 617-654, sembla plantejar el principi invers per al cas de les persones grans, a partir de consideracions mèdico-sociològiques (motius d'"autopreservació" en l'ordenació o modificació del testament).

de fet») la «capacitat de dret»²⁸⁸.

A mitjans del s./XIX, la doctrina entenia vigent les regles de capacitat del dret català, segons les quals els sotmesos a patria potestat, els *fili familias*, tot i ésser púbers, eren incapaços per a testar²⁸⁹. El fill púber sotmès a pàtria potestat només podia ordenar la destinació del seu patrimoni mitjançant la donació per causa de mort assentida pel seu pare²⁹⁰.

Segons G. M.^a Brocà y J. Amell la *Ley del matrimonio civil* de 18-VI-1870 (LMC) va provocar "importantes alteracions indirectes" en aquesta qüestió²⁹¹. Foren, d'una banda, convertir la major edat en causa d'emancipació (art. 64,II LMC); d'altra, fer innecessari l'assentiment del titular de la pàtria potestat en la destinació dels béns adquirits segons els arts. 66 i 68 de la llei. El titular de la pàtria potestat era el pare i, a partir de la mort d'aquest, la mare (art. 64,I LMC). En qualsevol cas, el púber menor d'edat (25 anys) sotmès a pàtria potestat no tenia testamentifacció perquè li mancava el poder de disposició sobre els béns que no formessin part del peculi castrense o quasi-castrense^{292,293}.

(288) La terminologia és presa de R. COLL Y RODÉS, Consideracions y normas generals referents a la successió voluntaria a títol universal, a: *RJC* 18 (1912), pàgs. 262-292; 342-362, pàg. 277.

(289) Amb caràcter general, 3.^a *CYADC* I 8,8,1. Per al dret local de Barcelona, ja ho havia establert el cap. 68 del *Recognoverunt Proceres* (3.^a *CYADC* II 1,18,1). Per al dret local de Tortosa, *Cost.T.* 6,3,1.

(290) Ex. Francisco de POU, De la sucesión testamentaria y la legítima o ab intestato en Cataluña, a: *RGLJ* XVI (1860), pàgs. 141-152, pàg. 144: «*Los autores catalanes están conformes que el hijo de familia no puede otorgar testamento sino en cuanto á su peculio castrense ó cuasi castrense, pues que en cuanto á ellos se considera como padre de familias. De los demás bienes no puede testar sino está emancipado ó fuera de la pàtria potestad*» També podia atorgar donació per causa de mort, amb consentiment del pare. En el mateix sentit, P. CARDELLACH Y BUSQUETS, *Jurisprudencia* (N.95), pàg. 768; P.N. VIVES Y CEBRIA, *Traducción* (N.93), II pàg. 201 [pàg. 535]; F.M. FALGUERA, *Apuntes* (N.70), pàg. 381.

Per al dret local de Tortosa, B. OLIVER *Costums* (N.229), III, pàg. 18.

(291) G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, *Instituciones* (N.120), pàg. 299.

(292) La *Ley del Matrimonio civil* no va alterar la capacitat per a testar, però va afectar directament a la substitució pupillar, el mecanisme per suplir la manca de testamentifacció del pupil impúber. Sobre aquesta qüestió vegeu l'epígraf IV 3.3.1.1.A.

(293) Convé destacar l'article de L. M. y P. [Luis MILA Y PI], *Incapacidades para*

A partir de l'entrada en vigor del CC, es suscitaren dubtes sobre la testamentifacció activa del fill púber sotmès a la pàtria potestat de la mare²⁹⁴. L. Puig considera que la STS 11-XI-1907 els va resoldre en sentit afirmatiu²⁹⁵. La via fou entendre que, ultra les matèries previstes en l'art. 12 der. CC, el Codi civil era aplicable en els territoris en què subsistia el dret propi en allò que substituís normes d'aplicació general (en aquest cas, la *Ley del Matrimonio civil*).

La doctrina catalana, que ja s'havia manifestat anteriorment a favor de l'ampliació de la capacitat per a testar a tot púber²⁹⁶, no es va oposar contra aquesta decisió, tot i que l'argument jurisprudencial havia estat durament criticat quan va introduir altres institucions, ex. el *Consejo de familia*²⁹⁷. Tanmateix, i amb posterioritat a l'esmentada sentència, algun autor continuava negant que la testamentifacció activa als *filibus familias* menors d'edat, tot i considerar desitjable la solució contrària²⁹⁸

testar y ser heredero según la legislación actual general del Reino, a: *RDN*ot III (1881), pàgs. 417-414. Afirmava que «*esta ley de Partida [P. 6,1,13] fue derogada por la ley 5.ª de Toro que dispone "El hijo o hija que estan en poder de su padre, siendo de edad legítima para hacer testamento, puede hacer testamento, como si estuviera fuera de su poder". Esta ley hoy vigente es tan clara que no hay necesidad de otra explicacion. Solo añadiremos que la Ley del Matrimonio civil no ha introducido variación sobre esta facultad de testar*» (pàg. 419). Només es refereix a la legislació de Castella, sense al·ludir mai a la normativa catalana. Però del títol (*actual general*) es podria deduir que la considerava aplicable a tot l'Estat.

(294) Negava la capacitat per a testar del fill de família Pablo SANAHUJA, Incapacidad del hijo de familia en Cataluña para testar, a: *LN XXXV* núm. 1782 (1892, 30.5), pàgs. 14105-14107. La Redacció *LN* va manifestar la seva conformitat amb les afirmacions de P. Sanahuja.

(295) L. PUIG FERRIOL, La capacidad (N.281), pàg. 12, «*Aunque... en el caso de autos el testador estaba sujeto a la potestad de la madre, puede aventurarse con posibilidades de acertar que la solución hubiera sido idéntica en el supuesto que el titular de la patria potestad hubiera sido el padre, pues como dice la propia sentencia "los fundamentos que pudieron abonar la prohibición del Derecho romano no son estimables dentro del orden familiar catalán"*».

(296) Ex. M. DURAN Y BAS, Memoria (N.116), pàg. 169.

(297) Una descripció genèrica dels problemes que va portar la interpretació de l'art. 12 CC a J. MARSAL, La introducción del testamento común ológrafo y su consolidación en el Derecho civil de Cataluña, a: J. M. SCHOLZ (coord.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1994, pàgs. 459-484, especialment les pàgs. 462-464.

(298) Ramon COLL y RODES, Consideracions (N.290), pàg. 282

2.1.- L'edat

La fixació dels 14 anys com edat mínima per a testar (art. 104) s'ha de relacionar amb la pubertat (art. 171,I), encara que és independent de l'efectiu desenvolupament físic de qui testa²⁹⁹.

El menor de 14 anys no pot testar mitjançant el seu representant legal. Per això, quan s'exigeixen 14 anys per a testar no es fixa la capacitat d'obrar necessària per a fer-ho eficaçment per un mateix, sinó una capacitat jurídica especial³⁰⁰. Això no es veu desmentit pel fet que la successió d'un menor de 12 anys pugui ésser testada, com a conseqüència de la substitució pupil.lar ordenada pel titular de la pàtria potestat (art. 171,I CS). Encara que que la pàtria potestat atribueixi als seus titulars la representació legal sobre els fills menors no emancipats (art. 162,I CC), la legitimació del progenitor que substitueix pupil.larment no prové de la representació legal del substituït. Per això, el tutor no pot testar per l'impúber, malgrat ésser el seu representant legal (art. 51.pr. LTIT).

En el còmput dels anys, el «*dies a quo*» és el del neixement (art. 29 CC). S'arriba als 14 anys en començar el dia del natalici (art. 315,II CC, per analogia³⁰¹)³⁰².

(299) Per això, l'art. 225,1.º AvpC-55 (seguint *D.* 28,1,5) fixava l'edat en què les dones arribaven a la testamentifacció activa en els 12 anys i els 14 pels barons. La CDCEC va unificar l'edat als 14 anys (art. 156,III).

(300) Sobre aquesta qüestió, vegeu P. SALVADOR CODERCH, Arts. 44-48 CC, a: AMOROS GUARIOLA, Manuel et alii, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pàgs. 118-186, esp. pàgs. 143-145.

(301) L. PUIG FERRIOL, Arts. 314 a 324, a: PAZ-ARES, Cándido, DIEZ-PICAZO, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR, Pablo, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993^{2ª} I, pàgs. 871-887, es manifesta partidari de la "interpretació extensiva" de l'art. 315,II CC, «*por cuanto es la única que aparece en el Código en materia de cómputo de la edad*» (pàgs. 873-874). Altrament, s'hauria de fer el còmput seguint l'art. 5,1 CC y no es complirien els 14 anys fins que s'hagués esgotat el *dies ad quem*. Sobre la manca de generalitat de l'art. 5 CC vegeu Miguel HERRERO DE MIÑON, Marginales del nuevo título preliminar del Código civil, a: *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 3 (oct.-des. 1974), pàgs. 359-391, pàgs. 366-367, i Luís DIEZ-PICAZO, Artículo 5, a: *COMENTARIOS a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos. Madrid, 1977, pàgs. 267-273.

(302) Abans de l'entrada en vigor del CS, regia l'art. 663 CC, que ja s'interpretava en aquest sentit. Vegeu PUIG FERRIOL, Luis, La capacidad (N.281), pàg. 22; M. ALBALADEJO, Artículos 662-666 CC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales IX-1. º-A.*, Ed. Revista de Derecho

Hom considera que si el testador dubta sobre el tenir 14 anys, el testament és nul per manca de voluntat testamentària³⁰³ (entengui's manca de voluntat de testar). Tanmateix, no s'acaba d'entendre com un requisit legal objectiu com és l'edat podria ésser desvirtuat per una dada que és subjectiva. A més, no es fonamenta quina vinculació hi ha entre el desconeixement de l'edat i l'existència de voluntat de testar. Per això no sembla que aquesta interpretació estreta de la tradició jurídica es pugui continuar mantenint en la regulació actualment vigent sobre la capacitat per a testar.

2.1. La capacitat natural per a testar.

Quant a l'apreciació de la capacitat natural del testador (art. 104) l'art. 175,II precisa que és *«la natural per a testar»*. La distinció és més evident en l'art. 116, on es contempla el supòsit d'un testador amb capacitat natural per a testar (*«capacitat per a fer-ho»*) tot i tenir *«habitualment disminuïda la seva capacitat natural per qualsevol causa»*.

Cal interpretar sistemàticament les disposicions que es refereixen a la capacitat per a testar del major de 14 anys. L'art. 104 no fa referència a una resolució judicial d'incapacitació. Per a l'art. 116, l'existència d'aquesta és indiferent (*«estigui o no incapacitat»*), perquè només contempla l'interval lúcid en què testa qui pateix una *«habitual disminució de la capacitat natural»*. En canvi, l'art. 175,II només admet l'eficàcia de la substitució (exemplar) de l'intestable quan *«la incapacitat, inclosa la natural per a testar, sigui declarada judicialment»*. Per la seva banda, l'art. 178 es fixa en la cessació real de *«l'estat d'incapacitat del substituït»* intestable (i conseqüent recuperació de la capacitat natural per a testar), amb independència que una resolució judicial hagi aixecat la incapacitat, o modificat el seu abast. Finalment, la DT 8.^a preveu que *«la incapacitat del substituït sigui declarada judicialment»*.

Als esmentats, s'ha d'afegir l'art. 131, que deixa sense efecte l'anomenada "revocació real" del negoci per causa de mort contingut en document privat feta pel testador *«en estat de malaltia mental»*, sense que tampoc s'al.ludeixi a declaració judicial d'incapacitació.

Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid 1990, pàgs. 66-95, pàgs. 70-71.

(303) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàgs. 117-118. Ja era de la mateixa opinió vigent la CDCEC a La capacidad (N.282), pàg. 23.

La conclusió a què s'arriba és que «*mancat de capacitat natural en el moment de l'otorgament*» (art. 104) no és sinònim d'incapacitat judicialment sinò d'incapaç. La sentència declarativa de la incapacitat que inclogui la natural per a testar és, únicament, un pressupòsit per a l'eficàcia de l'excepcional legitimació mitjançant la qual un tercer (ascendent en línia recta) ordenarà la destinació dels béns de l'incapacitat intestable (art. 175,II; DT 8.^a).

El dret català es preocupa exclusivament de l'efectiva capacitat per a testar en el moment d'atorgar el testament (arts. 104; 116), o de revocar el ja fet (art. 131), o de morir (art. 178) amb independència que una sentència hagi modificat l'estat civil³⁰⁴ del testador, quant a la capacitat per a testar (art. 175,II)³⁰⁵. Aquest ja era el criteri de la CDCC, en la que, tot i faltar una declaració general, es donava transcendència a la "realitat" de «*l'estat d'incapacitat*» (art. 161,I CDCC, idèntic [llevat el temps verbal] al 178 CS).

L'afirmació anterior no implica negar la transcendència a la declaració judicial d'incapacitació, que inclogui la natural per a testar. Consisteix en la inversió de la presumpció de capacitat del testador establerta pels arts. 103; 104 i 131³⁰⁶.

Una conseqüència de la presumpció d'incapacitat derivada de la sentència d'incapacitació que inclogui la natural per a testar és la necessària constitució d'una prova pericial de l'existència de l'interval lúcid³⁰⁷ en què es testa (art. 116). A més, s'ha de plantejar si també comporta la limitació de les modalitats testamentàries que pot

(304) Per a la incapacitació com estat civil, M.^aC. GETE-ALONSO, La nueva normativa (N.282), pàgs. 187-188.

(305) La declaració d'incapacitat no és, en l'actualitat, uniforme sinò variable (art. 3.b LTIT). Per al CC, vegeu M.^aC. GETE-ALONSO, La nueva normativa (N.282), pàgs. 186-190; 229-230.

(306) Per al règim anterior al CS, PUIG FERRIOL, Luis, La capacidad (N.281), pàgs. 25-26.

(307) P. BERTRAN DE HEREDIA DE ONIS, Incapacidad (N.285), pàg. 253, defineix l'interval lúcid com «*aquel estado en el cual un enfermo mental recobra, transitoria y plenamente, sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien sea por el empleo de un tratamiento médico adecuado*». Segons aquest autor, «*es muy posible la existencia de intervalos lúcidos en la esquizofrenia, la psicosis maniaco-depresiva, la epilepsia y la parálisis general progresiva; y, por regla general, no se dan intervalos lúcidos en la oligofrenia, la paranoia y las toxifrenias*» (pàg. 256).

emprar l'incapacitat.

2.2.1.- L'art. 116 CS. El supòsit.

L'art. 116 preveu que el judici de capacitat del fedatari públic assumeixi el dictamen de dos facultatius, amb el que preconstituï una prova de la capacitat del testador³⁰⁸.

L'art. 116 és conseqüent amb el principi que regeix en el CS en matèria de capacitat per a testar: tenir en compte la capacitat del testador en el moment de testar, amb independència que estigui o no incapacitat. La novetat del CS consisteix en preveure la preconstitució de la prova de capacitat en testar no només als que estan incapacitats per a fer-ho, sinó també als que «habitualment disminuïda la seva capacitat natural per qualsevol causa», encara que no se'ls hagi incapacitat judicialment. És a dir, s'inclou a tres categories de subjectes:

- 1.- els incapacitats judicialment per a testar;
- 2.- els incapacitats sense pronunciament sobre la capacitat per a testar;
- 3.- els incapaços per causa de «*disfuncions mentals o psíquiques*» (art. 61 LTIT) que no es considerin greus³⁰⁹.

Abans de l'entrada en vigor del CS, l'art. 665 CC der. exigia el dictamen de dos facultatius «*siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido*». L'expressió «*demente*» era objecte d'una doble interpretació. La doctrina majoritària, a la que es va adherir l'AvpC-55 (art. 225,2.º)³¹⁰, ho entenia com

(308) En el mateix sentit, L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 119.

(309) El CS ha anat en sentit invers al suggerit per L. JOU MIRABENT, Formes testamentàries i successió intestada a la Llei de Reforma de la Compilació del Dret civil de Catalunya: propostes de desenvolupament, a: Càtedra de Dret civil català "Duran i Bas", *Materials de les III Jornades de Dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori*, Barcelona, 1985, pàgs. 133-149: «[p]er a incapacitats per demència seriem partidaris de no mantenir la forma especial per al boig en interval lúcid de l'art. 665 del Codi civil» (pàg. 142).

(310) Art. 225 AvPC-55. *Son incapaces para testar las personas que al otorgar el testamento, codicilo o memoria testamentaria se hallen en alguno de los estados siguientes: 2.º No hallarse en su cabal juicio, aunque fuere accidentalmente o no se hubiera antes declarado judicialmente la demencia. De haberse declarado judicialmente se estará a lo dispuesto en el artículo 665 del Código civil, el cual en su redacción actual queda incorporado a esta Compilación.*

"incapacitat judicialment"³¹¹. En canvi, J.L. Lacruz i M. Albaladejo, consideraven que també havia s'hi havia d'incloure el cas «*de habitual estado de demencia*»³¹².

La primera interpretació ha estat acollida en la modificació de l'art. 665 CC per la L. 30/1991, de 20 de desembre, substituint «*demente*» per «*incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar*». En canvi, el Parlament de Catalunya de Catalunya ha adoptat en la L 40/1991, de 30 de desembre, el que havia estat qualificat com a «*opinión aislada*»^{313,314}.

El motiu que deu haver inspirat el legislador català és reduir al mínim la litigiositat en relació a la capacitat per a testar³¹⁵. En els casos dubtosos³¹⁶, en què,

(311) Vegeu, per tots, P. BERTRAN DE HEREDIA DE ONIS, *Incapacidad* (N.285), pàgs. 249-250.

(312) J.L. LACRUZ BERDEJO et alii, *Elementos V* (N.1), pàg. 215. M. ALBALADEJO GARCIA, *Arts 662-666 CC* (N.302), pàgs. 82-87.

(313) Miguel Angel VICENTE MARTINEZ, *Comentarios a la Ley 30/1991 de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos*, a: *Revista Jurídica de Castilla La Mancha* núm. 15 (agost 1992), pàgs. 59-99, pàg. 69.

(314) Entre la regulació del CS i la del CC existeix una important diferència. Ambdós resolen un supòsit en què es dubta sobre la capacitat del testador. L'origen del dubte, però, és diferent. En el CS és un fet natural: la debilitat mental del testador. L'art. 116 s'aplica fins i tot a l'incapacitat per sentència que es pronuncii sobre la capacitat per a testar (art. 175,II), en sentit afirmatiu o negatiu. En canvi, en el CC, és un fet jurídic: la sentència d'incapacitació que no es pronuncia sobre la capacitat per a testar de l'incapacitat. Amb paraules de L. PUIG FERRIOL, «*el nuevo art. 665 CC ya no regula el testamento otorgado en un intervalo de lucidez, sino el testamento otorgado por "el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar"*» (Arts. 662-666 CC, a: PAZ-ARES, Cándido, DIEZ-PICAZO, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, SALVADOR, Pablo (coords.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993^{2a} I, pàgs. 1668-1677, pàgs. 1671 i 1673-1674). En el mateix sentit, M.A. Vicente Martínez, *Comentarios a la ley N.313*, pàg. 76; Encarna ROCA TRIAS, *Art. 665 CC*, a: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pàgs. 947-954, pàgs. 950-951; Juan José RIVAS MARTINEZ, *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Ed. Dykinson, Madrid, 1993, pàg. 44).

Allà on el Codi civil és d'aplicació immediata, l'incapacitat per a testar que volgui atorgar testament durant un interval lúcida haurà d'incoar prèviament un procediment judicial per aconseguir la modificació de la sentència que l'incapacita, la qual cosa presuposa una considerable durada del període de lucidesa.

(315) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: *Instituciones II* (N.22), pàg. 119.

(316) Especialment en els casos en què el testador hagi estat incapacitat posteriorment, tot i que el TS ha afirmat que la posterior incapacitació no és prova suficient per

presumiblement, els no afavorits pel testador tendiran a impugnar el negoci de darrera voluntat, es recolza el judici notarial de capacitat amb el dictamen de dos facultatius. La impugnació d'un testament amb les característiques de l'art. 116 CS no té gaire possibilitats de prosperar si es fonamenta la manca de capacitat del testador en motius exclusivament psíquics³¹⁷. Això hauria d'evitar el plantejament del plet.

Com s'ha vist, el caràcter general de l'art. 116 porta a aplicar-lo als tres grups de testadors que reuneixen la característica de tenir «*habitualmente disminuida la capacidad natural per qualsevol causa*»: els que han estat incapacitats judicialment per a testar, els altres incapacitats, i els incapaços no incapacitats judicialment³¹⁸.

