

La sucesión de los impúberes en la Compilación de Derecho civil de Cataluña *

JOSE MANUEL GONZALEZ PORRAS

Profesor de Derecho civil de la Facultad de
Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona

Aunque el causante impúber menor de catorce años de uno y otro sexo (art. 156 3.º CDC) carece de “testamentifacción activa”, sin embargo, su sucesión puede regularse como si de la de un púber se tratara, bien por medio de testamento o bien por medio de la ley. Lo primero mediante la sustitución pupilar, dándole al impúber un sustituto en virtud de las facultades que para ello concede la ley al padre o madre mientras ejercen la patria potestad sobre sus hijos impúberes (art. 156 CDC) y en el segundo caso, en defecto de sustitución pupilar, ordenando su sucesión conforme a las normas que, tan celosamente guardadas durante siglos, han pasado a la Compilación (art. 251) recogiendo principios que desde tiempo inmemorial venían informando, a través de diversas Constituciones, el derecho sucesorio especial de Cataluña, mediante una sucesión excepcional, la intestada de los impúberes, que se aparta de los moldes tradicionales romano-justinianeos.

Así pues, nos encontramos con el hecho de que la sucesión de un causante impúber, cuyas normas están impregnadas del espíritu de troncalidad acuñado en el lema “paterna paternis materna maternis”, encuentra una doble e interesante manifestación: 1.ª la sustitución pupilar, regulada en forma especial por los artículos 156 a 159 de la Compilación y 2.ª, en defecto de sustituto pupilar, la sucesión excepcional del causante impúber, cuya especialidad se contiene en el artículo 251.

Ambas instituciones tienen como finalidad última aquella preocupación básica del Derecho civil catalán de procurar la conservación de la casa y del patrimonio familiar y a ello sirven por igual la rica

(*) Este trabajo corresponde a uno de los capítulos del estudio en elaboración sobre «Problemas de la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña» y que el autor realiza con una Beca concedida por la Cátedra «Duran y Bas», de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, que dirige el profesor Fernández de Villavicencio.

gama de sustituciones, y entre ellas la llamada sustitución pupilar, como el sistema de llamamientos establecidos en el artículo 251 de la Compilación. Las dos sirven, como tantas otras instituciones del libro II de la Compilación de Derecho civil, para conocer la raíz del Derecho de Cataluña.

I. LA SUSTITUCION PUPILAR O SUCESION TESTADA DE LOS IMPUBERES

1. *Precedentes históricos*

En Derecho romano la sustitución pupilar consistía en que el padre o abuelo paterno podía nombrar heredero para su hijo impúber que tenía inmediatamente bajo su "patria potestas" para el caso de que muriera sin haber llegado a la pubertad. Es pues, un testamento que hace el padre por su hijo impúber que no puede testar mientras no haya alcanzado la pubertad. Este derecho emana de la "patria potestas" y en consecuencia sólo puede ejercerlo quien la tiene. Además, se requiere que el hijo sea "sui iuris" respecto del testador sustituyente al tiempo de otorgarse el testamento, permitiéndose, sin embargo, sustituir pupilarmente al nieto que en aquel momento no se hallara todavía bajo la "patria potestas", para el caso de que al tiempo de su muerte lo hubiera estado, de acuerdo con la fórmula "Legis Juniae Velleiae" (Fr. 2 pr. D. XXXVIII, 6, pr. I. II, 16).

El fundamento de esta institución, dice Ossorio Morales (1) se encuentra en el intenso carácter protector de la patria potestad romana respecto al patrimonio del "filius in potestate", y es paralela a la tutela testamentaria, respondiendo a la misma finalidad: la "tutela rei suae". Pero parece ser que aunque todos los romanistas estén de acuerdo en que mediante la sustitución pupilar el "paterfamilias" testaba por el impúber, sin embargo, no era una figura independiente, sino la resultancia o combinación de una "institutio pupilli" con una "substitutio vulgaris", de cuya combinación nos dice Schulz (2) que puede decirse que la sustitución pupilar encerraba tres disposiciones distintas: a) una por la que el pupilo quedaba instituido heredero del paterfamilias; b) otra por la que el sustituto era instituido heredero del

(1) OSSORIO MORALES, Juan, «Manual de Sucesión testada». Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957, Cap. XI (Las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar). pág. 243. Cfr. igualmente PUIG FERRIOL, Luis, *La sustitución ejemplar en Cataluña*, en «Estudios en honor del Prof. Castán», t. III, pág. 408. Pedro BALLESTER, en «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 1928, t. 152, núm. V, pág. 528; DE BUEN, Demófilo, «Enciclopedia Jurídica Española (Voz Sustitución)», t. XXIX, pág. 165. BROCA-AMELL, «Instituciones del Derecho civil catalán vigente», 2.^a ed., 1886, página 354.

(2) SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Traducción del Prof. Santa Cruz Teijeiro), Barcelona, Ed. Bosch, año 1960, págs. 251 y ss. Cfr. para un examen histórico de esta institución el trabajo de Giorgio LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, en «Studi in onore di P. Bonfante», vol. 3.^o, Milano, 1930, afirmando los viejos orígenes de la sustitución pupilar en la antigua Roma «moribus introductus» según decía ULPIANO y ligada a la «datio tutoris».

paterfamilias bajo la condición de que el hijo no llegara a ser heredero por haber premuerto al testador y c) una tercera por la que el sustituto era instituido heredero del impúber con la condición de que el hijo fuese instituido heredero del padre, pero que muriese dentro de la impubertad.

Queda claro que en la sustitución pupilar el padre (el sustituyente paterfamilias) no sólo disponía de su patrimonio, sino también de los bienes privativos del pupilo y la sustitución pupilar es sencillamente un testamento del impúber otorgado por el paterfamilias con el fin de suplir la falta de testamentifacción activa del pupilo para disponer "mortis causa" de su patrimonio. Se trataba —dice Ossorio Morales (3)— de un "testamentum filii", de suerte que el sustituto pupilar heredaba al "filius" y no al paterfamilias que le había nombrado, y no sólo adquirió, por tanto, los bienes procedentes del testador, sino todo el patrimonio del hijo, sin distinguir la procedencia de los bienes, incluso los adquiridos después de la muerte del paterfamilias.

Cuando en Derecho romano un testador usa de este derecho, puede nombrar para sí otro heredero, eliminando así el requisito de que el impúber hubiera de ser instituido heredero, ya que el paterfamilias, con justa causa, podía desheredar al pupilo y sin embargo sustituirle pupilarmente. Tal cosa era posible —explica D'Ors (4)— porque dado que el impúber no podía testar, el testamento lo hacía su padre o aquél bajo cuya potestad estaba, no sólo para los bienes heredados de él, sino para todo su patrimonio, sin distinguir la procedencia de los bienes (Fr. 10. D. XXXVIII, 6) por lo que se aceptaba la sustitución de un hijo desheredado.

Este mismo criterio lo habrían de recoger nuestras Leyes de Partidas al afirmar que "Puede el padre establecer otro heredero en lugar de su hijo que fuese menor de catorce años, en la manera que es llamada en latín "substitutio pupillaris" faziendo su heredero al moço sobredicho, assi como de suso diximos. *E aun puede esto fazer, maguer lo desheredasse de lo suyo por alguna derecha razón*" (Cfr. P. 6, 5, 6).

Cuando la doctrina se ha ocupado de la posibilidad de sustituir pupilarmente al hijo impúber desheredado por el padre, cuyos antecedentes romanos se encuentran en la Instituta, lo justifican precisamente por entender que la sustitución pupilar tiene su fundamento en la patria potestad y ésta no se pierde aunque se desherede al hijo, si bien queda claro que o hay que instituir o hay que desheredar en el sentido de tener que cumplir con los deberes legitimarios y así se des-

(3) OSSORIO MORALES, op. cit. loc. cit. En este mismo sentido se manifiesta en el derecho catalán BORRELL, en *Reformes de la successió...* en «Revista Jurídica de Cataluña», 1928, págs. 1 a 29 en cuanto reconoce que es un poder extraordinario de testar para sustituir. Idem, en «Dret civil vigent a Catalunya, vol. V, 1.º, página 109, ep. 451. En cualquier caso, sea testamento del padre en que nombra un heredero para él, o testamento del hijo, siempre hay una anomalía respecto al sistema habitual sucesorio romano. Sobre este punto cfr. LA PIRA, op. cit., loc. cit.

(4) D'Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano* (Ed. Universidad de Navarra), Pamplona, 1968, pág. 279-280.

prende, como luego veremos, del artículo 161, 3.º de la CDC, no faltando autores como Broca-Amell (5) que entendían no ser aceptable hablar de la desheredación de los impúberes ya que por razón de edad, menores de catorce años, no era posible hablar de sujetos pasivos de una conducta merecedora de la desheredación. Por su parte el Código civil no nos dice que haya que instituir ni que desheredar y en definitiva lo que hay es que satisfacer los derechos legitimarios.

El Derecho de Cataluña modificó en parte el tradicional Derecho romano en materia de sustitución pupilar y ello como consecuencia de una organización familiar distinta de la familia romana. Se empieza por advertir que la facultad de nombrar sustituto pupilar al hijo impúber no es algo que corresponde al "paterfamilias", sino al padre. En tal sentido puede consultarse lo dispuesto por el rey Pedro III en Cortes de Perpiñán en 1351, en el sentido de que tan sólo el padre, y no los demás ascendientes, era el titular de la patria potestad sobre los hijos. Siglos después, con la Ley de Matrimonio Civil de 1870 tal poder pasó también a la madre (6).