Cal determinar si l'art. 116 és una norma material, que introdueix solemnitats addicionals a l'atorgament de testament per part de l'incapacitat per a testar, o bé si estableix el procediment com el notari ha de formar el seu judici sobre la capacitat del testador. Considerar-lo en el primer sentit³¹⁹, portaria al notari a exigir el dictamen dels facultatius en l'atorgament de testament de pràcticament totes les persones d'edat avançada. Entendre'l com una regla notarial significa desconèixer qualsevol transcendència a la incapacitat per a testar establerta per la sentència d'incapacitació (art. 175,II)³²⁰.

destruir la presumpció de capacitat del testador, apreciada pel notari (ex. STS 11-XII-1962 [RJA 5063] CDO 3.º).

(317) Tanmateix, diverses sentències del TS han afirmat que «*la presunción de capacidad ocasional establecida por el artículo 665 del Código civil, puede ser destruída por prueba en contrario, por no ser por su índole, "iuris et de iure"*» (STS 2-VI-1959 [RJA 2484] CDO únic), la qual cosa ha provocat la crítica de la doctrina (ex. P. BERTRAN DE HEREDIA DE ONIS, Incapacidad (N.285), pàg. 254), que no troba lògic que el dictamen negatiu dels metges constitueixi una prova *iuris et de iure* de la incapacitat del testador mentre que l'afirmatiu només generi la presumpció *iuris tantum* de capacitat. Tanmateix, a la STS 8-III-1972 (RJA 1091) es confirma les sentències d'instància que declararen la nul.litat d'un testament atorgat per una testadora que patia una oligofrènia, sobre la base de la impossibilitat que durant aquesta malaltia existeixin intervals lúcids (CDO 3.º).

(318) Segons José María CODON, Estudio práctico de la incapacidad testamentaria por causa de enfermedad mental, a: *RJC* 51 (1952), pàgs. 477-485, «*la incapacidad testamentaria por causa de enfermedad mental se produce siempre en el grupo de las oligofrenias, salvo en la debilidad mental; casi siempre en el de las psicosis endógenas; nunca en el de las neurosis; rara vez en las psicopatías*» (pàg. 485).

(319) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: *Instituciones* II (N.22), pàg. 119.

(320) En aquest sentit, X. ROCA FERRER, *Arts* 101-124 CS (N.29), pàgs. 456-457,

La funció dels dictàmens no pot ésser idèntica per al testador incapacitat per a testar i en els altres dos casos. En el primer, els dictàmens dels facultatius recolzen el judici notarial sobre la capacitat del testador, davant la incapacitat establerta per la sentència d'incapacitació (art. 175,II). Quan el testador està incapacitat per a testar, els dictàmens serien una solemnitat adicional del testament.

En canvi, quan el testador no ha estat judicialment incapacitat per a testar, se l'ha de presumir capaç³²¹ (arts. 103; 131), per la qual cosa seria suficient el judici notarial de capacitat (art. 106). Ací els dictàmens mèdics no constituïrien una solemnitat del testament, sinò que serien potestatus, per a prevenir eventuais impugnacions del testament per part dels qui no es consideressin suficientment afavorits.

Per tant, els dictàmens són imprescindibles per a la validesa del testament de qui ha estat incapacitat judicialment per a testar, i exclusivament aconsellables per a qui, tot i tenir la capacitat natural habitualment disminuïda, no ha estat judicialment

qui no diferencia l'incapacitat judicialment de l'incapaç que no ho ha estat. Interpreta l'article recolzant-se *«en su literalidad, en su historia, en el sentido común, en el principio del favor testamenti y en la abundantísima jurisprudencia que ha venido avalando la calidad del juicio formulado por el notario»*. Afirmar que l'art. 116 no introdueix nous requisits formals (els dictàmens) per a determinats testaments, sinò que es una norma adreçada *«a eliminar los escrúpulos del fedatario en aquellos supuestos en que, teniendo conocimiento de que el otorgante sufre algún tipo de disminución psíquica, podría mostrarse reacio a la autorización del acto o sentirse tentado a negarse a intervenir para "eludir problemas posteriores"»*. *«El precepto en cuestión le legitima para exigir del testador o de su familia [sic] que, en supuestos de "incapacidad habitual", aporten dos Facultativos que ratifiquen su [del notari] juicio de capacidad favorable. Si no los aportan, aun considerándolo él capaz "en el momento del otorgamiento", puede negarse a autorizar»*.

La interpretació de X. ROCA s'allunya molt de la regulació anterior (la *«historia del precepto»*) perquè els dictàmens tampoc serien requisit de validesa del testador incapacitat judicialment per a testar. En qualsevol cas, no és *«literal»*: el subjecte i el verb de l'oració principal de la primera part de l'art. 116 és *«el testador pot atorgar»*. Si l'article legitimés el notari per exigir al testador el dictamen de dos facultatius, el subjecte i verb de l'oració haurien d'ésser "el notari pot autoritzar".

Els dictàmens dels facultatius no exoneren el notari d'apreciar la capacitat legal del testador (art. 106), ni prejutgen el judici notarial de capacitat. Si aquest és afirmatiu, l'art. 145,II RNot. impedeix tant aquests "escrúpuls" com les "temptacions" de negar l'autorització. Si el judici notarial sobre la capacitat del testador és negatiu, el notari no pot autoritzar l'escriptura, amb independència del que dictaminin els facultatius.

(321) Per a la regulació anterior al CS, P. BERTRAN DE HEREDIA DE ONIS, *Incapacidad* (N.285), pàg. 251.

incapacitat per a testar.

Aquesta interpretació xoca amb la literalitat de l'art. 116, segons la qual els dictàmens també constituïrien una solemnitat del testament de l'incapaç no incapacitat judicialment³²², però sembla que és la que més s'adiu amb la completa regulació de la capacitat per a testar i de la legitimació extraordinària per a testar conferida en la substitució exemplar (arts. 175-179).

2.2.2.- Les modalitats testamentàries que pot emprar l'incapacitat.

L'art. 116 només preveu l'atorgament de «*testament notarial obert*» per part de qui es troba en un interval lúcid. La referència expressa a una modalitat testamentària permet interpretar el precepte restrictivament, excloent les altres³²³.

Nogensmenys, s'ha de considerar la possibilitat d'interpretar extensivament la norma.

Quant a la forma oberta, sembla que es podria atorgar indistintament davant notari (art. 111) o davant de rector (art. 117). L'art. 116 es troba en una secció titulada «*Les formes especials dels testaments notarials*». Això podria fer pensar que l'incapacitat i qui sense ésser-ho té disminuïda habitualment la seva capacitat natural (art. 116) només poden atorgar testament davant notari. Però la fe pública del rector en matèria testamentària només es diferencia de la del notari pel caràcter defectiu amb què se li atribueix la competència³²⁴. Si a això se li suma que l'"especialitat" de les «*formes especials*» del testament notarial radica en el subjecte i no en el fedatari, es pot afirmar que el rector (amb competència per a fer-ho) pot autoritzar tant el testament de qui no pateix disminucions sensorials o psíquiques com el de qui les pateix, «*tot observant les solemnitats dels testaments oberts davant notari*» i la presència de dos testimonis (art. 117 final).

La interpretació extensiva de l'art. 116 al testament notarial tancat s'hauria d'admetre sense excessius problemes quan la fase privada i pública del testament tancat són immediates. El valor del dictamen pericial sobre la capacitat del testador no pot

(322) La lectura a contrari de la primera part de l'article impediria aquesta interpretació atès que "el testador no pot atorgar testament.. si dos facultatius... no certifiquen que en el moment de testar té prou lucidesa i capacitat per a fer-ho"

(323) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 119.

(324) Vegeu l'apartat II.2.2. de la PART II.

dependre del coneixement que tingui el notari sobre la voluntat testamentària. La incorporació del testament tancat al protocol notarial (art, 113,III) solventa els problemes que hauria presentat en la regulació anterior la conservació conjunta del sobre amb la voluntat testamentària juntament i els dictàmens pericials.

En qualsevol altre cas, la interpretació extensiva de l'art. 116 a la forma tancada del testament notarial, s'hauria de refusar. El dictamen sobre la capacitat del testador es faria en el moment de lliurar el document al notari per a la seva conservació, quan la voluntat testamentària s'hauria escrit en un moment anterior. En la fase privada del testament tancat es produeix el que s'ha anomenat "atorgament negocial"³²⁵. El testament tancat no existeix fins el moment en què el sobre que conté el document amb la voluntat testamentària queda incorporat a un protocol notarial per a la seva conservació. Aquesta és la data d'atorgament del testament tancat als efectes de l'art. 130,II. Tanmateix, l'exigència de la data en què s'escriu el document privat (art. 112,I final) té com a funció permetre esbrinar la capacitat del testador en aquell moment.

No sembla que l'incapacitat per a testar pugui atorgar testament hològraf. Fins i tot en el cas que el testador adjuntés al testament la mateixa prova pericial prevista en l'art. 116, no hi hauria cap garantia de què el document que conté la voluntat testamentària sigui substituït posteriorment pel mateix testador.

3.- Les característiques del testament.

L'art. 226 AvPC-55 completava la definició del «*acto de última voluntad denominado testamento*» assenyalant que era «*acto formal, unilateral, personalísimo y esencialmente revocable*».

L'art. 102 CS és l'equivalent a l'art. 226 AvPC-55. Conserva la mateixa definició de testament però s'hi ha suprimit la descripció de les característiques del negoci. Tanmateix, hom pot trobar-les en la regulació del CS.

3.1.- El testament com a negoci per causa de mort.

En els negocis *mortis causa*, el subjecte regula la destinació de les relacions jurídiques de què es titular a partir de la seva mort.

En els negocis *mortis causa*, la mort és el pressupòsit per a l'adquisició de valor

(325) Vegeu l'apartat III 1.3.1. de la PART II

negocial del que fins aleshores no havia estat sinò una declaració de voluntat³²⁶.

Els negocis per causa de mort regulats en el CS són el testament («*per després de la seva mort*», art. 102), el codicil i la memòria testamentària³²⁷. La donació *mortis causa* (Títol VI), malgrat la seva denominació, no és un negoci per causa de mort, sinò un negoci entre vius l'eficàcia del qual es postposa fins el moment de la mort³²⁸.

El CS no empra de manera rigurosa el concepte de negocis *mortis causa*. Si en els arts. 243,I; 251,I es contraposen «*actes entre vius i [o] per causa de mort*», a l'art. 55 s'al.ludeix a «*actes entre vius o d'última voluntat*» (§.I) i a «*disposició d'última voluntat*» (§.III). En canvi, l'art. 161,II empra «*disposició de causa de mort*» per referir-se al contingut del negoci, confrontant-la amb el llegat i el mode.

Negocis d'última voluntat i negocis *mortis causa* no són termes sinònims. El negoci d'última voluntat es caracteritza per la manca de fermesa durant la vida del seu autor³²⁹. En el CS, tots els negocis *mortis causa* són de darrera voluntat i, per tant, revocables (arts. 129,I; 70,I; 130; 131; 132; 133). També ho és la donació *mortis causa* (arts. 396; 70,I), malgrat ésser un negoci entre vius.

3.2.- El testament com a negoci unilateral.

La doctrina ha posat de relleu que la unilateralitat que es predica en relació amb el testament té una doble significació. D'una banda, el testament s'atorga individualment. D'altra, la declaració de voluntat exterioritzada pel testador no va

(326) F. BADOSA COLL a: Th. KIPP Derecho (N.269), §.25, pàg. 291.

(327) J. EGEA FERNANDEZ, Els heretaments N.17, pàg. 158 assenyala que «*els heretaments, considerats com a categoria general, no pertanyen als anomenats negocis jurídics mortis causa*» perquè els heretaments produeixen efectes en vida de l'heretant. Tanmateix, una de les funcions (potser la principal, una vegada no es presumeix el pacte d'unitat econòmica familiar, art. 75,1) és regular la successió del causant.

(328) Per al CS, vegeu A. CASANOVAS MUSSONS, Les donacions (N.10), qui conceptua la donació *mortis causa* com un negoci entre vius, de darrera voluntat i d'eficàcia post mortem (pàgs. 184-185).

Per al Codi civil, F. BADOSA COLL a: Th. KIPP Derecho (N.269), §.81, pàg. 723 ja havia assenyalat les diferències entre testament i donació *mortis causa*: la donació m.c. és un negoci entre vius, dispositiu, amb causa gratuïta; en canvi, el testament és un negoci per causa de mort, de destinació dels béns que queden sense titular com a conseqüència de la mort de qui ho era.

(329) F. BADOSA COLL a: Th. KIPP Derecho N.269, §.31, pàgs. 345-346.

adreçada a ningú; és a dir, no és receptícia³³⁰.

Cap del dos sentits es troba formulat explícitament en el CS. Tanmateix, es troben implícits en el seu articulat. És sempre un testador («*el testador*») qui atribueix (arts. 137; 143,I; 161,I; 285,I; 293,I), atorga (art. 146; 171,I; 192; 279,II), assegura (art. 164,I); assenyala (arts. 156; 304,IV), assigna (art. 39,II), autoritza (art. 223), concedeix (art. 39,II), concreta (art. 243); crida (arts. 145; 250,I); deixa a l'arbitri (art. 256,II), designa (arts. 143,I; 148,IV; 150,I; 173,I); disposa (arts. 41; 147,IV; 153,II; 161,I; 180,I; 189; 190; 193,I; 194,II; 195,II; 200, 202; 207,I; 208,II; 260,III; 266; 268,II; 278,II; 283,I), dispensa (art. 317,II); duu a terme (arts. 55,I; 131); empra (art. 193,II); encomana (arts. 57,I; 261,III; 315,I), estableix (arts. 157,II; 192; 251,I; 294,II), exclou (art. 186,II), expressa (arts. 111,I; 254,II), faculta (arts. 150,II; 189; 243; 316,IV), fa (arts. 55,II; 56,I; 281), fixa (arts. 265,III; 305,II), garanteix (art. 164,II), grava (art. 259,I), imposa (arts. 42,I; 161,I,II; 164,III; 253,III; 257; 278,I), indica (art. 189), institueix (arts. 143,I; 148,I pr.; 149 pr.; 150,I; 167,I), llega (art. 290,I), manifesta (arts. 113,I; 231,I), nomena (arts. 56,I; 162; 226,I; 308), omet (art. 39,I); ordena (arts. 130,I,III; 152,I; 168,II; 188; 252,I; 255; 264; 292; 294,I), prohibeix (arts. 38,I; 42,I; 152,I; 229,I; 274,II), qualifica (art. 315,IV), relleva (art. 304,III), revoca (art. 129,I), substitueix (art. 258,I), o utilitza (art. 137).

En el procés d'elaboració del Codi de successions es va plantejar la possibilitat d'excepcionar el caràcter individual de l'atorgament del testament, admetent el testament mancomunat atorgat pels cònjuges en la modalitat notarial oberta. Constituïa la secció 6.a del capítol Primer (*Dels testaments, els codicils i les memòries testamentàries*) del Títol II (*De la successió testada*) del ja esmentat document de treball de 1990 (vegeu N.48)³³¹. El Preàmbul del document de treball (datat el gener de 1991)

(330) Per tots, vegeu J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Panorama (N.2) I,450 pàg. 981.

(331) *Article 38.- Únicament els cònjuges podran atorgar testament mancomunat davant Notari, en forma oberta.*

Article 39.- El testament mancomunat també és revocable:

1.- Pels cònjuges conjuntament en totes les seves disposicions en un mateix testament.

2.- Per un sol dels cònjuges quant a les disposicions no correspectives o recíprocament condicionades.

3.- En vida d'ambdós cònjuges, la revocació de les disposicions correspectives produirà la ineficàcia total de les pròpies i de les del consort a les que estiguin recíprocament condicionades. Aquesta revocació, que s'haurà de fer en testament obert,

fonamentava en tres motius la "reinstauració" del testament mancomunat: un d'històric, un de sociològic i un altre de política legislativa³³².

L'anàlisi acurada del testament mancomunat surt de l'objecte d'aquest treball. Tanmateix, les dades obtingudes durant la seva elaboració permeten matisar els arguments històrics. En el Preàmbul s'afirmava que el testament mancomunat estava

haurà d'ésser notificada feiaentment pel mateix Notari davant el qual es faci la revocació a l'altre consort, en els vuit dies hàbils següents. La manca de notificació no afectarà l'eficàcia de la revocació.

Mort un dels cònjuges, si el supervivent accepta les atribucions a favor seu ordenades pel premort, s'extingeix la facultat de poder modificar o revocar les disposicions correspectives que estiguin vigents.

Article 40.- Les disposicions correspectives esdevindran ineficaces en els casos de l'article 55 d'aquesta llei.

Article 41.- S'entén per disposicions correspectives o recíprocament condicionades les atribucions d'un a favor de l'altre i aquelles en què així es declari expressament en el mateix testament

.Article 55.- La institució hereditària ordenada a favor del cònjuge serà ineficaç si el matrimoni ha estat declarat nul o s'hagués interposat demanda de divorci per qualsevol dels cònjuges, hi hagi recaigut o no sentència, i en el cas de separació personal quan el testador morís durant l'any següent a la interposició de la demanda per qualsevol dels cònjuges.

La institució serà eficaç si del context del testament resulta que el testador hauria ordenat la disposició de darrera voluntat a favor del cònjuge fins i tot en els casos esmentats a l'apartat anterior.

(332) «En primer lloc cal esmentar que el testament mancomunat entre cònjuges s'havia practicat tradicionalment a Catalunya, com resulta -per exemple- de la sentència de 8 de maig de 1901. que resol un litigi motivat per un testament mancomunat entre cònjuges catalans atorgat l'any 1838 i sense que en cap moment se suscités el problema de validesa d'aquest testament pel fet d'haver-se atorgat de forma mancomunada. I aquest precedent el confirma la regla 3.a de la Circular de 20 de desembre de 1889 del Col.legi Notarial de Barcelona, que aconsella als Notaris de Catalunya que no autoritzin testaments mancomunats, atesa la prohibició de l'art. 669 del Codi civil. Per tant, es dedueix prou clarament que abans de la publicació del Codi civil, no hi havia cap norma que prohibís el testament mancomunat dels cònjuges catalans, i la conveniència de restablir aquesta pràctica sembla prou clara en els temps actuals, atès que avui dia es una pràctica molt freqüent que els testadors testin l'un a favor de l'altre, i moltes vegades se sorprenen que no puguin fer-ho en un mateix instrument, cosa que, si fos possible, evitaria les sorpreses que a vegades es deriven de la necessària revocabilitat del testament unilateral. D'altra banda, sembla oportú oferir als matrimonis catalans la possibilitat de valer-se del testament mancomunat, com a situació intermèdia entre el testament unilateral, essencialment revocable, i la institució recíproca d'hereu entre els cònjuges, feta amb caràcter irrevocable per mitjà de l'heretament mutual. S'ha dedicat una atenció especial al problema de la revocació del testament mancomunat per un sol dels conjuges, fent compatible el principi de llibertat individual -bàsic en el nostre dret successori- amb la forma testamentària conjunta, que no s'arriba a configurar com un contracte successori» (pàgs. 3-4).

arrelat a Catalunya fins la publicació del Codi civil i que la seva prohibició en l'art. 669 CC hauria provocat la seva desaparició.

L'arrelament és una conclusió que en el Preàmbul es deduia de dues dades. Una és que el Tribunal Suprem, en la STS 8-V-1901 [JC 91 núm. 126], va resoldre un plet que portava causa d'una clàusula de substitució ordenada en un testament mancomunat, sense que es discutís la seva validesa. La raó principal del silenci, però, era el caràcter pregat del procediment civil: «...*el testamento de D. José Alsina Graells, respecto de cuyo otorgamiento están completamente conformes las partes...*» (CDO 1.º).

L'altra dada és que la regla 3.a de la Circular del Col.legi de notaris de Barcelona de 20-XII-1889 considerava aplicable a Catalunya l'art. 669 CC i "aconsellava" als notaris que no autoritzessin testaments mancomunats³³³. Noti's, però, que la conclusió inverteix el criteri del Col.legi de notaris. De «*no existe disposición alguna que los permita...*» a «*abans de la publicació del Codi civil, no hi havia cap norma que prohibís el testament mancomunat dels cònjuges catalans*».