Una trascendental innovación propia del derecho autóctono de Cataluña y cuyos antecedentes hay que buscarlos en las Cortes de Monzón de 1585 y que ha pasado a la vigente Compilación, es la restricción en la facultad del padre para nombrar sustituto pupilar a cualquiera introduciendo el principio de troncalidad de rancio ábologo en el Derecho de Cataluña, pues como nos dice Roca Sas-

(5) Sabido que el derecho romano admitió la «exhereditio» sin necesidad de justificación alguna y que la sustitución pupilar podía darse con independencia de la vulgar, sin necesidad de instituir heredero al impúber bastando la desheredación (Instituta 2, 16, 4; Cfr. Fritz SCHULZ, op. cit. n. 460 y 468 y ss.), sin embargo, no toda la doctrina clásica catalana estaba de acuerdo, por entender que los menores de catorce años, precisamente por razón de la edad no podían incurrir en desheredación. Y la verdad es que la idea no es desacertada. VALLET DE GOYTISOLO, en *El apartamiento y la desheredación*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL (trabajo que aparece también con ligeras ampliaciones en el volumen sobre Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer de su Tratado práctico y crítico de Derecho civil), 1968, pág. 17, se refiere con profundidad y amplia bibliografía al problema de la capacidad para ser desheredado, ya que nada dice el C. c. ni tampoco la Compilación de Cataluña. La doctrina no está de acuerdo y mientras hay quien entiende que debe ser de aplicación la capacidad penal (así Falcón), otros se han inclinado por dejarlo a la apreciación judicial (Valverde, De Buen, y con dudas De Diego). Otros han distinguido de acuerdo con un análisis de las causas de desheredación (vide arts. 756, 853 y 854 del C. c.) según que fuera materia de delito penal o civil (entre otros Bonet Ramón, Puig Peña). En cualquier caso interesa recordar que la mayor parte de esas causas de desheredación suponen una condena penal y así nos dice Bonet (en su Código civil comentado, pág. 585 y ss.) que la indignidad de suceder está presente la idea de sanción o pena privada por razón de faltas graves cometidas contra el causante. Si esto es así e inclinándonos a la tesis de una apreciación de capacidad penal en relación con el art. 8 del Código penal vigente, habría que concluir que el impúber —menor de catorce años para todos los efectos— no tiene capacidad penal. Véase respecto de las causas de desheredación a que se refiere el art. 853 del C. c. la Sent. del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1904.

(6) Cfr. lo referente a las Cortes de Perpiñán y de Monzón en «Constitutions y altres drets de Catalunya» en el Libro VI, tít. 2.º, Constitución 3.ª del vol. 1.º y en el Libro VIII, tít. 8.º, Constitución 1.ª, vol. 1.º

tre (7) fueron varias las constituciones catalanas de los siglos XIII, XIV y XV que habían inyectado el principio de troncalidad en la sustitución pupilar y en la sucesión intestada de los impúberes.

La materia de las sustituciones alcanzó en el Derecho de Cataluña una importancia trascendental, permitiendo canalizar manifestaciones de unidad familiar tan distintivas del Derecho de esta región, pues como se dijo en solemne ocasión “la casa se convierte en centro de la familia, resumen de un pasado y proyección de un futuro. Todo se hace por y para la casa. De su honor y de su prestigio, de su ejemplaridad y pujanza, participan todos sin excepción. Vivan en ella o se hayan apartado de su seno. La casa no puede morir, debe seguir siendo el centro aglutinante de toda la familia” (8). Todo ello explica la importancia que en un momento determinado pueden tener las sustituciones con su trama ante futuros eventos o el orden de llamamientos en la sucesión intestada de un impúber. Es el deseo de que la unidad familiar patrimonial se prolongue indefinidamente en el tiempo.

La Compilación dedica a la sustitución pupilar, de forma principal, los artículos 156 al 159, ambos inclusive. En términos generales, como afirman Condomines - Faus (9), las normas de la Compilación coinciden con las del Código civil y acogen la doctrina complementaria de la jurisprudencia, pero conviene advertir que las lagunas que puedan presentarse en esta materia concreta (por supuesto que la Compilación no comprende todo el Derecho civil de Cataluña) deberán ser colmadas e interpretadas de acuerdo con el apartado 2.º del artículo 1.º de la Compilación, a cuyo tenor “Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomarán en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan”. Y ello antes que con “los preceptos del Código civil” aunque no se opongan a lo previsto en la Compilación ni a las fuentes jurídicas de aplicación general (ver Disposición Final Segunda de la CDC). Esto me parece defendible por la sencilla razón de que nos encontramos ante una institución que en Cataluña adquiere una fisonomía especial, apartándose de los cauces romanos y por tanto del criterio del Código civil. ya que no sólo se quiere conseguir —como acontece en el Derecho de Castilla— que el impúber muera con testamento, sino que muy fundamentalmente su objeto está impregnado de espíritu troncal, obedeciendo a consideraciones de naturaleza económico-familiar de raíces peculiares.

(7) ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Los elementos componentes de la Compilación en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña»*, Barcelona, 1961, pág. 20.

(8) PORCIOLES COLOMER, José M.^a, Discurso de presentación del Proyecto de Compilación a las Cortes Españolas. Sobre la casa en los derechos forales, cfr. LACRUZ BERDEJO, *Los derechos forales*, en «Estudios de Derecho civil». Bosch. 1958, págs. 17-37.

(9) CONDOMINES-FAUS, «Derecho civil especial de Cataluña». Ed. Bosch, 1960, págs. 201 y ss.

Aplicar como supletorio normas que no estén dentro de esas fuentes de aplicación general no me parece acertado, porque como se afirmó respecto de este apartado 2.º del artículo 1.º de la Compilación, “las normas de conducta jurídicas sólo son verdaderamente válidas en cuanto responden a sentimientos, anhelos y necesidades de la comunidad que las vive”. En este sentido se puede decir con Lalinde Abadía (conferencia, aún no publicada, en las Jornadas de Derecho foral en Jaca, agosto 1972, sobre “De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad”) que la historicidad es el presupuesto y el apoyo de las legislaciones forales.

2. *Concepto y denominación*

Advertía justamente Coll i Rodes (10) que en el Derecho catalán, basado en el romano, la institución no se había alterado sustancialmente, pero sí se había cambiado su concepto al haberse modificado el organismo de la patria potestad. De esta forma la sustitución pupilar es el nombramiento de heredero ordenado por el padre, y en su defecto, por la madre, respecto del patrimonio de su hijo sujeto a la patria potestad, para el caso de que muera impúber, en favor de las personas autorizadas por la ley para ser favorecidos. De ello deducía Coll i Rodes que estábamos ante una institución más bien que ante una verdadera sustitución.

En efecto, la sustitución pupilar tiene por finalidad evitar las consecuencias de la sucesión intestada y consiste en el nombramiento de un sustituto que pueden hacer los padres, el padre o la madre, mientras ejercen la patria potestad sobre sus hijos impúberes, para el caso de que mueran antes de dicha edad (*intra pubertaten decesserit*) y que la Compilación, a todos los efectos, señala en la edad de catorce años para el hombre y la mujer (art. 156, *in fine*), ya que de ocurrir así, tales menores no habrían alcanzado la edad para poder otorgar testamento y muertos intestados heredarían sus parientes legítimos. Se suple, pues, la falta de testamentación activa. Acertadamente decía Borrell i Soler (11) que “*quam s’institueix hereu un impúber resta el perill que, per morir l’instituitabans la pubertat, els bens del testador passin als hereus intestats de l’impúber, i, per tal d’evitā-ho, s’introduí la substitució pupillar. Al principi només comprenia els bens del testador, pero el costum l’estenguè als del mateix pupil, tan els que tenia en disposarse substitució, com els adquirits després, sia en vida del testado, sia després de mort, per la qual cosa la dita substitució s’anomena i obra com a un testament de l’impúber; essent una excepció a la regla que no permet de testar per altrui*”. Luego la sustitución pupilar significa que el testador instituye heredero en una

(10) COLL I RODES, Ramón, *De la successió dels impubers en dret català*, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1909, pág. 248 y ss.

(11) BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona, 1923, vol. V, página 109 y ss.

herencia que no es la suya. No es o no responde con exactitud al juego propio de una sustitución, porque mejor le convendría el de institución y acaso, como se ha dicho, la denominación de sustitución, usualmente utilizada. se deba a que es igualmente usual el que el testador sustituyente a la vez que nombra un heredero para el sustituido, instituya heredero suyo (12).

Pero tanto el Derecho romano (Digesto 28, 6., "de vulgari et pupillari substitutione") como en el derecho positivo español, la pupilar aparece dentro de las sustituciones. Así el Código civil recogiendo esta línea tradicional la estudia bajo la denominación de tal en los artículos 774 a 789 (Sección Tercera, Título Tercero, del Libro Tercero) e igualmente la Compilación de Derecho civil de Cataluña bajo la denominación "De las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar" engloba unas y otras; modalidades que en puridad encierran conceptos distintos las primera de las dos restantes. Por esto se ha presentado siempre a la doctrina el problema o cuestión terminológica en orden a decir si efectivamente la pupilar es o no una verdadera y propia sustitución, como lo es la vulgar o la fideicomisaria, por ejemplo.

Se ha sostenido, entre otros por Albaladejo (13), que en realidad la figura de la sustitución pupilar y de la ejemplar no encajan dentro de tal denominación que tan sólo por razones históricas se han venido encuadrando dentro de esa rúbrica. Es más, piensa Albaladejo que con relación a estas dos figuras (pupilar y ejemplar) hubiera sido mejor el que "el propio legislador hubiera proclamado explícitamente la unificación de las dos figuras, ya que realmente hay una sola, aplicable en dos situaciones: impubertad e incapacidad por demencia".

Desde luego ambas responden a la misma idea que no es otra sino la de nombrar sustituto para el caso de que el instituido muera sin hacer testamento, variando tan sólo la causa de dicha imposibilidad. Este criterio de sistemática lo siguen recientemente Lacruz-Sancho (14).

Sustituir es tanto como colocar a una persona (sustituto) en el lugar de otra (sustituida), de forma que mediante el mecanismo de la

(12) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, en «Sustituciones Hereditarias» (Ed. Gráficas Summa. Oviedo, 1956). Sustituciones pupilar y ejemplar, en pág. 123.

(13) Este criterio sistemático —que más recientemente siguen en su «Derecho de Sucesiones» (1) los Profs. LACRUZ-SANCHO (pág. 681)— que ALBALADEJO defiende en su conocida monografía sobre las sustituciones hereditarias, cuando se aplica al Derecho civil de Cataluña ha de recogerse con naturales reservas, pues si bien se sostiene que ambas instituciones (la pupilar y la ejemplar) no son distintas, sino manifestaciones de una misma figura jurídica que tan sólo difieren por las causas, conviene recordar las diferencias que entre ellas se dan y que recoge PUIG FERRIOL en el trabajo ya citado (págs. 408-410). No obstante la propia Compilación establece en el art. 161, ap. 2.º la analogía de ambas sustituciones permitiendo la aplicabilidad supletoria de las normas de la pupilar a la ejemplar en cuanto lo permita su naturaleza.

(14) LACRUZ-SANCHO, en op. cit. que sigue la que llama útil sugerencia sistemática de ALBALADEJO, generalmente no utilizada por la doctrina.

sustitución el sustituto se coloca en lugar del llamado como heredero o legatario, es decir, en defecto del primer instituido o para después del mismo, supuestos que se dan en el caso de la sustitución vulgar o de la fideicomisaria, ya que ambas responden fielmente a la naturaleza de las sustituciones. Pero, en cambio, en la sustitución pupilar (e igualmente cabe decir de la ejemplar) no se refleja exactamente esa idea de sustituir. Es por esto que un gran sector doctrinal ha puesto de manifiesto el error tradicional. Afirma Albaladejo (15) que junto a la sustitución vulgar existen otras figuras llamadas también sustituciones pero que no son tales en el sentido del término cuando se habla de la vulgar (instituir un heredero en defecto de otro: *substituere*), sino sustituciones en el sentido de que se sustituye a otro en el ejercicio del poder de disponer *mortis causa*, nombrándole un sucesor. El punto es compartido por otros muchos autores que entienden que es impropio hablar de sustitución para la pupilar, pues lo que se hace es una sustitución del testador y no del heredero o legatario. Así, Ossorio Morales (16) afirma que su encuadramiento obedece a razones históricas más que a otras de índole sistemática. Para Puig Brutau (17) la sustitución pupilar suple la falta de testamentación activa y evita el juego automático de la sucesión intestada. Este es el criterio de un sector mayoritario de nuestros civilistas (De Diego, Traviesas) y lo afirmaba rotundamente el propio Coll i Rodes (18) cuando decía que la sustitución pupilar producía idénticos efectos que si el impúber hubiese nombrado a su heredero y sucesor, por lo que entendía en puridad que no podía hablarse de sustitución, sino de institución, ya que no se trataba de alguien que venía a colocarse en el lugar de un primer instituido, sino que en virtud de la sustitución pupilar el llamado sustituto sucede en la herencia del hijo como si fuera un heredero directo instituido por el padre. Este era el criterio de todos los romanistas que unánimemente pensaban que mediante la pupilar, el paterfamilias testaba por el impúber. Era un "testamentum filii". Más recientemente Condomines-Faus (19), han afirmado categóricamente que las sustituciones pupilar y ejemplar no son tales en el sentido de designación de un segundo heredero en defecto del primero, sino que aquí hay sustitución en la testamentación activa; el padre, la madre, los ascendientes se ponen en el lugar del que sería testador si tuviera capacidad para ello y no la tiene por no haber cumplido la edad o por incapacitación por las causas legales, y para el caso de que subsista su estado de incapacidad al morir.

A pesar de estas consideraciones de la doctrina cuando llegó la

(15) ALBALADEJO GARCÍA, op. cit., pág. 119.

(16) OSSORIO MORALES, op. cit., en pág. 237.

(17) PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho civil», t. V, 2.º (Las sustituciones pupilar y cuasi pupilar o ejemplar), pág. 493 y ss.

(18) COLL I RODES, op. cit., 1909, pág. 248 y ss.

(19) CONDOMINES-FAUS, op. cit., pág. 202.

hora de redactar la vigente Compilación (e igualmente en todos los Anteproyectos) la sustitución pupilar es llamada así y encuadrada, por lo mismo, dentro de la rúbrica de tales instituciones. Acaso, como se ha dicho en alguna ocasión, por falta de imaginación para encontrar una denominación más en consonancia con su alcance y sentido, acaso porque como advertía Coll i Rodes, en la práctica no había mayor inconveniente en considerar a la pupilar como una sustitución (20). Sea lo que fuere en la Compilación la sustitución pupilar consiste en un testamento del impúber otorgado por quienes ejercen la patria potestad y ello nos obliga a entender la denominación de sustitución en un sentido equivalente a sustitución en la facultad de testar.

3. *Forma de ordenarse*

En nuestra opinión, teniendo presente el apartado 1.º del artículo 156 que habla de que “...podrán sustituirlo (al hijo legítimo impúber) en el testamento que otorguen (el padre o la madre que ejerzan la patria potestad) para su propia herencia...” y el apartado 1.º del artículo 157 que se refiere a la herencia o legado del padre o de la madre que dispuso la sustitución, resulta que la sustitución pupilar tal y como la concibe la Compilación es un testamento del impúber otorgado por el padre o por la madre titulares de la patria potestad. Que por otra parte no es necesario que se instituya heredero al impúber (Vide arts. 156 y 157 CDC) que tan sólo tendrá derecho a la legítima en la forma que determina el artículo 161, 3.º. Luego resulta admisible testar por el impúber sin que reciba otra cosa que la legítima que le corresponde en su herencia. Pero puede ocurrir que el impúber haya sido instituido heredero y entonces, en relación con los bienes de que se le instituye, hay institución sucesiva, pues el impúber aparece como heredero o legatario y para el supuesto de que fallezca antes de llegar a la pubertad, los bienes pasan al nombrado sustituto. A este respecto ya indicaba Coll i Rodes (21) que se podía hablar de una sustitución pupilar impropia que se hace a un impúber instituido heredero del sustituyente para el caso de no llegar a la edad de la pubertad y una sustitución pupilar propia que (combinada con la vulgar o con la fideicomisaria condicional) comienza por hacer el llamamiento a favor del hijo impúber y después se le sustituye pupilarmente. Es decir, el hijo impúber adquiere la condición de heredero o legatario y para el caso de que fallezca “intra pubertatem” se nombra el sustituto al que van a parar los bienes, con lo que dicho sustituto es, hasta cierto punto, un fideicomisario condicional. Ello podría verse en el artículo 157 de la Compilación.

Estamos pues ante un testamento del hijo impúber otorgado por el padre o madre titulares de la patria potestad y tal sustitución en la

(20) COLL I RODES, op. cit., año 1909, en pág. 248.

(21) A propósito de una clasificación de la pupilar en propia e impropia, cfr. COLL, en op. cit., pág. 347 y ss.

testamentifacción constituye una clara y evidente excepción al criterio personalísimo que el testamento tiene conforme al conocido artículo 670 del Código civil. Frente al principio establecido por este artículo la doctrina ha argumentado razonablemente que la sustitución pupilar es un verdadero testamento otorgado por el padre o madre para así regular la sucesión del hijo. Entre otros, Ossorio Morales (22) recoge los de carácter histórico (Derecho romano y legislación de Partidas) o el hecho de que en el Código civil artículos como el 777 o el 813 al consagrar la inviolabilidad de la legítima prohibiendo al testador imponer sobre ella *sustitución* de ninguna clase indica que la sustitución pupilar no es un acto de testamentifacción activa del sustituyente, pues de ser así sólo a la parte de libre disposición podrían quedar reducidas dichas sustituciones; pero resulta que no es así y que el Código civil, no limita el alcance a sólo esa parte de libre disposición del testador que recaiga en el instituido, sino que también surte efectos sobre lo que el impúber adquiere como legítima. Ello es porque tales sustituciones se tratan como normas que se refieren a la sucesión del incapaz. Para Albaladejo (23) el sustituido no muere intestado, al menos —dice— en el sentido que tiene la expresión, ya que se trata de un causante que fallece con su sucesión regulada, no por disposición de la ley, sino por voluntad del hombre manifestada en testamento. Se trata de una excepción del artículo 670 del Código civil.

Este poder testar por otro, esta sustitución en la facultad de testar la autoriza la misma ley; su origen es legal, entendiendo el legislador que la disposición “mortis causa” ordenada por el sustituyente redundará no sólo en interés del hijo impúber, sino también y muy principalmente, en interés de la organización familiar, de la casa, al evitar las consecuencias de una sucesión intestada. Así veo la esencia de la sustitución pupilar y por eso la Compilación faculta al titular de la patria potestad (art. 156 CDC) para que actúe en nombre propio y en interés ajeno. El que son los titulares de la patria potestad quienes actúan es evidente, pues no resulta viable decir que actúa el impúber, toda vez que precisamente el expediente lo arbitra la ley para evitar las consecuencias de abintestato al ser personas incapaces de testar y que el testador sustituyente actúa en interés del sustituido es algo que va implícito en la esencia de la misma institución pupilar.

(22) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, en pág. 246 que trata ampliamente el problema de la naturaleza jurídica de la sustitución pupilar. En el derecho catalán anterior a la Compilación la opinión que podríamos decir dominante, entendía que tanto en sustitución ejemplar como en la pupilar, el sustituyente disponía de su herencia y de la del descendiente. Ha de hacerse notar la opinión distinta de BROCA-AMELL, *Instituciones del Derecho civil catalán vigente*, Barcelona, 1886, t. II, pág. 357, en cuanto sostenían que la ejemplar comprendía tan sólo los bienes propios del sustituyente. Cfr. PUIG FERRIOL, op. cit., en págs. 410-412 por cuanto las afirmaciones que sienta respecto de la sustitución ejemplar son de aplicación a nuestro caso.

(23) Vide ALBALADEJO, op. cit., pág. 139-140.