És irrefutable que en el s/XIX s'atorgaven testaments mancomunats a Catalunya³³⁴. La freqüència i l'extensió de la pràctica és una dada que només es pot

(333) «... *la Junta... ha acordado se observen las reglas siguientes: 3.º En cuanto a los testamentos mancomunados, se atenderan al Código civil, pues no existe disposición alguna que los permita en el derecho catalan, en el romano ni en el canónico; antes bien estan en oposicion con los principios del romano y no pueden tampoco apoyarse en el derecho consuetudinario, porque no han sido admitidos por costumbre general en Cataluña, sino introducidos por una práctica tolerada por falta de impugnación en algunas comarcas*». Publicada a: LN XXXII núm. 1665 (1889, 23-XII), pàgs. 13065-13066. Recentment reproduïda per J. EGEA FERNANDEZ, J. MARSAL GUILLAMET, La apartació dels notaris a la ciència jurídica catalana (segles IX a XIX), a: FUNDACIO NOGUERA, *Actes del I Congrés d'Història del notariat català*, Barcelona, 1994, pàgs. 277-320, pàgs. 319-320.

(334) G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, *Instituciones* N.120, pàgs. 316-317 afirmaren que atorgar testament mancomunat era una pràctica «*usada como corriente en distintos lugares de Cataluña*». no era a la primera edició! pàg. 370. Estanislao ROCA Y AMAT, *Estudio sobre testamentos mancomunados o recíprocos*, a: GRN XXVII núm. 1252 (1886, 2.12), pàgs. 632-635; 38 núms. 1257, 1262 (1887, 6.1 i 10.2), pàgs. 16-19; 152-155, limita l'extensió de la pràctica al *Campo de Zaragoza* (deu ésser el Camp de Tarragona, atès que ho vincula amb el pacte de compres i millors): «*lo expuesto por D. Guillermo María de Brocá y D. Juan Amell, ..., indudablemente deben hacer referencia a ésta comarca, añadiendo y repitiendo nosotros, á lo por ellos manifestado, que se halla única y exclusivamente circunscrita á los esposos*» (pàg. 17).

Entre els dictàmens publicats de Joan de Deu TRIAS I GIRO (1859-1914)

determinar després d'examinar els protocols notariais. El Col·legi de notaris de Barcelona era contrari al testament mancomunat des d'abans de l'aprovació del Codi civil³³⁵. Declarar l'aplicabilitat de l'art. 669 CC a Catalunya fou el mitjà utilitzat per la Junta Directiva del Col·legi de notaris per impedir que els seus col·legiats autoritzessin testaments mancomunats^{336,337}.

Dictàmens, Impr. Casanovas, Barcelona, 1923, n'hi ha un titulat "Acceptació de llegat en virtut de testament simple en contradicció amb un testament mancomunat". El testament mancomunat havia estat atorgat per un matrimoni l'1-III-1864; el testament simple pel cònjuge supervivent el 13-VII-1890.

(335) El 1886 es constata que «[c]on notable sorpresa hemos visto introducirse y propagarse de pocos años a esta parte en Cataluña los testamentos mancomunados» (REDACCION LN, Testamentos mancomunados, a: LN XIX núm. 1484 (1886, 13-IX), pàgs. 11670-11671, pàg. 11670). La postura era contrària, i es recomenava als notaris que refusessin autoritzar-los: «Creemos hacernos intérpretes de la opinión de la Junta Directiva aconsejando a los Notarios que rechacen esta clase de testamentos y que procuren que los testadores testen en singular y no en plural, pues sabemos que la Junta ha visto con sentimiento que se introduzca una forma de testar tan impropia, extravagante y absurda» (pàg. 11670).

Només es va admetre una excepció, reconeguda a partir d'una carta del notari del districte de Tortosa J. M. LL., publicada a: LN XIX núm. 1498 (1886, 20-XII), pàgs. 11782-11784. Es va acceptar la conservació del testament mancomunat a Tortosa, com a conseqüència de la peculiar composició del patrimoni dels cònjuges amb règim econòmic matrimonial d'agermanament. «Y dada la confusión de bienes establecida, no hay más remedio sino que la disposición sea deliberada, resuelta y aceptada por ambos esposos; y dada esa sola y única voluntad, creemos que es a todas luces conveniente expresarla en un solo documento, pues que en los casos, aunque raros, de revocación por uno solo de los cónyuges, serán mayores los inconvenientes si se ha otorgado la disposición separadamente. Opinamos por último 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» (pàg. 11784).

Posteriorment *La Notaría* aprofitaria un comentari sobre la legislació notarial portuguesa per criticar el testament mancomunat: «Por la curiosa reseña de la manera de funcionar el notariado en Portugal que hace el Sr. Alcalde en los artículos que acabamos de publicar, habrán podido comprobar nuestros lectores de la imperfección de la legislación notarial portuguesa, ... Sin embargo, en medio de tanta imperfección, han tenido los portugueses el buen acierto de prohibir los testamentos mancomunados.» [REDACCION LN, a: LN XXX núm. 1520 (1887, 23-V), pàg. 11967].

(336) REDACCION LN, ¡Tu quoque!, a: LN XXXIII núm. 1663 (1890, 17-II), pàgs. 13131-13136, pàg. 13135: «Los testamentos mancomunados en Cataluña se introdujeron en algunas comarcas importándolos de Castilla que los inventó; (...) Ahora bien, los testamentos mancomunados se oponen a los principios de derecho

Malgrat la postura notarial, la validesa del testament mancomunat a Catalunya (abans de l'entrada en vigor del Codi civil) fou declarada per una sentència de la Sala 1.a civil de l'Audiència Territorial de Barcelona, el 1899 o el 1900³³⁸. Algunes

romano, según los cuales el testamento es un acto unilateral y no puede ser bilateral, y por esto los romanos no lo conocieron. Luego en los parages de nuestro territorio donde se introdujeron constituían una costumbre contra derecho, "una práctica legal tolerada por falta de impugnación", como dice la Circular [de 20-XII-1889], y que la Junta estuvo tentada de anatemizarla aun antes de la promulgación del Código civil. Sentado estos antecedentes, hubiera sido un contrasentido, y hasta un borrón en Cataluña, que, cuando se destierran de Castilla por su manifiesta irregularidad jurídica los testamentos mancomunados allí donde revestían un carácter legal, se conservaran ahora en Cataluña, en donde antes de la publicación del Código ya reunían todas las condiciones de ilegalidad.»

La Notaria ja havia aprofitat la primera edició del Codi civil per a criticar el testament mancomunat: «Nosotros creemos que el artículo 669 es el mejor del Código civil, porque los testamentos de mancomún son una aberración del derecho» [REDACCION LN, Sense títol, a: LN XXXII núm. 1623 (1889, 23.-V) pàgs. 12807-12808].

(337) L. PUIG FERRIOL, E. ROCA TRIAS, Fundamentos III/1.º (N.168), pàg. 227, consideren que fins l'entrada en vigor de la CDCEC es podia testar mancomunadament a Catalunya: «el silencio de la Compilación en esta materia debe ser considerado como una derogación tácita, de modo que al entrar en vigor la Compilación quedó el testamento mancomunado suprimido en Cataluña para el futuro,...»

(338) Es reproduït sense precisar la data ni introduir-hi cap comentari doctrinal, per A. PIAT, ¿Es válido el testamento mancomunado en Cataluña?, a: RJC 6 (1900), pàgs. 85-91. Es diu que es va interposar recurs de casació contra la sentència de l'Audiència, però no s'ha trobat la corresponent sentència a la *Colección legislativa*.

L'Audiència va confirmar la sentència del Jutjat de 1.a instància de Montblanc, quant a l'absolució de la part demandada. Tanmateix, ambdues sentències divergeixen quant a la validesa del testament mancomunat a Catalunya. En primera instància s'havia establert la nul.litat del testament mancomunat atorgat el 7-V-1880: «el actor funda su derecho en haber sido instituído heredero en virtud de un testamento mancomunado cuya clase de testamentos es nula, por ser contrarios a la revocabilidad, que es carácter sustancial de las últimas voluntades conforme reconoce el Colegio Notarial de Barcelona en circular de 20 de diciembre de 1889 y el art. 669 del Código civil que los prohíbe, ...» (pàg. 86). En canvi, el criteri de l'Audiència territorial (Ponent Miguel M.a Rives) fou el contrari: «Que cualquiera que sea el diverso origen histórico jurídico que autores y comentaristas atribuyan al testamento mancomunado en la Legislación general de Castilla y en el Derecho foral catalán, es lo cierto que instaurada por la costumbre esta forma de disposición testamentaria, ha tenido en uno y otro territorio existencia legal; y de que con más ó menos frecuencia se han otorgado válida y eficazmente tales testamentos en una y otra parte, es buena prueba, en Castilla el artículo 669 del Código civil que para en adelante los prohíbe y en Cataluña la misma Circular del Colegio Notarial que recomienda á los colegiados que se abstengan de

institucions i autors mostraren la seva simpatia cap a la regulació del testament mancomunat³³⁹.

3.3.- El caràcter personalíssim del testament.

La formació de la voluntat testamentària (contingut del testament) té un caràcter eminentment personalíssim³⁴⁰. Tannateix, aquesta característica del testament no es troba formulada de manera expressa en el Codi de Successions, possiblement perquè no té caràcter absolut. En efecte, el CS admet la intervenció de tercers en l'ordenació de la successió d'un individu. Aquesta es pot produir de diverses maneres:

- a. l'exteriorització de la voluntat del testador (art. 150,I);
- b. l'elecció entre els alternativament afavorits o la fixació de quotes entre els afavorits conjuntament (arts. 148; 149; 201; 255);
- c. «*la determinació del llegat i de la seva subsistència*» (art. 261,I);
- d. ordenar la destinació de l'herència d'un intestable (arts. 171,I; 175,II).

El primer cas és el de l'herència de confiança (art. 150,I). Com ja s'ha vist, el tercer no intervé en la configuració de la voluntat testamentària, sinó que es limita a transmetre allò que el testador li ha comunicat reservadament.

En el segon i tercer casos, la intervenció del tercer integra la voluntat del testador. En tots els casos la discrecionalitat del tercer es troba limitada. Correspon al testador assenyalar els subjectes afavorits conjuntament o alternativa (arts. 148; 149; 201; 255), o bé fixar la finalitat del llegat (art. 261,I). L'efectivitat de l'atribució no queda mai a l'albir del tercer, la inactivitat del qual es supleix bé per la igualació de

autorizar testamentos otorgados de mancomún por entender que son contrarios al derecho escrito, pero sin desconocer ni negar que de hecho y por costumbre válida y eficazmente se otorgaban.» (pàg.89).

(339) A la Memòria aprovada per L'AJLB el 28-VIII-1899, s'hi pot llegir: «*También se acordó, por mayoría de votos, proponer la conservación del testamento mancomunado que, en ciertos casos, puede resultar de utilidad notoria, para evitar liquidaciones engorrosas entre un consorte y los herederos del otro y para poder distribuir entre los hijos las herencias paterna y materna como si fueran un solo patrimonio*» (pàg. 40). Dos membres de la comissió mantindrien posteriorment el mateix criteri: José PELLA Y FORGAS (1852-1918), Código civil de Cataluña III, Barcelona 1918, pàgs. 115-116; A.M.^a BORRELL Y SOLER, Dret civil (N.47), §.443, pàgs. 56-58 [pàgs. 50-52].

(340) Als negocis personalíssims s'hi refereix l'art. 66.2.c LTIT, encara que no els precisa.

les quotes dels instituïts conjuntament (arts. 148,II; 201,5.a), bé per la transformació de la crida alternativa en conjunta (arts. 148,II; 201,2.a), bé per la intervenció judicial (art. 261,III).

En el darrer cas, la intervenció del tercer té com a finalitat permetre la successió testada d'un individu que no té capacitat per a testar, ja sigui per raó de l'edat (la substitució pupil.lar, art. 171,I) o per manca de capacitat natural per a testar (la substitució exemplar, art. 175,II). La voluntat del tercer substitueix la del titular dels béns que es destinen per causa de mort. Aquesta circumstància diferencia les substitucions pupil.lar i exemplar de les altres «*substitucions hereditàries*» (capítol VI, Títol II) previstes en el CS, la substitució vulgar i la fideïcomissària. Si en aquestes el que es substitueix és l'afavorit en primer lloc pel testador, en les substitucions pupil.lar i exemplar es substitueix la facultat de testar de l'intestable. Per això modernament la doctrina ha qualificat aquestes dues substitucions com a «*expedients per tal de suplir la manca de capacitat*»³⁴¹.

A continuació s'estudien el supòsits en què un tercer substitueix la voluntat d'un individu intestable. En el Capítol següent s'analitza sumàriament la integració de la voluntat del testador per un tercer.

3.3.1.- La substitució pupil.lar.

Ordenar la substitució pupil.lar és una facultat de la pàtria potestat (art. 171,I). Els canvis produïts en aquesta han repercutit en la substitució pupil.lar, fins el punt que la substitució que el CS anomena "pupil.lar" té pocs elements comuns amb la substitució pupil.lar del dret romà. Primerament, en el dret català es va alterar el subjecte substituent. Posteriorment, una nova modificació del legitimat per a substituir incidiria en el subjecte substituït, i en l'objecte de la substitució. També portaria a l'admissibilitat d'una pluralitat substitucions eficaces.

3.3.1.1.- El substituent.

En el dret romà clàssic la substitució pupil.lar consistia en l'exercici per part del titular de la pàtria potestat de la testamentifacció de l'impúber sotmès a la seva pàtria potestat. Un presupòsit per l'eficàcia de la substitució pupil.lar consistia en què, a la

(341) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 120.

mort del substituent, l'impúber no quedés sotmès a la pàtria potestat de ningú altre. És a dir, que mitjançant la substitució es designés l'hereu d'un impúber que en morir fos pupíl³⁴².

En el cap. 16 de les Corts de Perpinyà celebrades sota el regnat de Pere III el 1351 [3.^a CYADC I 8,8,única.] es va establir com a causa legal d'emancipació el matrimoni consentit pel titular de la pàtria potestat.

El legitimat per ordenar la substitució pupil.lar continuava éssent el titular de la pàtria potestat. Però si en el dret romà podia ésser l'avi o el pare, a Catalunya, a partir de 1351, només podia ésser-ho el pare.

En el s./XIX, la modificació de la regulació de la pàtria potestat tindria una superior repercussió en la substitució pupil.lar. L'art. 64 de la *Ley del Matrimonio civil* de 1870 va atribuir a la mare la pàtria potestat sobre el fill legítim³⁴³, a partir de la mort del pare. Aquesta és la fita que provocaria l'ampliació dels substituents, la modificació del subjecte substituït i, de retruc, la de l'objecte de la substitució³⁴⁴.

La regulació de la pàtria potestat en la *Ley de Matrimonio civil* (recollida posteriorment en l'art. 154,I CC, redacció originària) provocava que, en tots els casos en què el pare premorís a la mare, l'impúber no esdevingués pupíl subjecte a tutela perquè quedava sotmès a la pàtria potestat de la mare. En aquests casos, fallava el pressupòsit de la substitució pupil.lar.

A.- El canvi de subjecte substituït.

(342) M. KASER, DRP (N.149), pàg. 689: «*Ein Sondertyp bildet die substitutio pupillaris. Hat der Erblasser einen unmündigen Abkömmling, der mit seinen Tod gewaltfrei werden wird, zum Erben eingesetzt oder enterbt, gestattet man dem Erblasser, auch dem pupillus, wenn dieser als Unmündiger sterben sollte, ein Erben einzusetzen. Dies ist der einzige Fall, in dem jemand für einen anderen testieren kann*».

(343) Tingui's en compte que, en endavant, es pressuposa aquesta qualitat de legítim sempre que s'al.ludeix a "fill".

(344) Ramon COLL Y RODES, De la successió dels impúbbers en Dret català, a: *RJC* 15 (1909), pàgs. 145-163; 245-258; 303-310; 347-357; 397-408; 447-516; 551-555; 16 (1910), pàgs. 217-227; 270-278; 307-331; 364-382; 417-425: «...la intromissió, dintre del cos de la nostra legislació pròpia, de la pàtria potestat de la mare, no prevista en el dret romà ni el català, que obrant com un ferment ha vingut a regirar de soca y arrel el nexa y relació entre 'ls principis fonamentals de la substitució pupilar, destruint la seva unitat y donant origen a conflictes de difícil solució,...» (1909, pàg. 455)

La conclusió anterior xocava amb l'esperit majoritari de l'època³⁴⁵. Per això foren pocs els autors que neguessin l'eficàcia de la substitució pupilar ordenada pel pare quan aquest premoria al seu cònjuge³⁴⁶.

La doctrina majoritaria es pot dividir en dos grups. Els més radicals negaven que la pàtria potestat de la mare la legitimés per a substituir pupil.larment el fill legítim impúber³⁴⁷. D'altres, en canvi, admetien que la mare pogués substituir pupil.larment el

(345) Ramon COLL y RODES, De la successió (N.344), 1909, pàg. 449-450 afirmava que «[e]fectivament, pera poguer ordenar vàlidament una substitució pupilar, es precis tenir la immediata patria potestat sobre l'impúber de manera qu' aquest al morir el sustintyent quedi lliure de la potestat patria. Com al morir el pare, el fill passa á la patria potestat de la mare, mentres aquesta es conserva viuda, aquell requisit no's pot complir y per lo tant en rigor dels principis no val la substitució pupilar, com en el dret romá no valia la substitució ordenada per l'avi si'l net substitut al morí aquell havia de caurer baix la patria potestat del pare. Pro no's pot desconeixer que aquesta solució repugna al esperit de tota la teoria de la substitució pupilar que considera al pare com la única persona naturalment facultada pera otorgarla y es contraria á les disposicions romanes que may havían pogut somiar aquesta solució per no haver previst que la mare arrivés á tenir la patria potestat sobre sos fills».

Posteriorment, es manifestaria en el mateix sentit en una conferència pronunciada a l'AJLB l'11-III-1912: Consideracions (N.288), pàgs. 349-352.

(346) J. MESTRES MARGALEF, Apuntes N.190, pàg. 91: «... El padre por lo mismo no siempre podrá ordenar esta substitucion, porque á su fallecimiento quedarán los hijos bajo la patria potestad de la madre, si esta le sobrevive, y ella, en tal caso, podría ordenar la substitucion pupilar. De modo, que la substitucion pupilar que ordene un testador valdrá en el caso de que le premuera su esposa, porque entonces sus hijos ya quedarian libres de la patria potestad al fallecimiento de aquel». Cinquanta anys després, A.M.^a BORRELL Y SOLER, Dret civil (N.47) §. 451, pàg. 111 [pàg. 101] es pronunciaria en el mateix sentit.

(347) En dates properes a la Llei, G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, Instituciones (N.120), ho dubten, encara que no es pronunciin de manera clara (1880 §.568, pàg. 391; 1888 §.675 II pàg. 355). M. DURAN Y BAS, Memoria (N.116), només feia referència a la substitució pupilar ordenada pel pare, tant en la Memoria (pàgs. 192-193), com en l'articulat (art. CCXCIV, pàg. 376).

Entrat el s.XX, J. PELLA Y FORGAS, Código civil (N.339), pàgs. 201-203 nega que la titularitat de la pàtria potestat legítimi la mare per exercitar la testamentifacció activa de l'impúber. Entre d'altres raons, perquè els fills segueixen la família del pare i no la de la mare. «¿Además, es que la patria potestad de la madre debe ser la misma que la del padre? No todos los Códigos modernos admiten tal igualdad» (pàg. 203).

Thomas MIERES (1400-1474), Apparatus super constitutionibus Curiarum Generalium Cathalonie per... in Decretis licentiatum et iurisperitum Gerundensem editi. Pars Prima. [Pars Secunda]. Typis et ære Sebastiani à Comellas, Barcinonæ 1621 [MDCXXI] també havia negat a la mare la legitimació per substituir pupil.larment en

fill legítim impúber sotmès a la seva pàtria potestat, però també perseguien que la substitució pupil.lar ordenada pel pare fos eficaç. Dins d'aquest grup, destaca R. Coll i Rodés, qui va escriure la que s'ha de considerar com a l'obra de referència sobre la matèria, amb directa incidència en el procés del dret civil català³⁴⁸.

R. Coll afirmava que la substitució pupil.lar ordenada pel pare era eficaç quan el fill moria impúber sota la pàtria potestat de la mare³⁴⁹. D'aquesta manera s'evitava la successió intestada de l'impúber per qui el pare havia atorgat testament.

Admetre l'eficàcia de la substitució pupil.lar ordenada pel pare quan el fill moria sota la pàtria potestat de la mare significava transformar el subjecte substituït. L'anomenada "substitució pupil.lar" deixava d'ésser la substitució del pupil que no podia testar per raó de l'edat i esdevenia la substitució de qualsevol impúber, fos pupil o *filius familias* en el moment de la seva mort.