Un autor tan conocedor del Derecho sucesorio catalán como Roca Sastre (24) ha dicho que “en las sustituciones pupilar y ejemplar, más que una verdadera sustitución hay que ver una autorización legal al ascendiente para designar testamentariamente heredero al descendiente”. Hay así como “una designación de heredero por comisario legal”.

Esta posición doctrinal que se acerca a los llamados negocios jurídicos de autorización, con las naturales salvedades que se imponen dado su origen legal y no derivado de un negocio jurídico, ha sido utilizado por Puig Ferriol para la sustitución ejemplar (25) y no hay razones para no poderse aplicar a la pupilar ya que los dos casos podrían incluso reducirse, tal y como se decía anteriormente, a un solo supuesto aplicable a dos situaciones en los que la ley presume (como en otros supuestos) que quedan así mucho mejor garantizados los intereses familiares que dejándolos a lo que en su momento pueda ordenar la ley. Este proceder es algo connatural con el Derecho de Cataluña que confía más en la previsión del hombre que en la providencia del legislador y obedece sin más al principio de libertad del sujeto de derecho.

Por otra parte, y de acuerdo con la regulación que nos da la Compilación de esta sustitución, resulta que de conformidad con el artículo 156, 1.º, el padre o la madre disponen también “mortis causa” de su propia herencia. Siendo esto así, me parece que se podría dar por sentado que la Compilación da por resuelto un viejo problema, pues de la lectura del dicho artículo 156 de la Compilación se puede decir que hay un solo testamento en el que se dispone de dos masas hereditarias. Examinemos a continuación estos problemas.

a) Unidad del testamento.

En el Derecho romano mediante el testamento del “paterfamilias” cuando se ordenaba la sustitución pupilar, se deferían dos herencias, la del paterfamilias y la del impúber, y ya hemos defendido aquí que en puridad no se trataba sino de “testamentum filii” o de

(24) ROCA SASTRE, Ramón M.^a en «Notas a KIPP (ENNECCERUS), t. V, 1.º, pág. 283.

(25) PUIG FERRIOL, Luis, op. cit., pág. 412 citando a RIERA AISA (voz Autorización, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. III, pág. 159 y ss.). En definitiva la tesis defendida por PUIG FERRIOL en cuanto a la sustitución ejemplar, es defendible perfectamente en la pupilar que estimo supone una mera sustitución en la facultad de testar con origen legal, autorizando al testador sustituyente (titular de la patria potestad) para que en su propio nombre y en interés del sustituido (y aún más, en interés de la casa familiar), disponga en el testamento que otorguen para su propia herencia, es decir, «mortis causa», de su patrimonio. Todo ello explica la esencia de la sustitución pupilar. Pensemos en la redacción del art. 157 de la Compilación que declara que en la sustitución pupilar el sustituto tiene el carácter de heredero del impúber en la herencia por éste relicta. Además, para demostrar que estamos ante un heredero no abintestato, sino testamentario, basta pensar que puede serlo una persona cualquiera que no tiene que ser pariente del impúber y que lo único que ordena la Compilación es guardar las limitaciones del art. 158 en cuanto mantiene el espíritu de troncalidad.

un verdadero caso anormal de testamento otorgado por representación. Con relación a este punto tan debatido por la doctrina, escribía Coll i Rodes (26) que había la posibilidad de disponer la sustitución pupilar en un solo acto y que cuando el testamento paterno y la sustitución iban juntas y se otorgaban en un mismo acto, siempre se ponían en juego dos herencias. Por tanto y sin perjuicio de reconocer que el caso no era pacífico en las fuentes romanas, sin embargo, cabe señalar que la mayoría se inclinan por la unicidad testamentaria (27).

La Compilación del Derecho civil de Cataluña entiendo que, sin titubeos, acepta la tesis de la ordenación en un solo testamento (28) y ello se puede argumentar sobre la base que ofrece el apartado 1.º del artículo 156 de la Compilación. Ello ofrece, además una mayor seguridad jurídica que si se dejara o se aceptara la dualidad de testamentos, ya que surgirían dudas acerca de la posible revocación de

(26) Tal sustitución (la pupilar) nos dice D'ORS, op. cit., pág. 280, debe hacerse en un testamento válido, y por eso es imprescindible que el padre nombre un heredero para sí, además del que nombra para su hijo. Esta doble institución solía hacerse en tablillas separadas, de forma que el nombre del sustituto pupilar quedara oculto hasta morir el pupilo. (Ver en nota núm. 1, 2 y 3, al epígrafe núm. 5 de la monografía de COLL, las interesantes citas que hace al Derecho romano acerca de las posibles indidas contra el pupilo). El testamento es aparentemente doble —dice D'ORS— pues el acto es uno sólo e igualmente el testador (D. 28,6,20 pr. «testamentum pro uno habetur»; D. 42,5,28: «unum esse testamentum»). Cfr. sobre este interesante particular a BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación* (Trad. de Fairén), pág. 261 y ss. Ver también COLL, op. cit., loc. cit. La solución de aceptar la existencia de un solo testamento que para la ejemplar no queda claro en la Compilación, siendo necesario remitirse a lo que expresamente dice para la pupilar, me parece la más segura, aparte de que cuenta con una nutrida defensa por parte de la doctrina. Pero además garantiza más la seguridad jurídica, lo que estimo no sería tan seguro si hubiera que discutir la existencia de dos testamentos, que sólo se dan en apariencia. A ello se puede unir el argumento que ofrece el art. 156, 1.º de la Compilación, ya que teniendo que ordenarse la sustitución en el testamento que otorguen el padre o la madre para su propia herencia, lo natural es que sea en ese mismo testamento en el que se haga la ordenación pupilar (y ello pese al ap. 1.º del art. 157), porque no veo otra finalidad en las palabras de la ley.

(27) Vide MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho romano* (que contiene la teoría de la Instituta), 2.ª ed. Madrid, 1845, pág. 402, ap. 701, B., en que el autor nos habla de un solo testamento, el que hace el padre por sí mismo y en nombre del hijo impúbero. Cabe —añade— hacer ambos bajo un mismo contexto o hacer uno por escrito y otro oral (Cfr. D. XXXVIII, 6). BIONDI, *Sucesión testamentaria...* ya cit., 1960, pág. 261 y ss., inclinándose igualmente por la unidad testamentaria. GLUCK (Federico), MUHLLENBRUCK (C. F.), *Comentario alle Pandette*, Libro XXVIII (Traducción y notas de ASCOLI), Milano, 1904, págs. 91 y ss., donde tras reconocer que sólo cabe la sustitución pupilar en testamento válido y formal, reconoce asimismo que se trata de «sequela paterni testamenti» (ver nota 25 en pág. cit.) que puede hacerse en el mismo testamento paterno, con cita de ULPIANO («Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in iure pretorio...»).

(28) Vide PUIG FERRIOL, op. cit., pág. 413, donde dice que si bien el problema no se presenta expresamente al tratar de la ejemplar, sin embargo, de acuerdo con el criterio analógico establecido en el art. 161, 2.º, se remite a la pupilar para la que le resulta clara la tesis que aquí defendemos de un solo testamento y dos masas hereditarias, pese a que el sustituyente disponga en un mismo acto de las dos herencias.

uno por otro, por ejemplo, o bien surgirían problemas relativos a las formalidades de los mismos y que ya se presentaban en el Derecho romano (29). Aunque no fuera sino por evitar tales problemas, ya entiendo acertada la postura de la Compilación cuando en el referido apartado 1.º del artículo 156 declara la unidad testamentaria. En la doctrina catalana más reciente, Puig Feriol la acepta al hablar de la ejemplar, a pesar de que el sustituyente disponga en un mismo instrumento de su propio patrimonio y del de su descendiente sustituido.

En la doctrina civil común y pese a las diferencias de pareceres defienden esta tesis autores como Lacruz-Sancho (30) y Albaladejo (31).

El artículo 156, 1.º de la Compilación afirma que el padre o la madre podrán sustituirlo pupilarmente en el testamento que otorguen para su propia herencia y ello nos hace pensar que no sería lógico que el testador sustituyente teste exclusivamente para prevenir y evitar el abintestato del impúber, quedando su patrimonio sin regulación alguna. Sería, nos parece, algo anómalo y por ello me inclino a pensar que el precepto, contemplando el "id quod plerumque accidit", entiende que no puede el sustituyente testar para su hijo impúber sin que al mismo tiempo disponga "causa mortis" de su propio patrimonio. Ese creo que es el espíritu del artículo 156 de la Compilación y ello sin perjuicio del orden de las disposiciones relativas a la institución y a la sustitución, cosa que no establece la Compilación (32).

Fieles a este punto de vista, si la sustitución pupilar, de acuerdo con el artículo 156 supone un solo testamento, debe seguirse la consecuencia de que será ineficaz la ordenación pupilar instrumentada precisamente en ese testamento que resulta nulo por no contener institución de heredero y siendo nulo el testamento, también lo será la sustitución pupilar en él ordenada (33). Este criterio, con las salvedades

(29) Afirma MACKELDEY, op. cit., loc. cit., que si otorga los dos testamentos al mismo tiempo, no se está obligado a llenar las formalidades ordinarias más que una sola vez, y nada importa que nombre antes a su propio heredero o al de su hijo; pero si los otorga en época diferente, está obligado a hacer primero el suyo y a observar en cada uno aquellas que son las formalidades ordinarias.

(30) Vide su «Derecho de Sucesiones», ya citado, en pág. 684.

(31) Sustituciones hereditarias, op. cit. (Cap. 2.º, *Alcance de la sustitución en el C. c.*, págs. 139 y ss. Ver la cita que hace de LACRUZ-SANCHO en op. cit., página 684, nota 2).

(32) En el derecho romano el orden era también cosa importante y así JORSKUNKEL, «Derecho Privado Romano» (Trad. del Prof. Prieto Castro) 1955, pág. 455, afirman que todas las disposiciones del testamento estaban de tal modo subordinadas a la institución «caput et fundamentum totius testamenti» que era preciso para que aquél fuera eficaz que todas las disposiciones se consignaran después de la «institutio». Esta rigidez no cabe duda que no la encontramos en la Compilación en el art. 156 ni en general en los ordenamientos modernos.