Des de l'òptica actual, el resultat a què s'arribava (l'ampliació del subjecte substituït) es veu del tot lògic: el titular de la pàtria potestat exercita la testamentifacció d'un intestable per raó de l'edat. Però, com s'ha vist, en el moment en què es formula només tenien la testamentifacció els *sui iuris* púbers³⁵⁰. Proposar l'efectivitat de la substitució pupil.lar ordenada pel pare quan l'impúber moria sota la pàtria potestat de la mare significava multiplicar el caràcter excepcional de la substitució pupil.lar. Ja no s'exercia la testamentifacció d'un incapaç només per raó de l'edat, sinò que es testava per un *alieni iuris*, el qual no hauria adquirit la testamentifacció activa pel simple fet d'haver arribat a la pubertat³⁵¹.

els supòsits excepcionals en què estigués investida de pàtria potestat sobre algun fill (Collatio 6, cap. I, núms. 198-199, pàg. 21).

(348) R. COLL y RODES, De la successió (N.344). L'obra fou premiada amb un accésit «del concurs de monografies sobre tema lliure de Dret Civil Català», organitzat per l'AJLB el 1909. Vegeu *RJC* 15 (1909), pàg. 92. Abans d'ell, ja havien proposat la mateix solució Francisco ROMANI Y PUIGDENGOLAS (1830-1914) i de Juan de Dios TRIAS Y GIRO, *Ante-proyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Barcelona 1903, pàgs. 50; 210-212.

(349) R. COLL y RODES, De la successió (N.344), 1909, pàg. 450. Tanmateix, admetia que «no's pot donar com solució segura per basarse en un criteri més racional que rigurosament legal» (pàg. 450).

(350) Vegeu l'apartat IV.2. La capacitat per a testar.

(351) En la regulació del Projecte privat de Fr. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, J.

Tingui's en compte que el Codi civil havia atorgat la capacitat per a testar a qualsevol major de 14 anys, amb independència que estigués sotmès a pàtria potestat o a tutela (art. 663,1.º CC). És possible que R. Coll hagués assumit l'aplicació supletòria del CC en matèria de capacitat per a testar³⁵².

La doctrina de R. Coll va influir en l'Ap-30 i en l'AvPC-55. La solució del PrLC-59 és similar.

En l'Ap-30 es presuposava el concepte de substitució pupil.lar. Les referències al subjecte substituït eren a l'«impúber» (art. 292), «su hijo impúber» (art. 293,I) i «fallecer el substituído en la impubertad» (art. 293,III). En cap moment es fés alguna al·lusió al caràcter *sui aut alieni iuris* que tingués el substituït en morir, la qual cosa era plenament conseqüent amb l'art. 247 Ap-30, el qual atorgava la testamentifacció activa als púbers amb capacitat natural.

En l'AvPC-55, en canvi, es definia la substitució pupil.lar en l'art. 328,I: l'ordenada per un titular efectiu de la pàtria potestat per al cas que el fill impúber morís abans d'arribar a la pubertat. També era conseqüent amb el seu art. 225, que interpretat a *contrario* donava la testamentifacció activa al púber amb capacitat natural (no declarat judicialment pròdig).

En el PrLC-59, l'art. 187,I coincidia amb l'art. 328,I AvPC-55. No contenia cap norma de capacitat per a testar, per la qual cosa s'ha de deduir que pressuposava les del Codi civil (arts. 662-666 CC).

L'art. 156,I CDCEC coincidia amb l'art. 328,I de l'AvPC-55. Tant a l'Ap-30, a l'AvPC-55, al PrLC-59 com a la CDCEC, la substitució pupil.lar no caducava pel fet que el fill no esdevingués pupil en el moment de la mort del substituent. Per això, el qualificatiu de la substitució ordenada pel pare era inadequada sempre que el substituent premorís a la mare. En aquests casos, el fill substituït pel pare quedava

TRIAS Y GIRO, Ante-proyecto (N.349), es pot veure aquesta paradoxa. En ell, la successió del que moria trobant-se sotmès a pàtria potestat podia ésser testada (com a conseqüència de la substitució pupil.lar) si moria en la impubertat (art. 511). Però si era púber, no podia atorgar testament, sinó donació per causa de mort amb el consentiment del titular de la pàtria potestat (art. 667), llevat que «vivan en separada autonomia de sus padres» (art. 433 rel. 208).

(352) En una conferència pronunciada a l'AJLB l'11-III-1912, R. COLL y RODES, Consideracions (N.288), pàg. 277, proposava *de lege ferenda* que el «[n]ostre dret deu assolir el nivell dels còdics moderns rebutjant definitivament les incapacitats de dret que se conserven com resquicis de institucions socials modificades».

sotmès a la pàtria potestat de la mare (art. 154,I der. CC). En canvi, el fill impúber que substituïa la mare esdevindria pupil a la mort d'aquella.

Com es sabut, la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio* va atribuir la pàtria potestat a ambdós progenitors conjuntament i simultània (art. 154,I CC). A partir de llavors, l'art. 156,I CDCEC tenia una significació completament diferent: la mare, com a cotitular de la pàtria potestat, podia ordenar la substitució pupil.lar del seu fill sense necessitat d'esperar a la mort del pare d'aquest³⁵³.

En el punt que ara s'analitza, el subjecte substituït, la incidència de l'esmentada L. 11/1981 en la substitució anomenada "pupil.lar" fou bilateralitzar la inadequació del qualificatiu. Tant el pare com la mare substituïen la testamentifacció d'un fill impúber que continuaria sotmès a la pàtria potestat de l'altre progenitor una vegada mort el substituent.

Tanmateix, el qualificatiu *pupil.lar* es conserva inalterat en el CS (arts. 171-174 CS)³⁵⁴.

B.- La pluralitat de substitucions pupil.lars.

Admetre l'eficàcia de la substitució pupil.lar ordenada pel pare quan el fill moria éssent fill de família va provocar el canvi del subjecte substituït. Admetre-la quan el fill

(353) En aquest sentit, Lluís ROCA-SASTRE MONCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXVIII-2.º*. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid, 1982, pàgs. 351-415, pàg. 398.

En contra, L. PUIG FERRIOL, La substitució pupilar en Catalunya, a: ADF 1 (1975), pàgs. 307-355, i Arts. 156, 160, 170, 174, 176, 177 i 179, a: F. BADOSA COLL et alii, *Comentarios a les reformes del Dret civil de Catalunya I*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1987, pàgs. 635-662, qui considerava que l'art. 156,I CDCC permetia «interpretar l'anterior article 154 C.c. en el sentit que, vivint el pare, la mare participava també en els drets i obligacions derivats de la pàtria potestat» [pàg. 638].

(354) Per a la CDCEC, Fr. CONDOMINES VALLS, R. FAUS ESTEVE, Derecho civil (N.67), pàg. 202, afirmaven que «[l]a diferencia de terminologia deriva de estimar impúber al "pupilo", al que no tiene 14 años, y la ejemplar se llama así por estimarla análoga o hecha a semejanza de la ejemplar». L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàg. 385 també considera que "impúber" i "pupil" són sinònims: «[e]ste tipo de sustitución es denominada pupilar, por cuanto se halla al servicio de los hijos en edad pupilar».

impúber moria éssent pupil, va obligar a resoldre l'eventual existència de dues substitucions pupil.lars, ordenades pels successius titulars de la pàtria potestat.

Es proposaren dues solucions. Fr. Romaní i J. Trias admeteren l'eficàcia de les dues substitucions, però tractant a la mare com si hagués adquirit la pàtria potestat del fill impúber mitjançant arrogació³⁵⁵. El substitut pupil.lar que aquesta hagués nomenat només adquiriria els béns del pupil procedents de la successió de la mare³⁵⁶. Tingui's en compte que Romaní i Trias defensaven en el seu projecte privat d'Apèndix un concepte de substitució pupil.lar que tenia poc a veure amb el del dret romà. Admetien que la substitució pupil.lar compregués l'herència del substituent i la del substitut o que es limités a alguna de les dues³⁵⁷. Per aquesta raó, no creien indispensable que el substituent hagués d'atorgar testament per a la seva pròpia herència. Consideraven que l'exercici de la testamentifacció pel fill tenia plena autonomia negocial³⁵⁸. Amb aquest

(355) Juan IGLESIAS, Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado, Ed. Ariel. Barcelona, 1972 (reimpr. 1979), pàgs. 537-538: «*En virtud de una epístula de Antonino Pio dirigida a los Pontífices -presidentes, por el momento, de los comicios curiados-se permitió bajo determinadas condiciones, y siempre que mediara una causa legítima la adopción de los impúberos.*» «...las medidas fijadas por Antonino Pío para la tutela del arrogado, y que se resumen así: ...; el arrogante debe restituir el patrimonio a los herederos que hubiera tenido el arrogado, de haber muerto sui iuris».

(356) Amb una excepció: quan la substitució pupil.lar ordenada per la mare fos expressa i la del pare implícita en una substitució vulgar. Fr. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, J. TRIAS Y GIRO, Ante-proyecto (N.348), Art. 513,1.o , pàg. 211: «*Cuando el padre y la madre en ejercicio de la patria potestad nombran sustituto pupilar para un mismo hijo, el nombrado por el padre se considera heredero en los bienes del padre y en los del hijo y el nombrado por la madre, tan sólo en los bienes de ésta. Esto no obstante, la sustitución pupilar expresa ordenada por la madre es preferida á la tácita resultante del nombramiento del padre*». La substitució ordenada pel pare adoptiu es troba en l'epígraf 2.o del mateix article: «*2.º El padre adoptante solo puede nombrar sustituto para su hijo adoptivo en cuanto á su propia herencia, pero no á la del hijo*»

(357) Fr. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, J. TRIAS Y GIRO, Ante-proyecto (N.348), Art. 512, pàg. 210: *Puede nombrarse sustituto pupilar en la herencia del otorgante y en la del sustituido ó bien en una sola de éstas, nombrando heredero en los bienes propios, bien al mismo instituido, bien á un extraño.*

(358) Fr. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, J. TRIAS Y GIRO, Ante-proyecto (N.348), pàg. 211: Art. 514. *La sustitución pupilar en los bienes propios del hijo puede ordenarse en documento separado del testamento del padre, mediante que en aquél concurren todas las solemnidades del testamento ordinario.*
Art. 515. *La sustitución ordenada sobre bienes propios del hijo es independiente de la existencia y validez del testamento del otorgante. Puede también otorgarla el padre ó*

peculiar concepte de substitució pupil.lar, Romaní i Trías no tenien cap dificultat per considerar ambdues substitucions pupil.lars, tot i que només una (normalment l'establerta pel pare) abastés els béns de l'impúber.

L'altra solució es troba en la monografia de R. Coll³⁵⁹. Perquè servava el concepte romà de substitució pupil.lar, considerava que la substitució ordenada pel darrer titular de la pàtria potestat reunia tots els requisits exigits pel Dret romà per a la substitució pupil.lar. Per això, tot i que a contracor³⁶⁰, afirmava que només el substitut pupil.lar designat per la mare seria hereu de l'impúber³⁶¹. Tanmateix, la substitució ordenada pel pare no deixava de produir efectes, encara que no fossin els propis de la substitució pupil.lar: limitada exclusivament als béns adquirits del substituent, tenia la consideració de pupil.lar impròpia, és a dir, fideïcomissària condicionada al fet de la mort del fill en la impubertat.

La influència de la monografia de R. Coll en l'art. 293,III Ap-30 i l'art. 329,II AvP-55 és clara³⁶². Establien, respectivament, la "reducció" i la "conversió" de la

madre que no dispusieran de sus bienes propios.

(359) Dos anys després, R. COLL y RODES, Consideracions (N.288), pàg. 351 "jutjaria" «*molt encertada la disposició continguda en el Avantprojecte dels senyors Romaní y Trás, segons el qual; ...el nomenat pel pare serà el veritable substitut pupilar, el que tindrà el patrimoni propi del impúber*».

(360) R. COLL y RODES, De la successió (N.344), 1909 pàg. 451: «*Está clar qu' aquesta solució porta a la consecuenca gravíssima de limitar extraordinàriament les facultats en tot temps reconegudes al pare per a sustituir á sos fills impubers, pro no dubtem en considerarla com la única que 's pot adoptar seguint el rigor dels principis,...*»

(361) R. COLL y RODES, De la successió (N.344), 1909 pàg. 455, preveia la mateixa excepció que Fr. ROMANÍ I J. TRIAS, però amb sentit invers, «*...preferint la expressa disposada per el pare á la tácita continguda en la sustitució vulgar expressa que posteriorment hagi establert la mare viuda al instituir hereu á son fill, ...*»

(362) Art. 293,III Ap-30: «*Si padre y madre dispusieren substitución pupilar, sólo producirá efectos de tal lo dispuesto por aquél de ellos que sobreviva. Lo dispuesto por el primero que fallezca quedará reducido a un fideicomiso condicional de los bienes del testador para el caso de fallecer el substituído en la impubertad*».

Art. 329 AvPC-55: «(I) *El substituto tendrá el carácter de tal respecto de los bienes que subsistiendo al fallecer el impúber, haya éste adquirido por herencia o legado del padre o de la madre que dispuso la substitución; y el de heredero del impúber respecto de la herencia por éste relicta. No afectarán a esta última cualesquiera limitaciones o cargas, impuestos por los padres en su testamento. (II) Si padre y madre disponen substitución pupilar, solamente surtirá efecto la dispuesta por el que de ellos sobreviva.*

substitució ordenada en primer lloc (pel pare) en fideïcomissària condicionada al fet de morir el pupil en la impubertat³⁶³. Així també es preveia en l'art. 188,II del PrLC-59 que va entrar a les *Cortes Españolas*³⁶⁴.

Per donar eficàcia a la substitució pupilar ordenada pel pare, R. Coll i l'Ap-30 només tenien un recurs: convertir-la en fideïcomissària, l'única substitució que permetia adquirir béns del causant després d'un altre. Atès que l'impúber havia adquirit els béns no gravats, s'hauria de considerar que es referien a un fideïcomís de residu (art. 310 Ap-30) per justificar el poder de disposició de l'impúber.

A l'AvPC-55 i en el PrLC-59 també es configurava com a substitució fideïcomissària³⁶⁵, encara que en ambdós també es preveia una altra substitució, la

La ordenada por el otro se convertirá en substitución fideicomisaria condicional para el caso de fallecer el hijo en la impubertad y sólo sobre los bienes procedentes de la sucesión del premuerto. (III) La sustitución pupilar que el testador extienda a edad mayor que la impubertad, se convertirá en fideicomisaria condicional sobre los bienes procedentes de la sucesión del testador».

(363) Sorprenen que en els arts. 293,III Ap-30 i 329,II AvPC-55 (vegeu N.362) es formulés com a bilateral quelcom que llavors només podia ésser unilateral: la regulació de la successió de l'impúber segons la substitució establerta per l'últim progenitor en morir. La mare no podia ordenar la substitució pupilar del fill legítim fins que hagués mort el seu cònjuge. De concórrer les substitucions ordenades per ambdós progenitors, la successió de l'impúber seria regida per la de la mare.

Tanmateix, la norma no era del tot supèrflua. Pressuposava l'eficàcia de l'ordenada pel primer en morir (necessàriament el pare) en qualsevol altre cas: la mort de l'impúber sota la pàtria potestat de la mare, i la mort de l'impúber sense que el darrer titular de la pàtria potestat (la mare) hagués ordenat substitució pupilar. Per tant, confirmava que el que es perseguia amb la substitució encara anomenada "pupilar" era l'exercici de la testamentifacció de l'impúber, amb independència que fos pupil o que estigués sotmès a la pàtria potestat de l'altre progenitor.

(364) Art. 188 PrLC-59. «(I) *En la sustitución pupilar el substituto lo será respecto de los bienes que, subsistiendo al fallecer el impúber, haya adquirido éste por herencia o legado del padre o de la madre que dispuso la sustitución. tendrá el carácter de heredero del impúber, respecto de la herencia por éste relicta, a la que no afectarán las limitaciones o cargas impuestas por los padres en su testamento.* (II) *Si el padre y la madre ordenan sustitución pupilar, solamente surtirá efecto la dispuesta por el sobreviviente. La ordenada por el otro se convertirá en sustitución fideicomisaria condicional, para el caso de fallecer el hijo en la impubertad, y limitada a los bienes procedentes de la sucesión del premuerto»*

(365) Entengui's substitució fideïcomissària de residu si quid supererit (art. 406,II AvPC-55; art. 232 PrLC) atès que els art. 329,I AvPC (vegeu N.362) i 188 PrLC (vegeu N.364) es referia a «*los bienes que subsistiendo al fallecer el impúber*»

preventiva de residu (arts. 406,III; 415 AvPC-55; arts. 232,II; 236 PrLC-59), més adient amb l'adquisició de la plena propietat per part del pupil.

En l'art. 157,II del Dictamen de la Comisión, que va esdevenir art. 157,II CDCEC, es va canviar el *«solamente surtirá efecto la dispuesta por el que de ellos sobreviva. La ordenada por el otro se convertirá en substitución fideicomisaria condicional para el caso de fallecer el hijo en la impubertad y sólo sobre los bienes procedentes de la sucesión del premuerto»* per *«subsistirán ambas respecto de sus propios bienes, pero respecto de los del pupilo valdrá solamente la ordenada por el último que fallezca»*.

Durant la tramitació a *las Cortes Españolas*, es va qualificar com a "pupil.lar" la substitució ordenada pel pare (el primer en morir), ineficaç com a tal en l'art. 188,II PrLC-59. L'art. 157,II CDCEC ha esdevingut l'art. 172 CS. Es pot interpretar de dues maneres:

- 1.- la denominació de la substitució ordenada pel pare és una simple qüestió de prestigi: la conseqüència seria una substitució pupil.lar impròpia, que amagaria una substitució fideïcomissària de residu per al cas que el fiduciari morís en la impubertat;
- 2.- la substitució pupil.lar ordenada pel pare premort al seu cònjuge és pròpiament una substitució pupil.lar.

La solució per la qual s'opti condicionarà l'objecte de la substitució i la mateixa configuració de la substitució pupil.lar. En aquest moment es deixa pendent perquè cal introduir nous elements. La qüestió de què s'ha tractat en aquest epígraf és la possibilitat de morir amb més d'una substitució pupil.lar eficaç. La resposta serà negativa si s'opta per la primera interpretació i afirmativa si s'escull la segona.

3.2.1.2.- L'objecte de la substitució.

A.- Les herències en la substitució pupil.lar.

La substitució pupil.lar consisteix en l'exercici de la testamentifacció activa de l'impúber per part del titular de la pàtria potestat. S'ha d'ordenar en el testament que els progenitors *«atorguin per a llur pròpia herència»* (art. 171,I). Per això és evident que en el testament en què s'ordena la substitució pupil.lar hi ha un únic negoci de destinació i dues futures herències successives, la del substituent i la de l'impúber.

Teòricament, només es podia parlar de dues herències en el moment en què el

titular de la pàtria potestat atorgava el testament. En el moment de la mort del substituent, només hi havia una herència, la seva. En el moment de la mort del substituït en la impubertat, una altra, la de l'impúber, formada per béns adquirits del substituent o d'altre origen, entre els que n'hi podria haver d'adquirits en la successió de l'altre progenitor.

No és aquesta la regulació del CS. En efecte, el substitut pupil·lar no té exclusivament la consideració d'«hereu directe» de l'impúber, perquè sobre els béns adquirits del substituent té la consideració de «substitut» (art. 172 CS). La doble qualitat del substitut (art. 172 CS; 157 CDCC) prové de l'art. 329,I AvPC-55. Com s'ha vist, el pupil només moria amb una substitució pupil·lar eficaç, mentre que l'ordenada pel progenitor mort en primer lloc (el pare), es convertia en fideïcomissària condicional (art. 329,II AvPC-55). Tanmateix, l'art. 329,I AvPC-55 distingia en l'únic substitut pupil·lar una doble qualitat: a la d'hereu del substituït, s'afegia la qualitat de successor del substituent en els béns que l'impúber va rebre de la successió d'aquell, postser per fer més semblants ambdues substitucions³⁶⁶.

Els béns de què el pupil era titular en morir poden tenir un triple origen:

- 1.- d'una banda, els béns adquirits per l'impúber en la successió del substituent (arts. 172; 349,1.a CS);
- 2.- «els béns de l'impúber procedents de la successió» de l'altre progenitor (arts. 173,I; 349,1.a CS), en el seu cas;
- 3.- la resta de béns ³⁶⁷ (art. 172; 349,3.a CS).

Els béns adquirits per causa de mort del substituent («per herència o llegat») per part de l'impúber no s'integren en «l'herència relictada per aquest, (art. 172)». Constitueixen, per tant, un patrimoni separat, que s'ha de qualificar com a herència del substituent, a qui es succeeix^{368, 369}.

(366) En canvi, l'art. 188 PrLC-59 (N.364) es va separar sensiblement de l'AvPC-55. La successió de l'impúber només podia registrar-se per una substitució pupil·lar (§.II). El substitut tenia exclusivament la qualitat d'hereu de l'impúber (§.I).

(367) La distinció de patrimonis segons la procedència dels béns es produeix en el moment de la mort de l'impúber. A diferència de la substitució fideïcomissària (arts. 182; 214,I), la substitució pupil·lar no grava els béns adquirits mortis causa per part del pupil. L'acceptació de l'herència per part del menor gaudeix del benefici d'inventari encara que no s'hagi inventariat el patrimoni hereditari (art. 33,I). Sense l'inventari, determinar els béns adquirits del substituent mitjançant el títol d'hereu serà molt difícil.

(368) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàgs. 121-122.

Per tant, quan el testador nomena un substitut *pupil.lar*, ordena la successió de l'impúber i, a més designa un segon adquirent dels béns que ha atribuït per títol d'hereu o de legatari, (art. 172).

Com s'ha vist, l'art. 172 CS estableix la "subsistència" de d'una *substitució pupil.lar* l'eficàcia de la qual consisteix exclusivament en nomenar un adquirent successiu a l'herència del substituent. Si es considerés que la «*substitució pupil.lar*» és pròpiament una substitució fideïcomissària condicional, «*substitut*» s'hauria d'interpretar com "adquirent successiu" en la successió del substituent. La «*substitució pupil.lar*» "subsistent" no repercutiria en el concepte de «*substitució pupil.lar*».

En canvi, si s'interpretés que la substitució subsistent és una veritable «*substitució pupil.lar*» caldria plantejar-se si ordenar la destinació de les dues herències és essencial per a la «*substitució pupil.lar*» ordenada en el Codi de Successions, o bé si n'hi ha prou amb una.

L'art. 174 CS pot donar la solució.

B.- L'art. 174 CS.

En l'art. 174 CS es preveu la substitució «*pupil.lar tàcita*» en una substitució vulgar feta a un impúber. Sorpren que aquesta substitució «*pupil.lar*» no "comprengui" tot el patrimoni de l'impúber, sinó exclusivament «*[e]ls béns de l'herència relictada pel substituent*», els quals seran adquirits (art. 172) pel substitut *pupil.lar*.

(369) En el dret català històric, la const.85 de les Corts de 1585 (3.^a CYADC I 6,2,3) va establir la fragmentació de l'herència en la successió testada del pupil, en fixar que el pare havia d'atribuir a determinats parents materns els béns rebuts pel pupil en la successió de la mare.

Tanmateix, no en resultaven herències diferenciades. L'esmentada constitució restringia al pare la facultat d'elecció del successor del pupil quant als béns procedents de la successió materna. En aquell moment, la disposició no tenia caràcter bilateral perquè la mare, mancada de pàtria potestat sobre l'impúber, no podia ordenar la substitució *pupil.lar*. Això significa que, els patrimonis en què es fragmentava l'herència testada del pupil eren dos: d'una banda, els béns adquirits pel pupil en la successió de la mare; d'altra, la resta del patrimoni del pupil, dins del qual s'hauria d'incloure-hi els béns procedents de la successió del pare substituent.

Els parents materns que el pare designava perquè adquirissin els béns que el pupil havia rebut en la successió de sa mare només podien tenir la condició de successors de l'impúber. És evident que no podien ésser considerats successors (adquirents successius) de la mare, perquè qui havia ordenat la substitució era el pare. Tampoc podien tenir la consideració d'adquirents successius del substituent perquè els béns que aquest els atribuïa per imperatiu legal no havien estat mai de la seva titularitat.

L'origen remot d'aquest precepte és D. 28,6,4 (l.iam hoc iure, De vulgari et pupillari substitutione). En el dret intermedi es va assenyalar que la substitució anomenada "pupil.lar" no es pot considerar implícita en les paraules amb què el testador ordena la substitució vulgar. L'efectivitat de la segona pressuposa la frustació de la crida a favor, en aquest cas, de l'impúber. En canvi, l'efectivitat de la substitució anomenada "pupil.lar" necessita que l'impúber accepti la crida. Per tant, no es podia considerar una substitució derivada de la voluntat del causant (implícita) sinò que derivava d'una presumpció legal³⁷⁰.

Per això la substitució pupil.lar inclosa en la vulgar no es va justificar en la substitució vulgar ordenada pel substituent, com s'hauria hagut de fer en el cas de considerar-la implícita en les paraules del testador. El fonament de la presumpció es va trobar en la institució d'hereu a favor de l'impúber: l'afecte que el testador li havia manifestat en instituir-lo portava a entendre que la substitució prevista per a la successió del testador (vulgar) es reproduís en la del pupil de la manera més favorable possible. I, en el dret romà i en el *ius commune*, res era més favorable que evitar la mort intestada³⁷¹.

(370) Fr. MANTICA, De coniecturis (N.107), V. tit. 13 n.6 fol. 99.

(371) Franciscus FERRER ET NOGUES (1560/80-1629/40), Commentaria sive glossemata ad utiliore[m] quondam ex Constitutionibus Principatus Cathalonie incipientem Los impubers, sub rubro de pupillaribus et aliis substitutionibus... Illerdæ, 1617., glossa 1, núms. 89-92 (fol. 15-2): «*Nam divi Marci constitutio, cui tribuitur introductio, ut pupillaris in vulgari compræhendatur in l.iam hoc iure 4. de vulg. non quidam in alia ratione fundari potest, nec alium fundamentum secum adducere, communes testantur preterquam iusta interpretatione; quod substitutio in unum, vel primum casum facta, in alium vel secundum facta videatur supleatur, et addatur voluntati testatoris, de qua verosimiliter quilibet præsumere debeat, voluisse filio suo impuberi dari substitutum. De quo enim est credendum, quod si voluit sibi providere de substituto in casum vulgarem, quod idem non voluisse, ex filio suo. Patet, nam ex institutione [90] colligitur major dilectio testatoris, l.filium 5. §.sed si portio. de leg. præ. in l.hæredes mei. 57. §.cum ita. ad Trebel. ubi rationavit Bart[olus] in n.2. Facit doctrina BART[OLUS] in l.gallus §.si a parente. de liber. et posth. latè MANTI[CA] de coniect. lib.6 tit.11 fere per totum. Et exinde dici solet [91] quod cum ignotum affectio non cadat, in dubio non intelligatur vocatus, doctores in l.gallus §.etiam si a parente. de liber. et posth. Dare autem substitutum pupillo, respicit favorem illius et inter actos favorabiles reputatur, [92] hoc etiam de per se clare patet, cum sit eiusdem pupilli testamentum, ut in l.2 de vulg. in §.sed neque impuberis. l.Papinianus 8. de inofficios. quantum autem favorabile sit, cum testamentum decedere, dicet text. in l.1 C. de sacros. eccles. et §.dispo. in auth. de nupt. si igitur pater dilexit pupillum, et dillexio ex institutione et vocatione colligitur: credendum est, voluisse eum, cum omni illius commodo, favore et utilitate diligere, nominare, et instituere, et consequenter,*

L'origen remot de la norma en l'art. 174 CS explica la seva finalitat inicial i permet afirmar que, en aquest article, «tácita» no equival a "implícita" sinò a "presumpta". Però el contingut de l'art. 174 trenca amb l'originària finalitat del precepte, perquè la substitució presumpta no impedeix la mort intestada de l'impúber^{372,373}. L'afavorit per la presumpció ja no és l'impúber, sinò el testador.

Que la substitució anomenada "pupilar" no inclogués els béns del pupíl també

cum successore ex testamento ipsius.»

(372) Contràriament, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàg. 396, afirma que «*la substitución vulgar expresa, no la tácita, implica la pupilar tácita y únicamente, como es natural, respecto del patrimonio propio del padre o madre substituyentes*»

(373) Un treball específic sobre la substitució pupilar hauria de trobar el perquè del precepte, que apareix per primera vegada en l'art. 331 AvPC-55: «*La substitución vulgar expresa si el instituido heredero es impúber, comprenderá la pupilar tácita respecto de los bienes de la herencia relicta por el substituyente; excepto en el caso de haber sido substituidos recíprocamente dos hermanos, uno púber y otro impúber*».

La regulació és sorprenent en el mateix AvPC-55, perquè, com s'ha vist, la substitució pupilar ordenada pel pare que no abastava els béns de l'impúber per concórrer amb l'ordenada per la mare es convertia en substitució fideïcomissària condicional (art. 329,II AvPC-55, N.362).

Històricament, la substitució pupilar ordenada pel pare impedia que la mare adquirís res en la successió de l'impúber. Per això, no s'entenia ordenada una substitució pupilar tácita en una substitució vulgar expressa quan aquest fet portés a excloure la successió de la mare. Ex. J. CANCERIU, *Variarum resolutionum* (N.28) I,1,19 (pàg. 7): «*Quam tacitam pupillarem est certum contra matrem non admitti, non solum in sua legitima, sed nec in aliis bonis pupillis, l.precibus C. de impub. et aliis subst. et l. fina. C. de instit. ... et latius VASQUIS de succes. lib.1 §.3 n.7 Ubi n.19 limitat prædictam conclusionem, si ex coniecturis conficiatur fuisset de mente defuncti, ut tacita pupillaris excluderet matrem, et sic substitutum matrem, etiam quoad eius legitimam, præferri, veluti si substitutus esset filius testatoris frater impuberis, ...*»

En aquest sentit, quan a Catalunya s'establí el 1363 (3.^a CYADC I 6,2,2) que les paraules comunes s'interpretessin com a directes en la *substitutio que per lo Pare se fa a Fill impuber*, s'estava potenciant l'exclusió de la mare, perquè la substitució es consideraria pupilar per comptes de fideïcomissària. Una "contrapartida" serien els límits introduïts el 1585 en l'elecció dels substituïts, quant als béns procedents de la línia materna, precisament «*Per quan apar gran iniquitat, que tenint una persona Germans, o Germanas, o altrás parents de part de Mare...*» (3.^a CYADC I 6,2,3).

Fóra agosarat vincular les limitacions del dret històric amb la regulació de l'AvPC-55 i treure'n alguna conclusió.

A l'art. 190 PrLC-59 s'havia eliminat la limitació sobre l'abast de la substitució: «*La substitución vulgar expresa, si el instituido heredero es impúber, comprenderá la pupilar tácita, excepto en el caso de haber sido substituidos recíprocamente dos hermanos, uno púber y otro impúber. Todo ello salvo disposición en contrario del testador*».

succeïa, com ja s'ha vist, en l'art. 172 final CS. Quan concorren les substitucions anomenades "pupil.lars" ordenades per ambdós progenitors, «*subsisteixen ambdues*» encara que l'ordenada per qui va morir primer es limita als béns que l'impúber va adquirir en la successió del substituent. En aquest darrer cas, la "subsistència" d'una substitució pupil.lar que no inclou els béns de l'impúber no és una qüestió de configuració jurídica sinó d'eficàcia en cas de concurrència de substitucions. Però en l'art. 174 pr. es preveu una «*substitució pupil.lar*» que en cap cas abasta els béns de l'impúber, que podria morir intestat malgrat l'eficàcia de la substitució pupil.lar.

Duae sunt positiones:

1.- No hi ha cap motiu per a considerar que la llei presumeixi en l'art. 174 CS una «*substitució pupil.lar*» amb una configuració jurídica diferent de l'ordenada expressament pel testador³⁷⁴. Si a això se li afageix la substitució pupil.lar "subsistent" de l'art. 172 CS, resulta

a.- la successió testada d'un impúber es pot regir per més d'una substitució pupil.lar;

b.- la substitució pupil.lar no ha de comportar necessàriament l'exercici de la testamentifacció de l'impúber. Es pot morir intestat amb substitució pupil.lar eficaç.

2.- Els arts. 172 i 174 CS anomenen «*substitució pupil.lar*» el que en realitat és una

(374) En aquest sentit, Adolfo CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS, a: L. JOU (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994, pàgs. I pàgs. 656-700, pàg. 658: «*La segunda restricción consiste en que la sustitución ejemplar (sic) sólo lo será respecto de los bienes de la herencia relicta por el sustituyente, es decir, que quedan excluidos los propios del impúber, respecto de los cuales habrá que abrir la sucesión intestada, de modo que en realidad se excluyen los efectos más poderosos de la sustitución ejemplar (sic), que, ..., consisten en la posibilidad de que el sustituyente disponga también de los bienes propios del impúber*». Ho reitera a la pàg. 678, quan afirma que el progenitor pot limitar voluntàriament els efectes de la substitució pupil.lar a la seva pròpia herència. Per tant, admet que el progenitor atribueixi a una substitució pupil.lar formulada de manera expressa la mateixa extensió que la llei atribueix a la substitució pupil.lar presumta de l'art. 174 CS.

Aquesta posició no és excepcional en el Dret català. En els projectes privats d'Apèndix de Fr. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, J. TRIAS Y GIRO, Ante-proyecto (N.348) (art. 512, pàg. 512) i de J.J. PERMANYER AYATS, Proyecto de Apèndice (N.127) (art. 864) es preveïa expressament que qui ordenava la substitució pupil.lar o l'exemplar restringís l'abast de la substitució a alguna de les dues herències en joc: la del substituent i la de l'impúber o incapacitat.

substitució fideïcomissària de residu condicional per al cas que el substitut mori éssent impúber. D'ací resultaria:

a.- la successió testada d'un impúber només es pot regir per una substitució pupil.lar, en sentit estricte;

b.- la substitució pupil.lar només pot ésser expressa³⁷⁵

La segona interpretació és la que millor entronca amb el dret històric, encara que, per aconseguir-ho, hagi de rectificar la lletra de la llei dues vegades. En ambdós casos, la interpretació correctora suposa ignorar qualsevol transcendència a la modificació introduïda per la *Comisión de Justicia* de les *Cortes Españolas*. Només es troba parcialment inspirada a l'AvPC-55, perquè la regulació dels arts. 331 AvPC-55 i 174,I CS coincideixen.

Contràriament, la primera interpretació és plenament respectuosa amb el text del CS, encara que obliga a modificar conceptes pre-establerts.

3.2.1.3.- Llegítima i substitució pupil.lar

Així com la regulació de la pàtria potestat ha incidit en el concepte de substitució pupil.lar, també la de la llegítima hi ha deixat la seva petja. La raó és que l'impúber substituït és legitimari del progenitor substituent (art. 171,I pr. rel. 352,I).

Si la llegítima s'hagués d'atribuir necessàriament mitjançant un títol successori, el testament del substituent hauria de tenir sempre una clàusula a favor del substituït, en què se li atribuís quelcom imputable a la llegítima³⁷⁶.

Però la llegítima també es pot atribuir per un títol entre vius, com la donació (arts. 350; 359,II). Això permet que el substituent pugui ordenar la substitució pupil.lar sense fer cap atribució patrimonial mortis causa a favor del substituït, amb independència que abans d'atorgar el testament o després hagués fet a l'impúber alguna

(375) Malgrat la literalitat de l'article (que considera «d'oportunitat discutible»), L. PUIG FERRIOL a: *Institucions II* (N.22), pàgs. 125-126, afirma que «la substitució pupil.lar només es pot ordenar de manera expressa». En relació amb l'art. 174 CS, considera «el que realment estableix el precepte és que la substitució vulgar expressa, quan l'instituït sigui impúber, comprendrà també la fideïcomissària tàcita en el cas que l'instituït mori en la impubertat (vegeu la S.T.S. del 30 d'abril de 1981)», atès que la lletra del precepte provocaria la successió intestada en els béns propis de l'impúber, «la qual cosa és precisament el que es vol evitar per mitjà de la substitució pupil.lar».

(376) Recordis la definició de M. KASER (N.342) en el dret romà clàssic. Per evitar la preterició calia que l'impúber *zum Erben eingesetzt oder enterbt*.

donació en concepte o imputable a llegítima^{377,378}.

Aquest cas extrem es repeteix quan en el testament del substituent s'atribueix al substituït només allò que per llegítima li correspon (ex. llegat simple de llegítima) o algun bé el valor del qual és inferior a la quantia de la llegítima individual que correspon l'impúber^{379,380}.

La intangibilitat de la llegítima (art. 360,I CS) provoca que allò que l'impúber ha rebut en concepte de llegítima en la successió del substituent (mitjançant qualsevol títol) formi part del patrimoni de l'impúber (art. 179,II final³⁸¹).

En ambdós casos, el "substitut pupil.lar" tindrà la consideració d'«*hereu directe*» de l'impúber (art. 172) sense que existeixin béns «*adquirit[s] per herència o llegat del pare o de la mare que hagin disposat la substitució*» o, existint, no puguin ésser transmesos a un substitut-successor del substituent. Per tant, en aquestes substitucions pupil.lars el substitut només té la qualitat d'hereu de l'impúber. Són supòsits en què la substitució anomenada "pupil.lar"

Aquesta dada es pot afegir les conclusions formulades al final de l'epígraf

(377) L'única transcendència que té la inexistència d'una donació imputable a llegítima és qualificar com a preterit (art. 367,I) l'impúber nascut en atorgar-se el testament. La preterició només té com efecte que el preterit tingui «*dret a exigir allò que per llegítima li correspon*» (art. 371,II).

(378) En contra, Fr. CONDOMINES VALLS, R. FAUS ESTEVE, Derecho civil (N.67), pàg. 202: «*...para la adecuada diferenciación entre la sustitución pupilar y la vulgar, que para que se produzca la primera es indispensable que el impúber haya adquirido bienes del padre o madre que ordenaron la sustitución, puesto que el sustituto no es llamado por los padres a su herencia, sino llamado a la herencia del impúber en cuanto la ha hecho suya como procedente de los padres*»

(379) En el darrer cas, l'impúber podria exigir el suplement de llegítima (art. 361,II).

(380) A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 678 considera que «*para que el padre pueda designar sustituto pupilar al hijo impúber es preciso que le deje cuando menos su legítima, puesto que no sería razonable que no dejándole nada sin embargo disponga testamentariamente de los bienes propios del impúber, aunque probablemente bastará con que le haya dejado algo imputable a la legítima, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción de suplemento*».

(381) Un estudi específic sobre la substitució anomenada "pupil.lar", o sobre la llegítima, hauria de resoldre si l'art. 179,II té caràcter imperatiu o bé si el substituent pot ordenar una *cautela socini* (art. 360,II) de la següent manera: limitar a la llegítima estricta l'atribució que el substituent fa al substituït, llevat que el substituït accepti que el substitut adquireixi com a tal tots els béns procedents de l'herència del substituent.

anterior. Per a la interpretació correctora dels arts. 172 i 174 CS, confirma el fet que la substitució pupil.lar és exclusivament un *expedient per tal de suplir la manca de capacitat* de l'impúber³⁸².

Per a l'altra interpretació, seria l'altra cara de l'art. 174: així com la substitució pupil.lar podria comprendre exclusivament els béns atribuïts mortis causa a l'impúber, també podria limitar el seu abast als béns propis de l'impúber.

3.2.1.4.- La configuració jurídica de la substitució pupil.lar en el CS.

En el CS (art. 172), com a la CDCC (art. 157,I), la substitució pupil.lar deixa d'ésser exclusivament un expedient per suplir la manca de testamentifacció de l'impúber per adquirir també la condició de nomenament d'adquirent successiu dels béns que el substituent atribueix mortis causa al substituït³⁸³. La substitució pupil.lar s'ha aproximat a les substitucions en l'adquisició, perquè sempre que el substituent ha atribuït *mortis causa* a l'impúber quelcom de valor superior al de la llegítima individual de l'impúber, nomena un adquirent successiu d'aquells béns de la seva herència.

La regulació de la llegítima possibilita que el nomenament de successors successius dels substituents no sigui consubstancial a la substitució pupil.lar. Fins aquí el concepte de substitució pupil.lar, si es considera que els arts. 174 i 172 CS qualifiquen com a pupil.lar una substitució fideïcomissària de residu, o una substitució preventiva de residu, la qual cosa significa corregir al legislador.

Si s'interpreten literalment els arts. 172 i 174, hom pot definir allò que el CS anomena «*substitució pupil.lar*» com a un expedient per suplir la manca de testamentifacció de l'impúber o la designació d'un adquirent successiu dels béns atribuïts mortis causa a l'impúber per al cas que mori en la impubertat.³⁸⁴

(382) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 120.