(33) La sustitución pupilar ordenada en testamento nulo por incapacidad del sustituyente, también lo puede ser por vicios del consentimiento o por defectos de forma o revocación. A la falta de institución de heredero se pueden equiparar otros supuestos como son la falta de condición suspensiva puesta a la institución, premoriencia o repudiación sin tener sustituto y sin haber lugar al derecho de

des que haremos enseguida, lo sigue Puig Ferriol (34) al hablar de la sustitución ejemplar, tomando como base de sus argumentaciones justamente lo que él entiende es aplicable a la pupilar y que no es dudoso en el Derecho civil general de Cataluña, por lo que lo afirma claramente de la ejemplar por aplicación del criterio de analogía que consiente el artículo 161, 2.º de la Compilación, en cuanto supletorio de las normas que regulan ambas instituciones (35).

b) La sustitución pupilar y el codicilo.

Cabe, sin embargo, plantearse el problema de si siendo nulo el testamento y entre otras causas por falta de institución de heredero (ver artículos 109, 1.º y 242, 1.º de la Compilación), puede mantenerse la eficacia de la sustitución pupilar en codicilo o en virtud de la llamada cláusula codicilar.

En la doctrina catalana anterior a la Compilación ya Borrell (36) sostuvo la viabilidad de la sustitución pupilar en virtud de la cláusula codicilar que quedaba implícita en todo testamento ineficaz. Más recientemente Puig Ferriol (37) al hablar de la sustitución ejemplar lo defiende, utilizando el indicado criterio analógico que consiente, entre la pupilar y la ejemplar, el artículo 161 de la Compilación. En cambio Coll i Rodes (38) reconoce que tan sólo por testamento puede ordenarse la sustitución pupilar, ya que es algo integrante del testamento paterno, que es lo principal, y del que la sustitución es sim-

acrecer. Vide FIGA FAURA, «Manual de Derecho civil Catalán», Ed. Bosch, Barcelona, 1961, págs. 491 y ss.

(34) PUIG FERRIOL, en su estudio ya citado, pág. 414.

(35) La nulidad de la sustitución pupilar en el supuesto de ineficacia del testamento que la contiene, ya la apuntaba COLL I RODES, op. cit., pág. 307, en «RJC», año 1910, al entender que como la sustitución pupilar era algo accesorio del testamento paterno, había de seguir su suerte («...si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit...» Frag. 2, ULPiano, D. XXVIII, 6), si bien añadía COLL que la ineficacia había de ser total y completa (más adelante se tendrá ocasión de hablar sobre este punto al comentar la nulidad por causa de preterición errónea). Desde luego entendía que en caso de falta de institución de heredero («testamento destitutum seu desertum») cae con todas las disposiciones que pueda contener (pág. 307, nota 12) y con cuyo criterio no estamos de acuerdo. Confrontar también MACKELDEY, ya citado (pág. 403), que también habla de la extinción de la sustitución pupilar (no es exacto hablar de extinción en lugar de eficacia) cuando el testamento del padre es nulo, salvo el caso del privilegio concedido a los militares (una clase tan mercedora del privilegio imperial) para sustituir pupilarmente aun no teniendo patria potestad sobre el impúber, y sin que se declarara ineficaz por nulidad del testamento que la contenía (ver pág. 403 y nota 9). Vide también GLUCH-MUHLENBRUCH, ya citado en Libro XXVIII, pág. 149 donde se afirma que «...la validità e l'efficacia della sostituzione pupillare dipende dall'esistenza di un valido ed efficace testamento paterno».

(36) BORRELL, «Dret civil vigent a Catalunya», Barcelona, 1923, vol. V, pág. 391. Este mismo criterio es seguido por PUIG FERRIOL para la sustitución ejemplar aplicando por analogía (ver art. 161, 2.º de la Compilación) las normas en la materia. Cfr. op. cit., pág. 414 y nota 8.

(37) PUIG FERRIOL, op. cit., loc. cit.

(38) En «Revista Jurídica de Cataluña», 1909, pág. 305 y ss., y en notas núms. 3, 4 y 9.

ple corolario o accesorio que se mantiene o decae con el dicho testamento paterno. Y además —sigue diciendo Coll— por tratarse de una facultad extraordinaria que la ley concede al padre (39), razón por la que sólo en este modo puede ejercitarse. También en los precedentes romanos (Cfr. D., 36, 1, 78) la sustitución pupilar no se podía ordenar en codicilo (40).

En la legalidad vigente en Cataluña hemos de plantearnos el problema de si cabe o no ordenar la sustitución pupilar en codicilo, ya que, de una parte sabemos que el Derecho general de Cataluña exige la institución de heredero como requisito esencial para la validez del testamento (arts. 109, 1.º y 242. 1.º); de otra que en codicilo no se podrá instituir heredero (art. 105, 1.º) y finalmente, que en la sustitución pupilar el padre o la madre sustituyentes han de instituir heredero que no ha de ser necesariamente el hijo impúber, ya que configurada en la Compilación la pupilar como un testamento del impúber otorgado por el titular de la patria potestad, las disposiciones testamentarias afectan en primer lugar a la herencia del hijo y en segundo lugar a lo que haya adquirido de sus padres, resultando además que es posible testar por el impúber sin darle otra cosa que lo que por legítima le pueda corresponder, de acuerdo con el artículo 161, 3.º de la Compilación.

El codicilo es, conforme al criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (41), una “institución conservada en Cataluña por virtud de la tradición y fuerza del Derecho romano y es una disposición breve de última voluntad, sin institución de heredero y desprovista de las formalidades típicas del testamento, *en el que cabe ordenar fideicomisos y legados*, por ser materia propia, pero no institución de heredero *ni hacer directamente una sustitución* (el subrayado es mío), porque en realidad —sigue diciendo el Supremo— constituye una manera de completar o reducir los testamentos” (42).

(39) Desde luego se habla por la doctrina de una facultad que emana de la patria potestad y muy parecido al que tenía el padre romano para nombrar tutor. Vide OSSORIO MORALES, op. cit., en pág. 245 y también GLUCK, op. cit., pág. 11.

(40) En el derecho romano el codicilo podía contener toda clase de disposiciones excepto la institución de heredero y la desheredación reservadas al testamento (I. 2,25,2: «Codicillis hereditas neque dari neque adimi potest») Cfr. JORSKUNDEL, op. cit., pág. 461 y ss. Importa señalar que los fideicomisos podían ser otorgados no sólo en testamento sino también en codicilo, confirmado en testamento o no (Jul. D., 40,5,47, 4). Interesa señalar también cómo el codicilo adquiere gran importancia práctica en cuanto consiente al testador la posibilidad de prevenirse contra la ineficacia sobrevenida del testamento y esto, en el derecho de Cataluña, justifica el aseguramiento del orden sucesorio y la persistencia de la pupilar. Cfr. también LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 441. GUTIÉRREZ ALVIZ ARMARIO, F., «Diccionario de Derecho romano», Madrid, 1948, pág. 100.

(41) Consultar las sentencias del T. S. de 22 de junio de 1948; 25 de marzo de 1957 y sobre todo de 23 de febrero de 1962.

(42) BORREL, op. cit., vol. Vº, pág. 59 le llamaba «postdata del testamento». GUTIÉRREZ ALVIZ, op. cit., le define como acto de disposición «mortis causa», redactado originariamente por escrito, sin estar sometido a ninguna de las forma-

Por su parte, la Compilación nos dice en el artículo 105 que "Por el codicilo el otorgante adiciona o reforma parcialmente su testamento o, a falta de éste, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos abintestato. En codicilo no se podrá instituir heredero ni revocar la institución anteriormente otorgada, ni excluir algún heredero testamentario de la sucesión. Tampoco podrán establecerse sustituciones, salvo las fideicomisarias y las preventivas de residuo, ni desheredar a los legitimarios ni imponer condiciones al heredero.

"En el caso de que el codicilo contenga institución de heredero, los anteriormente instituidos en testamento o, en su defecto, los abintestato, tendrán el carácter de herederos sujetos a fideicomiso puro, y el designado en codicilo el de heredero fideicomisario.

"Los codicilos deberán otorgarse con las mismas solemnidades externas de los testamentos".

Añade el artículo 106 de la Compilación que "El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal y no es nulo por preterición errónea de legitimarios" (43).

Según Condomines-Faus (44) el codicilo puede ser desde un simple complemento de un testamento válido hasta un documento que completa la sucesión intestada o bien codicilo resultante de un testamento ineficaz, si reúne las circunstancias necesarias y no hay preterición errónea de legitimarios. E incluso los citados comentaristas afirman que el codicilo que se salga de su órbita y llegara a instituir heredero (prohibido ex art. 105) no por ello dejaría de tener consecuencias, ya que convierte al que fue instituido anteriormente en testamento o al heredero abintestato en heredero fiduciario, siendo fideicomisario el instituido en codicilo.

Pues bien, de acuerdo con todos estos antecedentes doctrinales y de derecho positivo, entiendo que es defendible la tesis de que es posible ordenar la sustitución pupilar en codicilo y ello por las siguientes razones:

a') Porque si bien es cierto que faltando la institución de heredero en testamento éste sería nulo, también cabe sostener la eficacia de la sustitución pupilar en él ordenada en virtud de la operatividad "ipso iure" de la cláusula codicilar implícita en todo testamento ineficaz conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Compilación y sin necesidad de que el testador lo manifieste de forma expresa. Basta para ello que no se incurra en preterición errónea, de legitimarios. Por esto y pensando como lo hace Puig Ferriol (45), al

lidades del testamento, conteniendo, por lo general, disposiciones adicionales a un testamento anterior.

(43) Ver en la Compilación del derecho civil especial de Baleares el art. 17 (Cap. II, Tit. II), en su último inciso, sin esa efectividad «ope legis».