(383) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 121, proposa una definició "tradicional" de substitució pupil.lar: «*la facultat de testar d'origen legal, que permet al titular de la pàtria potestat -substituent- que en nom propi i en interès del fill impúber disposi mortis causa del seu patrimoni*». Tanmateix, la regulació de l'art. 172 CS el fa afegir (pàg. 122) que quant a l'adquisició dels béns adquirits del substituent, «*aquesta substitució és del tipus de les fideïcomissàries... Més concretament la substitució pupil.lar segueix en aquest punt el règim de l'anomenada substitució preventiva de residu*» !.

(384) Per A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 674, «*[e]l concepto que se extrae de la regulación del CS es el siguiente: disposición por la que*

En la major part dels supòsits, serà un expedient per suplir la manca de testamentifacció de l'impúber i una substitució de l'adquirent dels béns del substituent. Tanmateix, a la definició que es proposa s'empra la conjunció disjuntiva «o» per comptes de la copulativa «i» per raons de lògica proposicional. Amb «i», la definició només inclouria el supòsit més habitual; amb «o» abasta els tres supòsits possibles: expedient supletori i substitució, només expedient supletori i només substitució.

No correspon a aquest treball el complet estudi de la substitució pupil·lar, especialment l'aplicabilitat d'una regulació prevista per un expedient supletori de testamentifacció quan la substitució pupil·lar és una substitució en sentit estricte. En aquest capítol, s'acaba d'analitzar la substitució pupil·lar com a expedient per suplir la testamentifacció per l'impúber. En el capítol següent, s'intentarà enquadrar dins de la classificació de substitucions l'eventual nomenament d'un adquirent successiu dels béns béns atribuïts inicialment a l'impúber.

3.2.1.5.- L'exercici de la testamentifacció activa per l'impúber a càrrec del titular de la pàtria potestat

Hi ha dues maneres de fer-ho, expressament o de manera presumpta ("tàcita", art. 174).

A.- La disposició expressa.

A.1.- La designació del substitut.

El substituent pot designar com a substitut a qui vulgui (art. 173,I). Existeix

el padre o la madre, en el testamento que otorguen para su propia herencia, nombran sustituto para su hijo menor de catorce años sometido a su pàtria potestad, en previsión de que este hijo fallezca antes de llegar a la edad de catorce años, pudiendo disponer en él tanto de los bienes que éste hubiera adquirido por herencia o legado del padre o madre que dispuso la sustitución como de los adquiridos de otro modo». Noti's que la "possibilitat de disposar" no implica necessitat de fer-ho.

A la CDCEC, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàg. 389, ja ho havia formulat, encara que de manera menys explícita. En efecte, considera que «la sustitución pupillar tiene un doble juego, en el sentido que el padre y la madre sustituyentes, ... tienen una propia facultad de sustitución de tales hijos y, además una facultad de designación de herederos o sucesores para los mismos hijos, según se trate de la herencia del padre o de la madre, que haya de hacer tránsito al hijo sustituido pupilarmente, o bien al patrimonio privativo del mismo hijo». Però tot seguit, fa la dualitat de crides contingent en funció del patrimoni del substituent i del substituït. «Hay que agregar que el doble juego».

però una limitació, procedent del dret català històric (CiADC I,6,2,3 3.a recop.). Per als béns que el fill hagi adquirit en la successió³⁸⁵ de l'altre progenitor, el substituent ha de seguir un ordre de prelacions en la designació del substitut. Són preferents els parents de l'impúber per la línia d'on provenen els béns, fins el quart grau. Entre aquests, s'ha d'escollir primerament algun o tots els germans del substituït (art. 173,I).

A.2.- La clàusula

La clàusula amb què tradicionalment s'havia ordenat la substitució pupil.lar era substancialment similar a les clàusules amb què s'establien les altres menes de substitució. Allò que la diferenciava era el supòsit en què havia d'ésser eficaç: la mort del fill *sui iuris* en la impubertat. Ex. «*En todos sus restantes bienes y derechos instituye heredero a su hijo Juan Duran y Camps, y si este muriere impúber le substituye a Mateo Prat*»³⁸⁶.

L'exposició que la doctrina més recent fa de la substitució pupil.lar s'allunya molt d'aquesta clàusula tradicional. Els motius són diversos.

Primerament, hi ha la consideració de la substitució pupil.lar com a testament de l'impúber. Si el testador pot atribuir a un tercer el patrimoni de què l'impúber era titular en morir mitjançant el títol d'hereu, també pot atribuir béns concrets a títol de legatari. Argument: qui pot el més...³⁸⁷

Segonament, l'esmentada limitació a l'elecció de substitut en els béns de l'impúber procedents de la successió de l'altre progenitor (art. 173,I³⁸⁸), amb la

(385) Literalment "procedents de la successió" (art. 173,I). Això significa que estan exclosos els béns adquirits per títol entre vius, ex. la donació mortis causa (art. 392,I final).

(386) F.M. FALGUERA, Formulario 1836 (N.91), pàg. 176.

(387) A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 677.

(388) No s'ha trobat cap formulari notarial anterior a la CDCEC en què la fórmula de la substitució pupil.lar atribuís a parents de la mare els béns que l'impúber hagués rebut en la successió d'aquesta. Tingui's en compte, però, que la fórmula de P. CARDELLACH Y BUSQUETS, Jurisprudencia (N.95) pàg. 764, pot complir els requisits, si el fill substitut és germà germà del substituït: «*Instituyo heredero mío á D. M. mi hijo impúberf, y le sustituyo por la vulgar, la pupilar y fideicomisaria á D. B. otro hijo mío.*»

Una fórmula actual és la proposada per P. AVILA NAVARRO, Formularios (N. 203), pàg. 229, proposa la següent fórmula per a la substitució pupil.lar: «*Instituye*

conseqüent fragmentació de l'herència relicta per l'impúber.

Cal distingir dos supòsits. Quan el substitut triat pel progenitor sigui un germà germà del substituït, la fórmula tradicional s'amotlla a les limitacions legals introduïdes en l'elecció del substitut. El germà germà pertany alhora a les línies de parentiu d'ambdós progenitors.

En tots els altres casos el més versemblant és que, si existeix una relació de parentiu entre substituït i substitut, ho sigui per la línia del substituent³⁸⁹. Llavors el substituent hauria de diferenciar el subjectes cridats per a cadascuna de les herències, i les respectives crides.

L'art. 172 distingeix dues herències, l'herència del substituent i la del substituït, a les quals és cridat el mateix individu. Quan existeixin béns procedents de la successió de l'altre progenitor, els parents d'aquesta línia que el testador designi (art. 173) no poden tenir sinò la condició de successors de l'impúber.

Ni la CDCEC ni el CS especifiquen que els béns procedents del progenitor no substituent formin un cos estanc separat de l'herència relicta per l'impúber. Si tots els cridats pel substituent ho són a títol d'hereu, la frustració de la delació del cridat als béns troncal del substituent i als béns no troncal de l'impúber provocaria que els hereus cridats als béns procedents de la successió de l'altre progenitor expandissin el seu títol a tota l'herència relicta de l'impúber substituït.

La frustració de la crida a l'herència del substituent provocaria que aquests béns romangessin dins l'herència del primer adquirent, l'impúber. Per tant, serien adquirits pels parents de l'altra línia de l'impúber. El resultat es trobaria a les antípodes de la previsió del substituent³⁹⁰. Per evitar-ho fóra prudent reduir al títol de legatari la crida

heredero a su... (parentesco en su caso) ... (nombre y apellidos), y *lo sustituye vulgar y, en su caso, pupilarmente, por...* (nombre y apellidos y, en su caso, parentesco con el testador y con el sustituido), *respecto a los bienes procedentes de la sucesión del testador; y por ...* (nombre y apellidos y, en su caso, parentesco con el cónyuge del testador y con el sustituido), *respecto a los procedentes de la sucesión de su cónyuge (o del otro progenitor)*». *Quid iuris* amb els béns propis del pupil, ex. art. 349,5.a, per analogia?.

(389) No entra dins del previst pel legislador, que el testador designi un parent de l'altra línia per a succeir àdhuc en els béns de la línia pròpia. Ara bé, això no només és possible, sinò que podria no ésser anormal, atès l'anacronia que avui representa la idea de la troncalitat. Succeiria en tots els casos en què el substitut pupil.lar designat en primer lloc fos l'altre progenitor de l'impúber, cònjuge del substituent.

(390) No s'obriria la successió intestada del substituent perquè significaria una ruptura

a favor dels parents de l'altre progenitor de l'impúber, o bé no esmentar-los i deixar operar l'art. 173,II.

Per tot això, sembla obrir-se en la doctrina l'ordenació de la substitució pupil.lar amb una estructura similar a la de qualsevol altre testament: encapçalament, exposició, llegats, institució d'hereu, substitucions³⁹¹.

B.- La disposició presumpta.

L'art. 174 CS estableix que es presumeix una substitució pupil.lar en la substitució vulgar expressa ordenada pel titular de la pàtria potestat a favor d'un impúber instituït hereu, «*tret de disposició contrària del testador*»³⁹². No es presumiria en qualsevol altra atribució testamentària.

En el cas que la substitució vulgar fos recíproca (art. 168,II), només es presumeix la substitució pupil.lar si aquesta també pot tenir caràcter recíproc. Per això l'art. 174 exclou de la presumpció la substitució vulgar recíproca entre germans, quan algun d'ells no és impúber.

3.2.2.- La substitució exemplar.

La substitució exemplar va nèixer a partir de l'analogia amb la substitució pupil.lar³⁹³. Si aquesta consistia en l'exercici de la testamentifacció de l'intestable impúber, aquella consistia en l'exercici de la testamentifacció de l'intestable incapaç, avui incapacitat³⁹⁴.

del *semel hæres, semper hæres*, si l'impúber fos hereu del substituent. Tampoc s'obriria la successió intestada de l'impúber perquè aquesta només té lloc «*en defecte de substitució pupil.lar*» (art. 349 pr.). A més, no es guardaria el *nemo pro parte*.

(391) A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàgs. 677-678.

(392) A.M.^a BORRELL Y SOLER, Dret civil (N.47) §.451, pàg. 114 [pàg. 105] afirma que «*[e]sta presumpció fundada en el costum de disposar-las juntes*»

(393) T. MIERES, Apparatus (N.347), Collatio 6, cap.1, n.221, II, pàg. 23: «*Et primo quaero, quare vocetur exemplaris? Et est communis responsio, quia est inducta ad exemplum pupillariorum: ut sicut patri permittitur filio impuberi pupillariter substituere: ita et filio furioso, vel mentecapto: ut l.ex facto de vulg. et pupill. et l.humanitatis praelleg. [C. de impub. et aliis sub.]*».

(394) Ignacio SANPONTS BARBA (1795-1846), *Tratado teórico-práctico del Arte de Notaría. Traducción libre de la obra que con el título Viridarium Artis Notariatus*

Tot seguit s'examinarà la regulació del CS, la qual cosa permetrà avaluar si l'esmentat concepte de substitució exemplar romà inalterat.

3.2.2.1.- Els substituents.

Els subjectes legitimats per a substituir exemplarment són «*els ascendents de l'incapacitat que sigui legitimari d'aquests*» (art. 175,I). Tingui's en compte que en el moment en què s'ordena la substitució, es tracta d'un «*presumpte legitimari*» (art. 351,II).

En el dret català, els únics legitimaris per dret propi en la línia descendent són els fills (art. 352,I). Els néts i els ulteriors descendents només són legitimaris per dret de representació (arts. 357,II; 367,III,3.a rel. arts. 352,II; 328)³⁹⁵.

És indubtable que els pares poden ordenar una substitució pupilar. En el moment d'ordenar-se la substitució, el fill ja és un presumpte legitimari. La qüestió es centra en fixar si la poden ordenar altres ascendents. És a dir, si el presumpte legitimari ho ha d'ésser per dret propi o per dret de representació. I, d'admetre's el segon cas, si el presumpte legitimari per dret de representació ja ho ha d'ésser en el moment d'ordenar-se la substitució o en el moment d'obrir-se la successió del substituent.

L'art. 176 preveu l'existència de diverses substitucions exemplars ordenades per ascendents de diferent grau. Això obliga a pensar que és indiferent que el legitimari de l'ascendent ho sigui per dret propi o per dret de representació. La doctrina considera que no cal que el substituït no ha d'ésser presumpte legitimari en ordenar-se la substitució sinó que n'hi ha prou amb que ho sigui en el moment d'obrir-se la successió del substituent³⁹⁶. Per tant, qualsevol ascendent es trobaria legitimat per ordenar la substitució exemplar d'un descendent «*incapacitat*»(art. 175,I CS). Allò que

escribió en latín D. José Comes, Impr. J. Mayol y Cia, Barcelona, I 1826, II 1828, III, 1829, II pàg. 30: «La sustitución ejemplar, segun el derecho romano, es la que hacen los padres a sus hijos, esto es, liberi, adultos ó hallados en la edad perfecta, que no pueden hacer testamento por razón de locura ú otra enfermedad».

(395) Que els fills són els únics legitimaris per dret propi en la línia descendent és una qüestió que roman inalterada des de la CDCEC (art. 124,I CDCEC; art. 124 CDCC 1984; art. 124,I,II CDCC 1990). En canvi, a partir de la L. 8/90, de 9 d'abril, *de modificació de la regulació de la llegítima*, els avis han deixat d'ésser legitimaris dels descendents orfes de progenitors (cfr. arts. 125,I CDCC 1990 i 353 CS amb art. 125 CDCEC i 125,I CDCC 1984).

(396) A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 687.

aparentment es presenta com a una qualitat del substituent és en realitat un pressupòsit per a l'eficàcia de la substitució: la substitució exemplar ordenada per l'avi no produirà efectes si el nét no li és legitimari, fet que succeirà quan el nét no fos orfe en morir l'avi. El legitimari de l'avi (i per dret propi) seria el progenitor del nét (art. 352,I)³⁹⁷.

3.2.2.2.- El substituït.

En relació amb la CDCC, el CS ha precisat el subjecte que pot ésser objecte de la substitució. Tot i que en els arts. 160,I i 161,I CDCC es feia referència a «*incapacitat*», a l'art. 160,II es precisava que es tractava d'un «*incapacitat mental*»³⁹⁸.

(397) En aquest sentit, A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 687.

En contra, es podria argumentar que la conjunció de la primera i de la tercera regla formulades en l'art. 176. La tercera regla, «*en tot cas, els béns procedents de cadascuna de les herències dels ascendents que hagin disposat la substitució corresponen al substituït exemplar respectivament designat*» malgrat que la primera estableixi que «*preval la substitució disposada per l'ascendent mort de grau més pròxim*». Però l'objecció no és tal perquè l'art. 176 pressuposa que s'ha complert l'establert a l'art. 175, el §.II del qual exigeix l'atribució de la llegítima al substituït, circumstància que no es pot produir si el substituït no és legitimari.

(398) Com es pot veure, el supòsit de l'AvPC-55 era sempre l'alienació mental. El canvi fou introduït en el PrLC-59, d'on va passar a la CDCEC, la CDCC i el CS.

Art. 322 AvPC-55: «*El ascendiente podrá substituir ejemplarmente a su descendiente legítimo que siendo a la vez legitimario de aquél esté enajenado mentalmente, sólo para el caso de que fallezca sin haber recobrado la razón. Para la validez de esta sustitución se requerirá que el ascendiente deje al substituído la legítima que le corresponda y que la incapacidad mental esté declarada judicialmente en vida del descendiente, aunque sea después de haberse dispuesto la sustitución*».

Art. 191 PrLC-59: «*La sustitución pupilar sólo puede ser ordenada por ascendientes del incapacitado legitimario de aquéllos, comprendiendo además de los bienes del testador los del incapacitado que no haya otorgado testamento ni heredamiento universal. Debe ser ordenada a favor de descendientes del incapacitado y, en su defecto, a favor de descendientes del testador*»

Art. 160,I,II CDCEC: «(I) *La sustitución ejemplar sólo podrá ser ordenada por ascendientes del incapacitado que sea legitimario de éstos, y comprenderá, además de los bienes del testador, los del incapacitado que no haya otorgado testamento ni heredamiento universal. (II) La validez de esta sustitución requiere que el ascendiente deje al sustituido la legítima que le corresponda y que la incapacidad mental esté declarada judicialmente en vida del ascendiente, aunque sea después de haberse dispuesto la sustitución*».

Art. 160,I,II CDCC: «(I) *La substitució exemplar solament podrà ésser ordenada per ascendents de l'incapacitat que sigui legitimari d'aquestgs, i comprendrà, ultra el béns del testador, els de l'incapacitat que no hagi otorgat testament ni heretament universal. (II) La vàlidesa d'aquesta substitució requereix que l'ascendent deixi al substituït la*

A la CDCEC, l'expressió es va interpretar inicialment literalment³⁹⁹. Posteriorment, es va interpretar extensivament per permetre la possibilitat de substituir exemplarment al sordmut que no sap llegir ni escriure⁴⁰⁰.

L'art. 175,II CS ja no al·ludeix a la «*incapacitat mental*» sinò a la incapacitat natural per a testar declarada judicialment. Aquesta incapacitat pot tenir l'origen en causes físiques o psíquiques (art. 200 CC). S'ha adequat la regulació de la substitució exemplar a la de la incapacitació, (arts. 199-214 CC; arts. 3.b; 43.1.d LTIT)⁴⁰¹.

Quant al moment en què s'ha de produir la incapacitació, el Codi de Successions ha retardat el moment en què s'ha de produir la incapacitació del substituït exemplarment⁴⁰². Vigent la regulació de la CDCC (art. 160,II), calia que la sentència d'incapacitació es dictés abans de la mort del substituent. A partir del CS, la sentència pot ésser molt posterior, àdhuc una vegada mort el substituent (art. 175,II)⁴⁰³.

La reforma consisteix en tornar a la redacció de l'art. 332 final de l'AvPC-55⁴⁰⁴. L'AvPC-55 va assumir la doctrina jurisprudencial establerta per la STS 10-VI-1941 (RJA 745)⁴⁰⁵, segons la qual no era necessari que la declaració judicial d'incapacitació

llegítima que li correspongui i que la incapacitat mental sigui declarada judicialment en vida de l'ascendent, baldament sigui després d'haver estat disposada la substitució.»

(399) L. PUIG FERRIOL, La sustitución ejemplar en Cataluña, a: *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pàgs. 405-438, pàgs. 429-431; L. PUIG FERRIOL, E. ROCA TRIAS, *Fundamentos III/1.º* (N.168), pàgs. 219-220.

(400) L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàgs. 411-412.

(401) L. PUIG FERRIOL a: *Instituciones II* (N.22), pàgs. 128-129; A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 689.

(402) Preàmbul IV,c,10

(403) La D.T. Vuitena CS estableix l'aplicació immediata de l'art. 175,II.

(404) Vegeu-lo a la N.398, on la comparació entre l'AvPC-55, el PrLC-59 i la CDCEC permet comprovar que la regulació finalment aprovada per les *Cortes Españolas* (arts 160-161 CDCEC) fou introduïda per la *Comisión de Justicia*.

Una regulació similar a l'art. 175,II CS ja havia estat proposada per L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàg. 411.

(405) Fr. CONDOMINES VALLS, R. FAUS ESTEVE, *Derecho civil* (N.67), pàg. 203, aplicaven la inspiració en la sentència a la CDCEC, quan la regulació d'aquesta (art. 160,II) no era tan àmplia: «*las normas de la Compilación coinciden con las del*

fos anterior a l'atorgament del testament en què s'ordenava la substitució exemplar^{406,407}.

El moment en què es produeixi la sentència d'incapacitació no pot fer oblidar les circumstàncies del substituït en el moment d'ordenar-se la substitució exemplar. En el cas que resolía l'esmentada sentència, el subjecte substituït exemplarment ja era incapaç en el moment d'ordenar-se la substitució⁴⁰⁸. L'art. 332 AvPC-55 precisava que

Código civil y acogen la doctrina complementaria de la jurisprudencia; especialmente, en cuanto a la sustitución ejemplar, la sentencia de 10 de junio de 1941, que admitió que el momento de la declaración de incapacidad no tenía más límite que el del fallecimiento sin testar del fallecido».

(406) En relació amb l'art. 776 CC, Antonio HERNANDEZ-GIL, La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar, a: *RDP* 1965, pàgs. 371-383, constata que els principals problemes que hi havia en relació amb la substitució exemplar eren d'una banda la polèmica quant a la possibilitat d'incapacitar un menor d'edat, sotmès a pàtria potestat (art. 213 der. CC) i la reticència dels progenitors a incapacitar els incapaços. En l'actualitat, la primera qüestió es troba totalment superada, una vegada admesa la pàtria potestat prorrogada (arts. 84.1; 85; 3.c; 5.1 final; 34 LTIT).