(44) CONDOMINES-FAUS, en op. cit., pág. 149. LACRUZ-SANCHO, op. cit., página 441.

(45) Vide PUIG FERRIOL, «La sustitución ejemplar en Cataluña», ya citada reiteradamente en este estudio, pág. 415 y ss. Siguiendo a este autor me parece

hablar de la ejemplar, en el sentido de que tanto en una como en otra modalidad hay que tener presente el "favor testamenti" y el deseo de mantener la unidad familiar y la conservación del patrimonio (razones que justifican sobradamente esta excepción al principio establecido en el artículo 670 del Código civil), nos parece inaceptable la tesis de que nulo el testamento, es también ineficaz en el Derecho civil catalán la sustitución pupilar ordenada. Cabe aceptar con el autor últimamente citado que la ineficacia de la sustitución pupilar (e igualmente en la ejemplar) es incuestionable cuando se trate de un problema de *forma*, pero no cuando se pueda concretar en un efecto sucesorio relativo a una de las dos herencias. Es decir, hay que mirar no al acto del otorgamiento que es uno (art. 156), sino a los efectos de la sucesión, o al contenido testamentario y es claro que nuestra Compilación distingue claramente la herencia del sustituyente y la del impúber sustituido (art. 157). Esta postura es aceptable en el

acertado no llevar la tesis de la unidad testamentaria hasta sus últimas consecuencias, pues si cabe y es posible concretar la ineficacia en una de las dos herencias que se dan en la sustitución pupilar, no veo por qué debe alcanzarse al todo innecesariamente. Con ello se atacaría sólo una y sería viable la herencia no afectada. Vide el criterio de COLL i RODES, en este estudio ya citado sobre *La sucesión de los impúberes en el Derecho catalán*, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1910, pág. 270, parágrafo 29, cuando afirma que, «en relación a la persona que «disposi la substitució, els ascendents may tindran la consideració d'hereus forzosos ni per lo tant podran atacar com inoficiós son testament; doncs la substitució pupilar suposa al menys la existencia d'un fill impuber á qui se substitueix y ja es sapigut que l'ascendents no tenen dret á la legitima quam existeix un sol descendent». Es fundamental consultar a VALLET DE GOYTISOLO en sus «Apuntes de Derecho sucesorio» (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), Madrid, 1955, en pág. 49 y ss. y en otro trabajo concienzudamente elaborado acerca de «El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles», en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1961, págs. 3-115. Nos dice VALLET cómo en Castilla era ya tendencia la de atenuar los efectos de nulidad del testamento a causa de la preterición y sobre reconocer que el comentarista Antonio Gómez fue de la opinión de mantener los efectos respecto de la mejora, funda su opinión en el valor de cláusula codicilar que atribuye A. Gómez a todo testamento «inter liberos» («Item etiam, quia semper in testamento condito inter liberos censetur tacita apposite clausula codiciliaris, quae facit actum valere omni meliori modo quo possit»).

Interesa destacar en este punto la posibilidad de interpretación que ofrece la Novela CXV y la «Authentica Ex Causa». Esta última en el extracto debido seguramente a Irnerio en el Cap. III, dice así: «Ex causa exheredationis vel preteritionis irritum est testamentum quantum ab institutionis: *cetera namque firme permanet*». En esta manifestación —tan diversamente interpretada en la doctrina de los autores: ver VALLET, en *ADC*, 1967, cit., pág. 96— podía comprenderse perfectamente la validez y mantenimiento de la sustitución pupilar ordenada. Así lo entendían, entre otros, Bartolo (citado por Vallet), A. Gómez, Tello Fernández, Spino y Covarrubias, autor éste último que sin titubeos acepta en los testamentos «inter liberos» la cláusula codicilar y la cláusula «omni meliori modo, quod possit» (ver nota 174, pág. 57 en Apuntes de Vallet, cit.). Estos mismos argumentos, que tan decisivamente hablan de la permanencia de la sustitución pupilar pese a que el testamento sea irrito o nulo, tienen especial importancia en los comentarios que se hacen a la Ley 10, Tít. V, Sexta Partida y en TELLO FERNÁNDEZ (ver Vallet en *ADC*, 1967, cit., pág. 96) se habla de la pupilar que «se desataría» tan sólo cuando hubiera defectos de solemnidad, pero

supuesto de preterición errónea por el ascendiente que ordena la sustitución de un descendiente legitimario suyo. Cuando se tratase del supuesto distinto, es decir, de aquél en que el padre o la madre sustituyente hayan preterido a los legitimarios del impúber, igualmente entiendo que estamos ante un supuesto relativo al contenido de la sucesión (46). Los legitimarios de un impúber serán sus ascendientes y de acuerdo con el artículo 141, apartado 2.º, en caso de preterición, quedará a salvo la sustitución ya que no se produce la nulidad del testamento, sino que tienen derecho a exigir lo que por legítima les corresponde.

no de preterición. La aplicación de estos criterios se manifiesta también en la Jurisprudencia y así pueden verse las sentencias de 7 de marzo de 1887 y 9 de enero de 1897. En definitiva los efectos del testamento nulo quedaban atenuados por la cláusula codicilar en que se veía un fideicomiso puro gravado de restitución (luego veremos el criterio del art. 105, 2.º de la vigente Compilación) y cuyos efectos sanatorios ya denunció Ludovico de PEGUERA, citado por Vallet en pág. 105, nota 385 trabajo últ. cit. Siempre remitiéndome a la monografía de Vallet, en defensa de los efectos atenuados de esa nulidad en caso de preterición y por lo tanto manteniendo la sustitución pupilar, recordemos que ROCA SASTRE, «Los elementos componentes de la Compilación...», cit., dice textualmente: Esta institución de la legítima es en todos los países una de las partes más importantes del Derecho sucesorio, debido a la notable influencia que despliega en orden a organización de la familia y de la propiedad, especialmente en el campo. La Compilación —añade— se atuvo, en general, a la legalidad vigente en este punto. Y si alguna reforma introduce es para dulcificar los efectos destructores de la preterición de descendientes legitimarios, limitándose para ello a extender a toda Cataluña la fórmula racional instaurada para Barcelona por la célebre Pragmática de Pedro III de 1339 tal y como fue interpretada por Cacer y los demás juristas clásicos que lo siguieron, a base de distinguir entre la preterición querida, intencional o voluntaria y la preterición errónea o involuntaria».

(46) Sobre este interesante punto consultar COLL i RODES, op. cit., en páginas 271 y siguientes (año 1910), en que tras hacer una síntesis de los textos romanos, afirma que en el Derecho de Cataluña las dudas se resolvieron gracias al derecho canónico aplicable con preferencia al romano (Constitución dada por el Papa Bonifacio VIII, «De est. et últ. volunt. III, 11) y de esta forma el Derecho catalán —según este autor— acepta la doctrina canónica ya que al tratar de la sucesión intestada de los impúberes, reserva expresamente a la madre la legítima en todos sus bienes y en cambio al hablar de la sustitución pupilar (Constituciones 2.ª y 3.ª, tít. 2.º, Lb. VI, vol. I, de las Constituciones de Cataluña) no dice nada sobre la legítima materna, con lo que parece que tácitamente da su conformidad y así lo han sostenido los autores catalanes clásicos como FONTANELLA (De pactis, ver nota 10 de COLL, opt. cit., pág. 273). Resulta pues que en la doctrina anterior a la Compilación esto era una cuestión aceptada que el padre podía privar de la legítima a los legitimarios en la herencia del pupilo, seguramente porque no era el hijo el que disponía de sus bienes por causa de muerte, sino el padre que justamente no estaba obligado respecto de aquellos legitimarios. Pero COLL lo estima como una facultad excesiva (pág. 273) que por ser «odiosa» hay que interpretar restrictivamente y darla exclusivamente cuando aparezca en forma expresa y terminante la voluntad para usarla, de suerte que debe exigirse una exclusión formal. En este sentido hay que recordar la Sent. del T. S. de 27 de noviembre de 1872. Ahora bien, estamos hablando de ascendientes porque normalmente sólo éstos serán los legitimarios de un impúber y en tal sentido la vigente Compilación está de acuerdo con esta doctrina (ver el art. 161, ap. 3.º), en relación con el ap. 2.º del art. 141. Ver el art. 517 del Anteproyecto.

Dentro de este primer supuesto, en que estamos defendiendo la eficacia de la sustitución pupilar, sea porque en todo testamento ineficaz va implícita la cláusula codicilar, sea porque hay que distinguir en el supuesto de preterición entre problemas de forma (unidad del testamento) y problemas de efectos sucesorios (dualidad de herencias), cabe hablar del supuesto raro, pero posible, de preterición errónea de descendientes legítimos del impúber (47). También debe rechazarse la nulidad total del testamento, ya que en este caso se extingue la sustitución; más aún, si el menor de catorce años ha procreado ha dejado de ser impúber para ser púber y por tanto, bien se puede hablar, mejor que de causa de extinción de una sustitución pupilar válida, de un caso de no existencia de tal sustitución; como si no se hubiera establecido y la herencia se deferirá conforme a las normas establecidas para la sucesión intestada. Por su parte quedarían eficaces las disposiciones relativas a la herencia del sustituyente. Cuando la sustitución pupilar no tiene lugar surge en el Derecho autóctono de Cataluña la especialidad de la sucesión intestada del causante impúber que regula el artículo 251 de la Compilación, que recogiendo —como también lo hace en materia de sustitución pupilar el artículo 158— el principio “paterna paternis materna maternis” asegura igualmente la conservación de la unidad patrimonio-familia y que tienden a hacer de ambas un todo inseparable que permita la duración de la “casa” a través de las generaciones.

b') Que según resulta del apartado 2.º del artículo 105 de la Compilación “En el caso de que el codicilo contenga institución de heredero, los anteriormente instituidos en testamento o, en su defecto, los abintestato, tendrán el carácter de herederos sujetos a fideicomiso puro, y el designado en codicilo el de heredero fideicomisario”. Ello