(407) Històricament s'havia donat la mateixa solució, *ad exemplum substitutionis pupillaris*. Atès que s'havia admès que el *pater familias* substituís fills encara no nascuts en el moment d'ordenar la substitució, també s'admetia la substitució exemplar de descendents que encara no eren incapaços en ordenar-se la substitució. Ex. T. MIERES, Apparatus (N.347), Collatio 6, cap.1, n.234 (II, pàg. 24): «*Ulterius quaero, an quando requiratur, quod quis patiatum defectum dementiae, furoris, vel similis casus, possit sibi fieri substitutio exemplaris? Respondeo quod non tempore testamenti, sed mortis, argum. l.2 §.sed si extraneus ff de vulg. et pupil. cum ergo in hoc non reperiatur discordia inter pupillarem, et exemplarem, remanet similitudo*».

Tanmateix, no sembla que els redactors de l'AvPC-55 s'inspirassin en la solució històrica, perquè l'art. 328 legitimava per ordenar la substitució pupillar «*el padre o la madre que al testar ejerzan la patria potestad sobre su hijo legítimo impúber*». Evidentment, el límit estava pensat per a la mare, però també afectava el pare.

(408) El supòsit es troba plantejat en el primer *considerando*: «...1.^a *Que doña Francisca M. F., madre de don Juan G. F., mentalmente incapacitado desde muchos años antes, otorgó testamento...*». La doctrina jurisprudencial es troba en el sisè *considerando*: «*Que lo que antecede conduce a entender que como ninguna razón jurídica o de conveniencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad,...*».

Aquesta doctrina fou reiterada en el CDO 3.r de la STS 12-VI-1956 (RJA 2482), en què també es resolía sobre la validesa de la substitució exemplar ordenada a un incapaç no incapacitat en el moment d'atorgar-se el testament, com resulta del CDO 2.n (en una altra clàusula s'imposava al substituït el mode «*de tener en su compañía a su hermano Jesús [el substituït exemplarment], cuidándole en la forma que*

el subjecte substituït era «*enajenado mental*», qualificat pels arts. 333,II; 334 i 336,II com «*incapaz*».

El §.I de l'art. 175 es refereix al substituït com a «*l'incapacitat*»; el §.II a «*incapacitat*» declarada judicialment, és a dir, a la resolució judicial d'incapacitació. L'«*incapacitat*» del §.I pot tenir una doble lectura: com a "incapaç" o com a "incapacitat judicialment".

Si s'optés pel segon significat, tothom seria susceptible d'ésser substituït exemplarment. Atès que la incapacitació judicial es pot produir fins i tot després de la mort del substituent (art. 175,II), el CS permetria substituir exemplarment a tothom que en el moment de morir es pogués trobar incapacitat per a testar, sense donar cap transcendència al fet que el substituït ja fos incapaç en ordenar-se la substitució o, com a cas extrem, ho arribés a ésser poc abans de morir com a conseqüència ex. d'una demència senil. Com que aquesta darrera circumstància no és pot excloure a priori, l'art. 175,II CS legitimaria els ascendents per a substituir exemplarment a qualsevol dels seus descendents legitimaris, per a l'eventualitat que morissin incapacitats per a testar⁴⁰⁹.

El resultat a què porta l'anterior interpretació fa aconsellable entendre que l'«*incapacitat*» de l'art. 175,I és un incapaç, l'«*l'incapaç*» dels arts. 176; 177; 179,I. En favor d'aquesta interpretació, en el Preàmbul s'assegura les reformes introduïdes en la substitució exemplar tenien com a finalitat «*millorar les expectatives que té l'incapaç d'ésser acollit per parents seus*» (IV,c,10).

3.2.2.3.- L'objecte de la substitució exemplar.

su padre lo viene haciendo, sin que por ningún concepto se pueda mandar al manicomio, ni sacarlo de la casa matriz mientras viva, y esté en el estado de enajenación mental en que actualmente se encuentra, ...»

(409) En aquest sentit, A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàgs. 688-699: «*no es preciso que exista ni siquiera la situación de incapacidad natural en el momento de otorgarse la sustitución ejemplar*».

La fórmula que P. Avila Navarro [Formularios N.?, V pàg. 229] proposa per a la substitució exemplar preveu la incapacitació com una eventualitat que podria succeir a qualsevol: «*Instituye heredero a su ... (parentesco en su caso) ... (nombre y apellidos), y lo sustituye vulgar y (si la incapacidad no ha sido declarada: para el caso de que se declare su incapacidad para testar) ejemplarmente, por ... (nombre y apellidos y, en su caso, parentesco con el cónyuge del testador y con el sustituido)*». Noti's que la substitució vulgar que acompanya l'exemplar no és imprescindible.

Esbrinar quin és l'objecte de la substitució exemplar consisteix en establir si, com a la substitució pupillar, existeixen dues herències, la del substituent i la del substituït, o bé exclusivament una, la del substituït. És a dir, si s'hi ordena la successió d'una o diverses persones.

L'art. 176 CS estableix que tots els substituïts nomenats per ascendents del mateix grau succeeixen a «*la mateixa herència de l'incapaç*», la qual cosa porta pensar que existeix una sola herència.

La qüestió, però, no és tan simple. L'art. 176 CS equival amb l'art. 160,IV CDCC, mitjançant el qual «*la propia herencia del incapaz*» (art. 160,IV CDCEC)⁴¹⁰ va esdevenir «*la mateixa herència de l'incapaç*». Si l'art. 176 CS, es referís a la «*pròpia herència*» de l'incapaç (art. 179,II CS), donaria una major sentit a la "prevalença" atorgada «*a la substitució ordenada per l'ascendent mort de grau més pròxim*», perquè els substituïts exemplars nomenats per aquest serien els únics que adquiririen «*els [béns] de l'incapacitat que no ha atorgat testament ni heretament universal*» (art. 175)⁴¹¹.

La interpretació feta en el paràgraf anterior era perfectament vàlida a art. 160,IV CDCEC, «*la propia herencia del incapaz*».

- 1.- com a conseqüència de la seva "prevalença", només és hereu de l'incapaç (succeeix en l'herència pròpia de l'incapaç) el substituït nomenat per l'ascendent de grau més pròxim a l'incapaç;
- 2.- si tots els substituïts guarden el mateix grau de parentiu amb l'incapaç, succeeixen en l'herència pròpia de l'incapaç (són hereus de l'incapaç) en les quotes que resultin d'aplicar les regles de la successió intestada;
- 3.- en tot cas, a tots els substituïts els corresponen els béns que hagués atribuït el substituent a l'incapaç. Atès que aquests béns no formen part de l'herència

(410) El §.IV de l'art. 160 s'adequava perfectament a la CE, a diferència del §.III, que es referia a «*hijos legítimos*». Atesa la finalitat de la L. 13/1984, de 20 de març, («*l'adaptació del Dret civil als principis constitucionals*» E.M. §.7), la modificació pot ésser considerada una errada en la traducció.

(411) La doctrina que s'ha ocupat de l'art. 176 CS (A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 693; L. Puig, a: Institucions II (N.22), pàg. 127) es limita a afirmar que la prevalença d'una substitució, però no entra en les conseqüències jurídiques que d'ella s'haurien de derivar.

A la CDCEC, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàg. 409) ordenava els tres criteris de l'art. 160,IV CDCEC per l'ordre invers de presentació però tampoc treia cap conseqüència de la prevalença.

pròpia de l'incapaç, succeeixen al substituent⁴¹².

En el CS, l'única referència a l'herència pròpia de l'incapaç es troba a l'art. 179,II. A partir d'ací resulta difícil fonamentar la conclusió de la dualitat d'herències i, per tant, de crides en la substitució pupil·lar⁴¹³. L'art. 179,II també té algun sentit sense recórrer a la dualitat de crides: limitar l'abast dels gravàmens que el substituent pogués ordenar als substituïts legítims del substituït (art. 177). A més, la tercera regla de l'art. 176 es pot interpretar com una regla particional dins de l'única herència («*corresponen*»), que excepcionalment igualta en la formació de lots establerta per l'art. 49,I⁴¹⁴.

(412) L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàg. 413 feia referència a la dualitat d'herències.

(413) El motiu pel qual l'art. 176 CS no qualifica els substituïts com a successors del substituent es pot trobar a l'AvPC-59. En aquest, l'equivalent als arts. 176 CS, 160,IV CDCC, 160,IV CDCEC era l'art. 333,II AvPC-55, el qual no es podia interpretar sense tenir en compte el §.I de l'article.

Art. 333. «(I) *La substitución ejemplar no se extenderá a la propia herencia relictiva por el incapaz si éste fallece con testamento o heredamiento universal. (II) Si varios ascendientes substituyen ejemplarmente al mismo descendiente, prevalecerá la sustitución dispuesta por el ascendiente de grado más proximo, y si éstos son del mismo grado sucederá en la propia herencia del incapaz todos los substitutos ejemplares designados, en las cuotas que resulten de aplicar a los respectivos ascendientes las normas del orden sucesorio intestado a favor de los ascendiente. En todo caso los bienes procedentes de cada una de las herencias de los ascendientes que hayan dispuesto la substitución corresponderán al substituto ejemplar respectivamente designado*».

Que els béns atribuïts pel substituent a l'incapaç eren adquirits pel substitut en qualitat de successor del substituent ja ho deixava clar el §.I, perquè la substitució exemplar ordenada pel substituent era eficaç malgrat que la successió de l'incapaç fos testada o contractual. La regla tercera del §.II es limitava a aplicar l'establert en el §.I a un altre supòsit: fins i tot quan la successió testada de l'incapaç ho era com a conseqüència d'una o diverses substitucions exemplars, els béns atribuïts pel substituent haurien sigut adquirits pel substitut (com a successor del primer).

(414) En canvi, A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàgs. 686-691, interpreta els arts. 175,I (*ultra*) i 176 (*en tot cas*) de manera que l'adquisició de l'herència del substituït per part del substitut exemplar no és essencial a la substitució exemplar. Només l'adquiriria eventualment, si el substitut no havia atorgat testament ni heretament universal i tampoc existeix cap substitució preferent. Sobre la base d'una dualitat d'herències, considera que l'ascendent podria limitar la substitució exemplar exclusivament als béns procedents de la seva pròpia herència. D'aquesta manera, ordenar una substitució exemplar no equivaldria necessàriament a atorgar el testament de qui morí incapacitat per a testar.

3.2.2.4.- Els requisits per a la validesa i els presupòsits per a l'efectivitat de la substitució exemplar.

L'art. 175,II estableix com a requisits de «*validesa*» de la substitució exemplar que l'ascendent atribueixi al substituït la llegítima que li correspongui i que aquest sigui declarat judicialment incapaç per a testar. L'art. 177 limita l'elecció dels substituïts. L'art. 178 matisa que la sentència d'incapacitació no és suficient per a l'efectivitat de la substitució exemplar. També cal que l'incapacitat sigui realment incapaç en el moment de morir (art. 178). A més, l'incapacitat no pot haver atorgat testament ni heretament universals (art. 175,I)⁴¹⁵.

L'atribució de la llegítima al substituït és un requisit de validesa de la substitució exemplar. El caràcter imperatiu amb què l'art. 177 limita la llibertat del substituent per designar substituït («*ha d'ésser ordenada*») porta a qualificar-ho com a requisit de validesa. En canvi, l'existència de la declaració d'incapacitat per a testar i la realitat de l'incapacitat en el moment de la mort del substituït només poden operar com a pressupòsits per a l'efectivitat de la substitució, perquè la primera pot tenir lloc una vegada mort el substituent (art. 175,II) i la segona només es pot determinar a la mort del substituït.. Quant al no atorgament de testament o d'heretament universal per part del substituït, actuarà com a requisit de validesa si és anterior a l'ordenació de la substitució, o com a pressupòsit per a l'efectivitat d'aquesta si és posterior.

A.- No haver atorgat el substituït ni testament ni heretament universal.

Amb la substitució exemplar es pretén evitar la mort intestada del substituït per manca de capacitat natural per a testar.

A diferència de la substitució pupilar, on el substituït no ha pogut tenir mai la capacitat per a testar, és possible que el substituït exemplarment que mor incapacitat hagi tingut (o arribi a tenir) en algun moment la capacitat per a testar. Per això és possible la concurrència d'una substitució exemplar i la destinació prevista pel substituït per a la seva pròpia herència. En aquests casos, sempre es dóna prevalença al testament

(415) Per a la CDCEC s'havia expressat en aquest sentit, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), Arts. 160-161 CDCEC, pàg. 411. Contràriament, A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 689, afirma que l'existència de testament o heretament universal atorgats pel testador només limita l'àmbit objectiu de la substitució exemplar, reduint-la als béns atribuïts pel substituent.

o a l'heretament universal atorgats per l'incapaç (art. 175,I final), bé abans d'ésser incapacitat, bé durant un interval lúcid tot seguint les formalitats de l'art. 116.

B.- L'atribució de la llegítima per part del substituent.

Es tracta d'un requisit històricament exigít en la substitució exemplar, a diferència de la pupillar⁴¹⁶.

Quan el substituent és el progenitor del substituït, l'art. 358,I estableix que qualsevol atribució *mortis causa* implicarà atribució de llegítima, encara que no s'hagi establert en aquest concepte. El precepte és formulat de manera prou àmplia per fer-lo també aplicable als altres supòsits en què «*qui resulta ésser legitimari*» no ho és per dret propi sinó per representació. Només els fills són legitimaris per dret propi (art. 352,I); els néts i els altres descendents són "legitimaris per dret de representació" (arts. 357,II; 367,III,3.a rel. arts 352,II; 328).

La qüestió es centra en determinar si qualsevol atribució *mortis causa* feta al fill que resulta ésser representat es pot considerar com atribució de la llegítima al nét representant als efectes de l'art. 175,II. L'art. 359,I,3.a imputa a la llegítima dels néts tot allò que els seu progenitor premort hagués rebut de l'avi i fos imputable a la llegítima. Tanmateix, la resposta hauria d'ésser negativa, àdhuc en el cas quan el substituït no sigui legitimari en el moment d'atorgar el testament, sinó en morir el substituent⁴¹⁷. Atès el caràcter excepcional de la legitimació per a testar per un altri, sembla que cal alguna atribució a favor de qui pot esdevenir legitimari per dret de representació.

Fins ara s'ha considerat l'atribució de llegítima mitjançant una "disposició per

(416) T. MIERES, Apparatus (N.347), Collatio 6, cap.1, núms. 237-238 (pàgs. 24-25): «*Item in pupillari requiritur, quod filius pupillus, cui sit substitutio, sit institutus vel exhaeredatus: quaero an hoc in exemplari requiratur? Respondeo, in eo quod dixit, institutus, concordat; in hoc quod dicit, exhaeredatus, discordat: nam in dicta l.humanitatis [C. de impub. et aliis sub.], dicitur, quod debet ei de necessitate relinquere legitima. Et est ratio diversitatis, quia pupillaris substitutio est introducta iuxta iuris rigore occasione patriae potestatis, quae durat sive filius sit institutus vel exhaeredatus. Item [.]. in pupillari agitur de providentia filii, ideo sibi etiam exhaeredato fieri potest. sed exemplarem est introducta ex quadam humanitate, quae humanitatis cessat, cum filius exhaeredatur: cum exhaereditio [238] sit pietatis contraria: ut l.1 et l.Titia de inoffi. testam. ...»*

(417) En aquests casos, l'atribució no pot ésser en concepte de llegítima, llevat que aquest caràcter s'estableixi condicionalment.

causa de mort" (art. 360,II). Però també són imputables a llegítima les adquisicions a títol lucratiu que el legitimari hagués rebut de l'ascendent previstes en l'art. 358. L'art. 175,II no precisa la manera com «l'ascendent deixi al substituït la llegítima que li correspongui», per la qual cosa s'han d'admetre que ho pugui fer mitjançant negocis entre vius. Per això s'ha de considerar que es compleix aquest requisit tant si el testador atribueix la llegítima per causa de mort com si ho fa entre vius⁴¹⁸.

C.- La designació de determinats substituts (art. 177).

L'ascendent que substitueix exemplarment un descendent té molt limitada la designació dels substituïts. En efecte, l'art. 177 estableix que el substituït s'ha de triar preferentment entre els descendents de l'incapacitat i, en el seu defecte, entre els descendents del substituent. Només en llur successiu defecte el testador té plena llibertat d'elecció.

El problema que planteja aquest ordre de prelación és conseqüència del caràcter mortis causa del testament. L'elecció feta pel substituent pot haver respectat l'art. 177 CS en el moment d'ordenar-se la substitució, però infringir-la posteriorment. Ex. el substituït té descendència, o el nét únic que l'avi ha substituït exemplarment arriba a tenir cosins.

En principi aquests canvis no haurien de repercutir en la validesa de la substitució exemplar. L'art. 177 no es refereix al moment d'obrir-se la successió de l'ascendent, ni al de la mort del substituït, sino al d'atorgar el testament («ordenada»). Per tant, la descendència sobrevinguda del substituent no hauria d'incidir en la substitució exemplar.

No és aquest el cas de la descendència sobrevinguda del substituït que no en tenia en el moment d'ordenar-se la substitució exemplar. La substitució exemplar seria nul·la, encara que el fonament de la nul·litat no es trobaria en les normes que regulen aquesta substitució, sinó en seu de llegítima. La preterició errònia de legitimaris ha de produir els mateixos efectes (art. 367,III) amb independència que el testament d'aquest hagi estat atorgat personalment pel progenitor o per un ascendent d'aquest, com a conseqüència de la legitimació extraordinària que li atribueix la substitució exemplar.

(418) Només s'ha d'exceptuar el supòsit de l'art. 359,I,3.r. Ja s'ha vist que l'atribució ha d'ésser a favor del legitimari per dret propi o per dret de representació.

D.- La incapacitació per a testar del substituït.

A l'apartat 3.2.2.2. d'aquest capítol ja s'ha esmentat que la declaració judicial que incapacita el substituït per a testar es pot produir àdhuc una vegada mort el substituent (art. 175,II).

E.- La "realitat" de la incapacitat en el moment de la mort de l'incapacitat.

Per a l'efectivitat de la substitució pupil.lar no és suficient que l'ascendent hagi atribuït la llegítima que li correspon al descendent incapacitat. Cal, a més, que no hagi "cessat" *«realment l'estat d'incapacitat del substituït, encara que després no atorgui testament»* (art. 178).

El dret civil català limita la legitimació per a testar per un altri. Com s'ha vist (IV 2 *supra*), es té en compte la capacitat per a testar en el moment d'atorgar testament (art. 104; 116) i de revocar-lo (art. 131), amb independència que el testador estigui o no incapacitat. Si el testador havia recuperat de manera permanent la capacitat natural per a testar en el moment de la mort, la substitució exemplar *«queda sense efecte»* (art. 178). Per tant, el CS fa possible la mort intestada de l'incapacitat que ha estat substituït exemplarment, en el cas que aquest hagues recuperat de manera estable la capacitat per a testar.

3.2.2.5.- El concepte de substitució exemplar en el CS.

En conseqüència, la substitució exemplar en el CS consisteix en l'atorgament del testament d'un presumpte legitimari per part d'un ascendent, per al cas que el descendent mori sense haver atorgat testament o heretament universal, incapacitat per a testar i éssent efectivament incapaç.

Malgrat que l'art. 179,I faci una remeti a les normes referents a la substitució pupil.lar per a la regulació de la substitució exemplar i que ambdues preveguin la substitució d'un subjecte incapaç per a testar, ambdues substitucions es regeixen pels mateixos criteris. A la substitució pupil.lar es distingeixen dues successions i, per tant, dues herències, la pròpia del substituent i la formada pels béns del substituït, mentre que a la substitució exemplar només n'hi ha una. La concurrència de les substitucions pupil.lars ordenades pel pare i per la mare no es resol de la mateixa manera que la pluralitat de substitucions exemplars ordenades per ascendents amb el mateix grau de parentiu en relació amb el causant: a la substitució pupil.lar preval l'ordenada per

l'últim en morir, mentre que a la substitució exemplar s'estableixen quotes entre tots els substituïts. Si realment es tracta de casos anàlegs, s'hauria d'intentar una regulació més homogènia.

4.- El testament com a negoci de darrera voluntat. La seva revocabilitat.

En el CS, la revocabilitat es predica tant dels negocis de darrera voluntat⁴¹⁹ (per al testament, arts. 129,I; 130,I,II; 131; per al codicil, art. 133,I,II,III,IV; per a la memòria testamentària, art. 133,V; per a la donació *mortis causa*, art. 396; per a tots quatre, art. 70,I) com del seu contingut (arts. 129,I,II; 132; 135; 306,II,III,IV). El reconeixement de fills no matrimonials no és una disposició de darrera voluntat i, per tant, no és revocable (art. 129,II).