(47) Dentro de estos supuestos que estamos analizando de preterición errónea de legitimarios del impúber, cabe presentarse el supuesto de que el impúber deje descendientes legítimos suyos que hubieren sido erróneamente preteridos por el sustituyente. Ya COLL i RODES (op. cit., págs. 272 y 310) nos habla del caso y aunque estima que sus únicos legitimarios son los ascendientes, dice que es un «caso rarísimo, pero posible» y que determina la extinción de la sustitución, pues desde el momento en que el menor de catorce o doce años ha sido capaz de procrear, ha pasado de ser impúber a púber, destruyendo la presunción legal del art. 83 del C. c. En efecto, el caso se podría presentar, ya que conforme al C. c. se puede contraer matrimonio civil a los catorce años el varón y a los doce la mujer. Si ocurre así y la mujer concibe antes de los catorce años, como resulta que a todos los efectos de la Compilación se considera, impúber al menor de catorce años de uno u otro sexo, muy bien puede fallecer hajo un testamento otorgado por su padre o madre y aquí haberse incurrido en preterición. Por las razones antes indicadas y que conducirían a la apertura de la sucesión intestada —que es ir justamente contra la finalidad y justificación de la trama de las sustituciones en nuestro derecho— entendiéndose que no debe hablarse de nulidad total del testamento. Habría extinción de la sustitución quedando a salvo lo relativo a la masa hereditaria del testador sustituyente. E incluso esto es perturbador en el Derecho de Cataluña dada la disposición del ap. 3.º del art. 156. Recordemos que ya OSSORIO MORALES (op. cit. pág. 44-45) y PUIG BRUTAU (op. cit., vol. V-2.º, pág. 14) tratan de lo anómalo de esta disposición del art. 663.

es índice de que el codicilo no deviene totalmente ineficaz, sino que despliega determinados efectos (48).

Por tanto, si relacionamos la prohibición del apartado 1.º del artículo 105 (no poder instituir heredero y no poder ordenar o establecer sustituciones salvo la fideicomisaria, etc.) con el apartado 2.º del mismo precepto, nos resulta que el legislador concede o habilita el mecanismo del fideicomiso puro para salvar las prohibiciones conculcadas del apartado 1.º. Ello nos lleva a sostener con Ginot Llovateras (49) que la Compilación permite, o si se quiere, no priva de efectos a las sustituciones pupilares ordenadas en codicilo, ya que lo que ocurre es que las tornas de directas (50) en oblicuas o indirectas (51). Además, la disposición del apartado 2.º del 105 se ajusta, precisamente a la finalidad que persigue la sustitución pupilar, con lo que fideicomisos y sustituciones corren paralelos en el deseo de evitar la dispersión del patrimonio por medio del abintestato.

Precisamente, nos dice Puig Ferriol (52), cuando alguien acude al fideicomiso puro es porque quiere valerse de la vía indirecta. Tanto es así que la idea está ya en las discusiones judiciales de la antigua Roma ante los tribunales y así nos cuentan Gluck-Mullenbruck (53) que Q. M. Scaevola mantuvo la siguiente opinión un padre había instituido heredero a su propio hijo y en *codicilo* posterior le nombró sustituto pupilar. El hijo murió durante la impubertad y el juriconsulto decidió que si bien la sustitución no podía valer como directa,

1.º del C. c. en orden a la incapacidad de testar por razón de la edad al establecer el límite uniforme en los catorce años para el varón y la mujer (en relación con el art. 83 del propio C. c.). Ver también LACRUZ-SANCHO, op. cit., en pág. 335 y siguiente.

(48) Cfr. CONDOMINES-FAUS, op. cit., pág. 149.

(49) FRANCISCO GINOT LLOVATERAS, «La antigua cláusula codiciliar y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña», en el vol. I de Estudios de Derecho Notarial (Centenario de la Ley), Madrid, 1962, págs. 591-668. En concreto en las págs. 662 y siguientes se plantea GINOT la persistencia y eficacia de las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar, ordenadas en codicilo y defiende su eficacia por estimar que lo que hay es un cambio de efecto directo a indirecto, pero no evita que el heredero testamentario, o en su caso, el abintestato, quede gravado de restitución en favor del sustituto si la sustitución es eficaz.

(50) La sustitución directa suele entenderse que es aquella en que no hay intermediario interposición entre el testador sustituyente y el sustituto. Dice ALBALADEJO (op. cit.) que a la vulgar se la califica de directa para indicar que el sustituto no recibe a través del instituto, sino directamente del testador. Las opiniones, sin embargo, no son unánimes y hay quienes han dicho que las tradicionalmente consideradas como directas (vulgar, pupilar y ejemplar) no lo son, ya que bien puede decirse que la herencia pasa al sustituto a través del sustituido, aunque no por medio de él.

(51) La indirecta es precisamente la sustitución fideicomisaria en la que aparece la figura del fiduciario.

(52) Cfr. LUIS PUIG FERRIOL, *El Heredero Fiduciario* (Publicaciones de la Cátedra «Duran i Bas», Barcelona, 1965, pág. 27 y ss.). CONDOMINES-FAUS, op. cit., pág. 212-220. GASSIOT MAGRET, *Comentarios cit.*, en pág. 192-193. PUIG FERRIOL-O'CALLAGAN, *Comentario a la Sent. del T. S. de 7 de octubre 1969*, en Publicaciones de la Cátedra «Duran i Bas», 1969, 134.

(53) GLUCK-MULLENBRUCK, op. cit., en pág. 89 (De vulgari et pupillari substitutione).

“quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest”, sin embargo, la madre del pupilo como heredera abintestato del pupilo, se obligaba a restituir la herencia paterna, como si fuera un fideicomiso, al sustituto. *Las disposiciones codicilares tenían siempre la eficacia de un fideicomiso*” (el subrayado es mío).

La sustitución vulgar en fideicomiso a que se refieren los artículos 171 y 172 de la propia Compilación recogen indudablemente esa idea de previsión y de aseguramiento del patrimonio (54). Esa misma idea es la que fundamenta la sustitución pupilar cualquiera que sea la posición doctrinal que se sostenga acerca de su naturaleza jurídica, pues como acertadamente indica Jerónimo López, tanto si se sigue la tesis de que es un testamento del hijo hecho por el padre como si se mantiene la de ser un caso de “orden sucesivo de herederos”, en definitiva siempre se quiere proteger el patrimonio de una posible dispersión, como lo es el acudir a la forma del fideicomiso. En todos los casos el Derecho catalán protege al impúber (55).

c) La sustitución pupilar ordenada en heredamiento.

Hasta aquí hemos visto cómo la pupilar puede ordenarse en testamento (ex art. 156 de la Compilación) y también hemos defendido la tesis de que es eficaz la sustitución que aparezca en codicilo a pesar de la prohibición que aparece en el apartado 1.º del artículo 105. Ahora nos toca tratar otro supuesto importante: ¿es posible ordenar una sustitución pupilar en heredamiento?

Si nos atenemos a la opinión tradicional que nos da Coll i Rodes (56) hay que llegar a una conclusión negativa, pues entendía que tratándose de una facultad extraordinaria que la ley concedía al padre o madre titular de la patria potestad para disponer de los bienes de su hijo impúber, tan sólo se podía ordenar en la forma establecida por la ley, que habla exclusivamente de testamento. Esta opinión de Coll que apoya, entre otros, en la autoridad de Fontanella debe quedar sujeta a revisión en la vigente Compilación.

El heredamiento (arts. 63 a 96 de la Compilación) es una institución de heredero que se instrumenta valiéndose de la finalidad organizadora o constitutiva de las capitulaciones matrimoniales (57), con

(54) Cfr. BORRELL, Derecho civil... cit. págs. 111 y ss. Ver pág. 117 en nota 7 y pág. 124 nota 45. VALLET DE GOYTISOLO, El deber formal de instituir..., cit., pág. 75 y ss.

(55) Jerónimo LÓPEZ LÓPEZ, Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el C. c. español, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1958, pág. 19 (nota 3 en especial).

(57) Vide LACRUZ BERDEJO, Notas a la trad. del Derecho de Sucesiones de J. Binder, Barcelona, 1953, pág. 130 y ss. PUIG FERRIOL, Heredamiento: Función..., en el T. VIII y las publicaciones de la Cátedra «Duran i Bas». Barcelona, 1970, págs. 63 y ss. Encarna ROCA, Heredamiento preventivo en Cataluña, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 2, 1972, págs. 123 y ss.

una clara y definida idea previsoras tendente a mantener unida familia y patrimonio (58). La Compilación establece dos grandes grupos de heredamientos, los que se establecen u otorgan entre contrayentes y a favor de los hijos. En estos últimos, como dice Roca Sastre (59) rigen, en general, las normas del proceso sucesorio testado e intestado. La finalidad esencial es la de evitar la sucesión intestada, que ya hemos tenido oportunidad de comprobar que se repite como una constante en el Derecho sucesorio catalán y que ha sido siempre puesta de manifiesto por la doctrina de los autores y por la Jurisprudencia de los Tribunales.

Así las cosas y pese a que el artículo 156, 1.º de la Compilación nos pudiera llevar a pensar que tan sólo el testamento era el vehículo adecuado para ordenar la sustitución, sin embargo, el artículo 64 de la Compilación afirma que “En los heredamientos podrán estipularse *cualesquiera* condiciones, limitaciones, *sustituciones...*”. Luego cabe ordenar la sustitución pupilar. Tan rico y variado es el contenido de este artículo que con razón nos dirán Condomines-Faus (60) que llega a identificarse el heredamiento con el testamento. Por esto entiendo que es defendible la tesis de ser posible ordenar una sustitución pupilar en heredamiento y la única reserva que debería hacerse es la de que no hay obstáculos cuando se trata de heredamientos en favor de los hijos, cuya naturaleza es propiamente la de un acto “*mortis causa*” (61) y que tiene como finalidad esencial la de impedir el abintestato. En cambio tratándose de heredamientos a favor de los contrayentes es necesario tener presente lo establecido en el artículo 63, apartado 3.º, que exige capacidad para contratar y obligarse. Entonces hemos de pensar que esa capacidad no la tiene el impúber menor de catorce años.

d) La dualidad de herencias.