La revocació pot abastar la totalitat del negoci, o bé només una part. La revocació de tot el negoci es troba en l'art. 130,II per al testament i en l'art. 133,II,IV per al codicil. La revocació parcial del negoci es troba en els arts. 130,III; 133,I per al testament i en l'art. 133,III per al codicil. La revocació parcial dels negocis de darrera voluntat no és sinò la d'alguna de «*les disposicions que continguin*» (art. 129,I). Aquesta seqüència és reversible. La revocació del negoci també es pot aconseguir de manera mediata, mitjançant la revocació de tot el seu contingut.

Seguint a F. Badosa⁴²⁰, cal distingir entre revocació com a efecte jurídic i com a supòsit de fet. Com a efecte jurídic, la revocació impedeix que una declaració de darrera voluntat arribi a adquirir valor negocial en el moment de la mort del testador.

L'art. 129,I final estableix que la conseqüència jurídica de la revocació és la ineficàcia del negoci o d'una part del seu contingut. La terminologia del CS indueix a pensar que l'eficàcia de la revocació és *inter vivos*⁴²¹: «*perden l'eficàcia*», art. 129,I; revocació per «*l'atorgament d'un testament*» (arts. 130,II; 133,II; "subsistència" de l'anterior, art. 130,III). Ara bé, si la funció de la mort en els negocis *mortis causa*

(419) F. PASTOR RIDRUEJO, La revocación (N.72), pàg. 18: «*En conclusión, el testamento es un negocio revocable porque es un acto de última voluntad. Y llamo precisamente de "última voluntad" al que "contiene la voluntad última del causante", real o presunta en el momento de la muerte*».

(420) F. BADOSA COLL a: Th. KIPP Derecho (N.269), §.31, pàg. 345.

(421) La terminologia prové de l'AvPC-55, l'art. 473,II pr. del qual establí que «*el simple otorgamiento de un testamento válido revoca de pleno derecho el testamento anterior*»

provoca que la declaració de voluntat del testador no adquireixi valor negocial fins l'òbit del testador, l'exclusió d'eficàcia negocial no es pot produir sinò en aquell moment⁴²².

El supòsit de fet que provoca l'efecte revocatori també es designa revocació. Pot ésser un negoci per causa de mort (arts. 70,I; 130,I,II; 133,I,II,IV; 306,II) o no tenir caràcter negocial (arts. 131; 306,III,IV).

Tradicionalment, s'ha assimilat l'autoria dels supòsits de fet revocatoris amb la voluntarietat del seu autor. A partir d'ací s'han qualificat la revocació com a expressa, tàcita o presumpta, segons que la voluntat del testador s'hagués manifestat pels mitjans ordinaris d'expressió, resultés necessàriament dels seus actes, o la deduí la llei d'actes del testador que podrien tenir una altra significació⁴²³. El supòsit de fet revocatori seria homogeni, encara que plural.

Per F. Badosa, en canvi, el fonament de l'efecte revocatori pot ésser heterogeni. Només serà un efecte *ex voluntate* si la declaració de darrera voluntat té un contingut revocatori. En el CS, en els arts. 130,I («*el testador l'ordena*») i 133,IV. En tots els altres casos, l'efecte revocatori es produirà *ex lege* a partir d'actes del testador qui, tanmateix, pot excloure l'efecte legal. Les anomenades "revocació tàcita" i "revocació presumpta" no serien conseqüència de sengles declaracions de voluntat amb contingut revocatori del testador sinò efectes *ex lege*⁴²⁴.

La interpretació literal dels arts. 130,II; 133,II i 131 és favorable a considerar-les un efecte legal. En efecte la revocació del negocis es produeix («*de ple dret*», art. 130,II) «*per l'atorgament d'un testament*» (arts. 130,II; 133,II). L'art. 131 atribueix

(422) En aquest sentit, F. PASTOR RIDRUEJO, *La revocación* (N.72), pàgs. 33-34: «*En realidad ha de ser el carácter accesorio de la revocación el que nos descubra su naturaleza. El testamento constituye el eje de la revocación y le imprime su sello característico. Resulta incongruente afirmar del acto accesorio que es inter vivos, porque opera actualmente la destrucción del acto principal, siendo así que este acto principal, actualmente, cuando es destruido, nada opera. Lo que se destruye no es el testamento, pues este subsiste tal cual fue manifestado. Lo que se inutiliza son sus efectos posibles, ya que al privar a la voluntad eventual del carácter dedefinitiva, ésta no desplegará su eficacia en el momento oportuno. Y como este momento es el de la muerte de su autor, es en tal momento, nos atrevemos a decir, cuando actúa la revocación*».

(423) Per tots, Juan OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pàgs. 479-487.

(424) F. BADOSA COLL a: Th. KIPP *Derecho* (N.269), §.31, pàgs. 345-348.

l'efecte revocatori a l'autoria presumpta d'un fet⁴²⁵.

4.1.- Els negocis per causa de mort com a supòsits de fet de la revocació del testament

Cal distingir entre els negocis per causa de mort que són fonaments successoris dels que no ho són. La revocació total d'un testament, fonament successori, només es pot aconseguir amb un altre fonament successori, un nou testament (art. 133,I,II) o un heretament (art. 70,I)⁴²⁶.

El codicil i la memòria testamentària només poden revocar una «*part del testament*» (art. 133,I). Per tant, no revoquen el negoci, sinò el seu contingut. La novetat introduïda pel CS és l'admissibilitat de la revocació de part del contingut d'un testament mitjançant un altre testament (arts. 130,III; 306,II).

El pressupòsit perquè un negoci de darrera voluntat produeixi l'efecte revocatori és la seva validesa. L'art. 130,II especifica què s'ha d'entendre per "validesa": tipicitat i compliment dels requisits i formalitats establerts⁴²⁷ sense que s'arribi a impugnar-se per preterició errònia de legitimaris. La destrucció del document que conté la darrera voluntat, sense possibilitat de reconstruir-lo, s'equipara a la invalidesa quant a la revocació⁴²⁸.

(425) En aquest sentit, M. TARRAGONA COROMINA, Arts. 125-135 CS (N.53), pàg. 502: «*La llamada revocación tácita no es tal. ...En este sentido hay una nueva voluntad testamentaria expresa y con independencia de cual sea la voluntad del testador acerca de la subsistencia del anterior testamento, éste queda revocado "de pleno derecho"*» (pàg. 497). Per a la revocació real, «*...se presume que el autor de los actos sobre el documento ha sido el testador... no cabe argüir que su "querer" o voluntad íntima no eran revocatorios*».

Contràriament, E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22) pàg. 159: «*la declaración de voluntad que significa la revocación es pot formular de manera expresa i de manera tácita*».

(426) Quant al testament exclusivament revocatori, vegeu supra II. 3.4.1.

(427) L'art. 130,II qualifica com causa d'ineficàcia del testament hològraf el que l'art. 120,2.n considera requisit de validesa. La remissió a l'art. 125, el paràgraf primer del qual només es refereix als requisits i formalitats de l'atorgament, obliga a fer referència expressa al testament hològraf.

(428) A l'art. 473,II final AvPC-55, no es contemplava qualsevol destrucció sinò la fortuïta: «*el testamento destruído por incendio, motín u otro hecho o accidente cuya reconstitución en forma legal no fuera posible*». Aquesta precisió impedia confondre la destrucció amb l'alteració del testament que provoca l'anomenada "revocació real".

4.1.1.- La «revocació expressa».

En atorgar un negoci per causa de mort, el causant pot haver-se pronunciat sobre el valor negocial que volia atribuir a anteriors declaracions de darrera voluntat o a llur contingut. Aleshores, es seguirà l'establert pel testador, tant si és en sentit afirmatiu (art. 130,III) com negatiu (arts. 130,I; 133,IV; 306,II).

La manifestació contrària a l'adquisició de valor negocial d'una declaració de darrera voluntat (o part del seu contingut, art. 306,II) es qualifica com a «revocació expressa» (arts. 130,I; 133,IV).

Quant a la revocació parcial del testament, l'art. 306,II ha introduït una distinció segons el negoci en què s'ordeni. En codicil, la revocació dels llegats d'aliments ha d'ésser explícita. En canvi, la revocació genèrica de tots els llegats ordenada en testament inclou els d'aliments.

Tradicionalment⁴²⁹, s'havia exigint una revocació especial dels llegats d'aliments. També estaven exclosos (i hi continuen, art. 278,II) de la reducció per falcídia. Aquesta regulació favorable tindria el seu fonament en el peculiar objecte del llegat. És difícil de justificar la diferència de tracte entre el codicil i el testament parcialment revocatori quan la funció d'ambós és idèntica, «*addicionar o reformar parcialment*» (art. 122,I) un testament.

4.1.2.- La manca de declaració revocatòria. L'anomenada "revocació tàcita".

El CS aplica diferentment el criteri cronològic segons que el supòsit de fet revocatori fos un fonament successori negocis o no. En el primer cas, l'efecte revocatori és absolutament rígid (arts. 130,II, «*de ple dret*»; 133,II), llevat que el testador manifesti la seva voluntat contrària (arts. 130,III; 133,II). En canvi, quan el negoci de darrera voluntat és accessori d'un fonament successori, l'efecte revocatori només es produeix en el cas d'incompatibilitat de continguts (art. 133,I,III). El criteri de la incompatibilitat també regeix quan el testament posterior confirma l'anterior (art. 130,III).

4.1.2.1.- El fonament successori.

(429) Una de les darreres plasmacions es troba en l'art. 455,II AvPC-55: «*La revocación que en términos generales haga el testador de todos los legados otorgados, no afectará a los legados de alimentos, por requerir estos revocación especial*»

L'atorgament d'un heretament o d'un testament provocarà l'efecte revocatori de qualsevol declaració de darrera voluntat anterior, tant si és fonament successori (testament, arts. 70,I; 130,II) com si no ho és (codicil i memòria testamentària, arts. 70,I; 133,II; donació mortis causa, arts. 70,I; 396).

En el cas del testament, la rigidesa de l'art. 130,II CS pressuposa el testament successori amb institució d'hereu. Si en el testament es preveu la destinació de tota l'herència, mercès a un títol universal, és indubtable que una nova regulació per a l'herència hagi de provocar la ineficàcia de l'anterior, encara que el testador no hagi previst explícitament l'efecte revocatori del testament (arts. 130,II; 133,II).

Per això cal plantejar l'efecte revocatori derivat que s'ha d'atribuir a l'atorgament de testaments liquidatoris, que no abastin la totalitat de l'herència. Literalment l'art. 130,II provocaria la revocació del testament anterior. Però cal tenir en compte que això no ha de tenir lloc «*si el testador ordena de forma expressa en el testament posterior que el testament anterior subsisteixi totalment o parcialment*» (art. 130,III).

La confirmació del testament anterior. L'art. 130,III CS.⁴³⁰

L'art. 130,III contempla el cas en què el testador manifesta la seva voluntat que el testament anteriorment atorgat també adquireixi valor negocial. Ho ha de fer «de forma expressa», encara que això no implica necessàriament l'ús d'una fórmula determinada. En aquest sentit, es pot argüir que l'art. 133,II només exigeix una «*disposició*» del testador per a la confirmació d'un codicil o una memòria testamentària. La «*forma expressa*» (art. 130,III) amb què s'al·ludeixi al testament anterior constituirà normalment una clàusula específica del testament. Tanmateix, també sembla admissible que el testador es refereixi a l'eficàcia del testament anterior per altres mitjans, sempre i quan quedi clara la seva voluntat sobre la subsistència del testament anterior. Ex. si l'objecte del primer testament era la meitat de l'herència, en el segon es designa hereu en l'altra meitat.

L'art. 130,III fa referència a la confirmació («*subsisteixi*») total o parcial del testament darrerament atorgat. Però la confirmació també pot anar referida a un testament previament atorgat. És un supòsit que encaixa en el previst a la part final del

(430) L'art. 130,III és un dels eixos d'aquest treball. Encara es pot pensar que aquest sigui la seu que correspondria a la seva anàlisi, s'evitaran les reiteracions.

paràgraf. Tot i que es refereixi a «l'anterior atorgat», no ha d'ésser necessàriament el darrer⁴³¹.

La confirmació total del testament immediatament anterior és possible quan en ell no s'havia ordenat la destinació de la totalitat de l'herència. També s'admetria si el segon testament no tingués un contingut patrimonial "dispositiu" (art. 55,II). Quan la voluntat testamentària coincideix amb la d'una declaració de darrera voluntat ja revocada, la confirmació total pot ésser l'únic contingut testamentari. En els dos darrers supòsits, caldria confirmar la institució d'hereu o el nomenament de marmessors universals del testament anterior (art. 130,III final).

La confirmació parcial és l'altra cara de la revocació parcial. Per això s'hi pot arribar mitjançant dues vies, no necessàriament excloents: la confirmació de part del contingut d'un testament anterior, i la revocació d'una altra part («el que no sigui revocat per l'atorgat posteriorment»)⁴³².

4.1.2.2.- El codicil i la memòria testamentària.

Atès que en aquests negocis es regula parcialment la destinació de l'herència, llur efecte revocatori sobre el testament no opera sobre el negoci sinó sobre una part del seu contingut. Per això l'efecte revocatori només es produeix com a conseqüència de l'eventual incompatibilitat entre els respectius continguts (art. 133,I,III). Aleshores s'aplica el criteri cronològic: la disposició posterior revoca l'anterior incompatible o modificada.

El CS no considera sinònims «*modificació*» i «*incompatibilitat*». La «*modificació*»

(431) La part final de l'article tindria més sentit si es referís a un testament ja revocat per un altre de posterior. Així es preveia a l'art. 473,III final AvPC-55 s'establia que «[e]sta misma norma regirá cuando el testador ordene expresamente en el posterior testamento que valga otro anterior revocado, aunque el nuevo testamento no contenga institución de heredero, siempre que en este último caso confirme la institución de uno al menos de los herederos llamados en dicho testamento anterior». La redacció de l'art. 130,III és manllevada de l'art. 96,III del document AVANTPROJECTE (N.48), que feia referència al testament anterior perquè, davant la supressió del *nemo pro parte*, era perfectament possible que el testament anterior organitzés només parcialment la successió del causant.

(432) L'art. 130,III conté una norma d'interpretació peculiar. Admet que els dos testaments "subsistents" tinguin disposicions incompatibles ("oposi"; "contradigui"). No s'ha de considerar la «*contradicció irreductible*» (art. 110,II), sinó que «val» allò establert en el testament posterior.

pot anar referida a una alteració conscient d'alguna disposició testamentària anterior. En canvi, la «incompatibilitat» seria entre dues disposicions testamentàries seria un resultat inconscient: el testador no tindria present la disposició anterior.

4.2.- Els altres supòsits de fet de la revocació.

La revocació del testament o de part del seu contingut pot ésser el resultat de negocis entre vius, fins i tot, mitjançant actes no negocials.

4.2.1.- L'alienació voluntària del bé llegat.

L'art. 306,III,IV preveu detalladament els supòsits en què la pèrdua de la titularitat del llegat per part del testador porta a presumir que el testador els volia revocar. Es tracta d'una voluntat presumpta perquè l'interessat en l'eficàcia o ineficàcia del legat pot provar quina era la veritable voluntat del testador en el moment de l'alienació.

Els supòsits de l'art. 306,III,IV no guarden una especial coherència. En principi, sembla que qualsevol alienació voluntària porta a presumir la voluntat de revocar el llegat (§.III), mentre que l'alienació forçosa indicaria la persistència de la voluntat del testador d'atribuir l'objecte llegat o el seu valor (§.IV). Tanmateix, els supòsits no són homogenis perquè es presumeix la voluntat revocatòria fins i tot quan l'alienació voluntària ha estat declarada nul·la (ex. per vicis de la voluntat del testador) i no es considera voluntat revocatòria en l'alienació del bé llegat per permuta o aportació a societat.

L'estudi específic d'aquests casos excedeix l'objecte d'aquest treball. S'hi ha fet referència perquè signifiquen la revocació parcial del testament com a conseqüència de negocis entre vius. Excepcionen el principi d'interpretació intrínseca del testament establert a l'art. 110,I CS.

4.2.2.- L'alteració del testament hològraf per part del testador. L'art. 131 CS.

L'efecte revocatori del supòsit previst en l'art. 131 CS és ex lege. La presumpció de revocació no es dedueix de la voluntat del testador, sinó de l'autoria de la destrucció.

L'art. 131 CS presumeix que el document que contenia una voluntat testamentària ha estat alterat pel testador en un moment en què gaudia de capacitat

natural per a testar. En aquests casos, s'atribueix ex lege l'efecte revocatori a l'acte del testador, amb independència de l'efectiva existència de voluntat revocària⁴³³.

La presumpció d'autoria éssent capaç és iuris tantum, per la qual cosa es pot provar el contrari. Per això, l'efecte revocatori no es pot impedir al·legant que el testador no tenia ànim revocatori quan va destruir el paper o va alterar les signatures.

4.3.- La presumpció de revocació de l'art. 132 CS.

L'art. 132,I presumeix revocades les atribucions ordenades a favor de qui era cònjuge del testador en el moment de l'atorgament del testament, *«en els casos de nul.litat, divorci o separació judicial posteriors a l'atorgament i en els supòsits de separació de fet amb trencament de la unitat familiar per alguna de les causes que permeten la separació judicial o el divorci, o per consentiment mutu expressat formalment»*.

Aquesta presumpció deriva d'una implícita presumpció prèvia: que les atribucions per causa de mort es varen establir en consideració a la qualitat de cònjuge de l'afavorit. Així ho palesa l'art. 132,II, que desvirtua la presumpció quan la interpretació intrínseca del negoci («del context del testament, el codicil o la memòria testamentària») resulta que el testador havia independitzat les atribucions de la condició de cònjuge de l'afavorit.

Aquest art. 132,II és el que permet negar que es tracti d'una veritable revocació. L'efecte revocatori sempre és conseqüència d'una declaració de voluntat o d'un acte posteriors del testador. En establir la interpretació intrínseca, l'art. 132,II situa en l'atorgament del testament el moment en què s'ha d'analitzar si el testador va vincular l'atribució a la qualitat de cònjuge de l'afavorit.

Per tant, l'art. 132,I no presumeix una veritable revocació, sinò la que la

(433) En la regulació tradicional del testament tancat en el dret civil de Catalunya també era possible la revocació real del testament tancat, perquè el notari el conservava en dipòsit. A diferència del AvPC-55 (art. 475,I, vegeu N.**), el CS no preveu com causa de revocació la retirada del sobre clos que conté la voluntat testamentària del testador. El motiu pot ésser que en l'actualitat el notari no conserva el testament en concepte de dipositari, sinò que l'incorpora al protocol. El sobre formarà part del protocol (art. 272,I RNot), de la integritat del qual en són responsables els notaris (arts. 36 final LNot; art. 279,I RNot). El protocol és propietat de l'Estat (art. 36 pr. LNot). Per tant, el testador no pot reclamar la devolució del testament.

condició de cònjuge de l'afavorit és un requisit per l'eficàcia de l'atribució al seu favor⁴³⁴, ⁴³⁵.

5.- El testament com a negoci solemne. Remissió a la segona part.

En els negocis per causa de mort, correspon a la forma efectuar el paper de la causa en els negocis entre vius: ésser el primer control de legalitat del negoci. El caràcter formal del testament s'expressa en l'art. 125,I, que sanciona amb la nul.litat els negocis de darrera voluntat atípics i els que, tot i ésser típics, no s'han atorgat seguint els requisits i formalitats establerts legalment.

Aquests requisits i formalitats s'analitzen en la segona part de la tesi.

(434) En aquest sentit, Santiago ESPIAU ESPIAU, *El error en las disposiciones testamentarias. La regulación del «Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya»*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pàg. 86: «*la ignorancia de datos o hechos futuros no puede, en rigor, ser considerada vicio o defecto: (...) Los datos o circunstancias futuros pueden constituir presupuesto de la declaración de voluntad testamentaria, pero esto les convierte en requisito de eficacia de la misma, no de validez:...*»

(435) Ramón CASAS VALLES, *Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio. (Sobre el art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)*, a: *ADC* 46 (1993), pàgs. 1747-1783, ja havia negat que el supòsit de l'art. 132 CS fos una revocació presumpta (pàg. 1777). Considera que l'art. 132 és una norma interpretativa per suplir la manca de previsió per part del testador. El qualifica com a "la presumpció legal de la voluntat testamentària hipotètica típica" (pàgs. 1782-1783)