Para el profesor Alvaro D’Ors (62) en el Derecho romano el testamento era uno sólo y también el testador “*testamentum pro uno ha-*

(58) Que los heredamientos tienden principalmente a evitar la sucesión abintestato es cosa sobradamente afirmada por los autores desde DURAN Y BAS hasta nuestros días. Vide el trabajo ya citado de Encarnación ROCA loc. cit. La misma idea la expone ampliamente CONDOMINES-FAUS en sus Comentarios, págs. 97 y ss.

(59) ROCA SASTRE, en la designación, la vocación y la delegación sucesorias (Problemática de la ciencia del Derecho. Estudios en honor del Prof. Pí Suñer). Barcelona, 1962, pág. 766.

(60) Aparte de la idea que en tal sentido expone CONDOMINES-FAUS, también GASSIOT, en sus Comentarios, pág. 85 y ss.

(61) Que se deduce de su finalidad primordial de prevenir el fallecimiento abintestato, lo que precisamente se evita con el heredamiento. Para ver los supuestos en que adquiere eficacia el heredamiento preventivo. Vide el comentario ya citado de Encarnación ROCA, loc. cit. y págs. 378 y ss. Sobre su naturaleza jurídica, Vide PUIG FERRIOL, Heredamiento: función... ya cit., pág. 71.

(62) Alvaro D’ORS, Derecho Romano Privado, pág. 280. Cfr. también a Biondo BIONDI, op. ya cit., en págs. 264-266 donde se evidencia el juego romano de la «*iuncta hereditas*» y las «*duae hereditatis*».

betur; unum esse testamentum”; Cfr. D. 28,6,20 y 42,5,28), pero la herencia, dice, se considera como una sola herencia. El punto es discutible en las fuentes del Derecho romano y lo ha sido posteriormente en la doctrina de los autores. Frente a este criterio vemos cómo Ulpiano nos dirá que... “constant enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditatis”. La razón es que aún considerando el testamento como formalmente uno, veían dos causas de sucesión y por tanto hablaban de dos herencias. En la doctrina clásica catalana la tesis de la dualidad de herencias es la mayoritaria (63). La doctrina de los peculios fue elemento renovador en este punto, pues en la medida en que los “alieni iuris” eran considerados como titulares de un patrimonio, en esa medida fue evolucionando la tesis de una sola herencia hacia el dogma de la dualidad.

En la vigente Compilación dados los términos en que se manifiesta el artículo 157 (En la sustitución pupilar el sustituto tendrá este carácter respecto de los bienes que, subsistiendo al fallecer el impúber haya adquirido èste por herencia o legado del padre o de la madre que dispuso la sustitución y el heredero del impúber en la herencia por èste relicta...) parece claro que existen dos herencias, ya que si bien la distinción es evidente cuando el padre o madre sustituyente nombran un heredero para sí y otro para el impúber, cuando como en el caso del artículo 157 la institución la hace el testador sustituyente a favor del propio hijo impúber, las dudas que podrían surgir entendemos que quedan disipadas ante el contenido del referido artículo 157, 1.º. Añadamos a estos argumentos el que para la validez de la sustitución pupilar —al igual que para la ejemplar nos dice el artículo 160, 2.º— bastará con respetar la legítima del impúber permitiendo disponer libremente del resto, lo que da a ambas masas patrimoniales su propia individualidad (64).

Claro que no es solamente el ya referido artículo 157 el que,

Cfr. también la monografía ya citada de LA PIRA, pág. 308 donde el profesor italiano defiende (en contra de Costa) la tesis de la unidad de masas hereditarias: «all'unum testamentum —dice— corrisponde l'una hereditas». IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 4.ª ed. Barcelona, 1958, págs. 607 y ss. pone de manifiesto la doble tendencia del Derecho romano (pág. 609, en nota 165 y pág. 610. en nota 169) con amplia profusión de datos del Digesto. En definitiva y como acertadamente afirma BRONDI, op. cit., pág. 266, el juriconsulto romano en este punto, lejos de jugar con un criterio de aplicación mecánica de uno u otro supuesto, trataban de llegar a una solución que permitiera obtener resultados equitativos u oportunos, trabajando con una u otra construcción.

(63) Vide COLL i RODES, op. cit., año 1909, en pág. 306-307 y nota 8 y 9.

(64) Para un examen más detenido de este problema en la sustitución ejemplar. Vide PUIG FERRIOL, op. cit., en pág. 416 y ss. Por lo que se refiere a nuestro caso, sustitución pupilar, la distinción entre estos dos grupos de bienes queda dibujado, entre otros, en el 157, ya que al fallecer el impúber sustituido, el sustituto es su heredero respecto de los bienes adquiridos del padre o de la madre; en cambio con referencia a los bienes que procedían del sustituyente (padre o madre que la ordenó) hasta cierto punto los recibe con el carácter de heredero sucesivo (vide la tesis de J. LÓPEZ, op. cit.).

dentro de la Compilación, corrobora la tesis de las dos herencias en la sustitución pupilar, sino que otros, dentro de ese mismo capítulo VI fundamentan tal criterio. Así, el artículo 156, 1.º cuando habla de "...en el testamento que otorgen para su propia herencia..." o en el artículo 159 cuando se dice "...respecto de los bienes de la herencia relicta por el sustituyente..."; también el artículo 160, apartado 1.º cuando afirma que: "La sustitución ejemplar podrá ser ordenada por el ascendiente 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". Además, cabe advertir que, en los restantes artículos se pueden encontrar expresiones del legislador que sin una interpretación forzada llevan a la misma conclusión. La figura jurídica de la subrogación permite, igualmente, establecer esa diferencia entre los patrimonios que se dan en la sustitución pupilar, permitiendo en cualquier caso determinar respecto de qué bienes el nombrado por el padre o por la madre tiene la cualidad de sustituto, y respecto de que otros bienes es heredero directo del impúber (65).

En resumen, la tesis de la separación de las dos herencias por la que se muestra partidaria la Compilación queda reflejada en puntos tan interesantes como los de la aceptación y repudiación de los bienes, en que cualesquiera que sean las hipótesis que se den, siempre es viable la neta separación de los dos grupos de bienes (66); en materia de imposición de cargas a que se refiere el artículo 157 respecto de la herencia relicta por el impúber, y sobre la cual los padres no pueden establecer cargas ni limitaciones, quedando bien clara la distinción tantas veces repetida y finalmente el apartado 3.º del 161 que establece en cuanto se refiere al cálculo de la legítima que "Los legitimarios de impúber o del incapaz únicamente tendrán derecho a la legítima en la propia herencia de éstos. Formará parte de la misma la legítima que al impúber o incapaz corresponda en las sucesiones en que se haya dispuesto la sustitución".

4. *La sustitución pupilar expresa y tácita*

El mecanismo de las sustituciones (vulgar, pupilar y ejemplar) permite al testador arbitrar solución para el caso de que su hijo no llegue a ser heredero (vulgaris substitutio; Gayo, 2, 174 ss.) como

(65) Vide La subrogación real en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, en Revista La Notaría, año 1962, núm. 1, págs. 3 a 11, donde al tratar de las sustituciones pupilar y ejemplar (pág. 7), se reconoce la distinción de los dos patrimonios a que venimos haciendo referencia.

(66) Vide PUIG FERRIOL, op. cit. al tratar para la sustitución ejemplar estos mismos problemas y en los que siempre parte de fundamentos propios de la sustitución pupilar para, por aplicación del art. 161, 2.º, trasladarlos a la materia específica de la ejemplar. A este interesante estudio me remito para un conocimiento amplio de los problemas relativos a la indivisibilidad de la aceptación, o repudiación, incapacidad para suceder y otros.

para el supuesto de que el hijo, instituido y siendo heredero, muera antes de llegar a la pubertad (“substitutio pupillaris”; Gayo, 2, 179 ss.). En tales hipótesis la sustitución se denomina en las fuentes romanas “simplex”. Pero también era posible establecer expresamente ambas posibilidades cuya fórmula más corriente era la de combinar la sustitución vulgar con la pupilar; se establecía el llamamiento del hijo impúber y se le sustituía pupilarmente. En este caso se decía que había una sustitución “duplex”. (67). Claro que en todos estos supuestos la sustitución ordenada aparece dispuesta expresamente, siendo así que el problema se presentaba cuando el testador establecía uno de los dos supuestos sin excluir expresamente el otro. Por ejemplo, si decía: instituyo heredero a mi hijo impúber y para el caso de que no sea heredero le sustituyo. Estamos ante una sustitución vulgar. Pero supongamos que el hijo llegaba a ser heredero y fallecía “intra pubertatem”, ¿había que entender que también se había querido ordenar una sustitución pupilar? También podía ocurrir lo contrario y plantearse si se había querido establecer la vulgar tácita en la pupilar expresa.

Estos problemas ya preocuparon a los juristas romanos y buena prueba de ello es la conocida “Causa Curiana” (68) en la que quedó resuelto que la pupilar expresa implicaba la vulgar tácita. Tan natural y racional se consideraba —dice Coll i Rodes— que el padre al sustituir a su hijo impúber le instituyese heredero, haciéndose después la doble sustitución, que se estableció la presunción de que el padre testador aunque de forma expresa sólo estableciere una sustitución, tenía la intención de sustituir por las dos. Todo ello llevó a admitir que en toda sustitución vulgar expresa se hallaba la tácita (69).

Hay que preguntarse si, a pesar de estas consideraciones, cabe deducir que del hecho de ordenarse por el padre una sustitución vulgar se puede entender que asimismo lo ha querido sustituir pupilarmente. Por de pronto en el Derecho romano fue cuestión discutida y como justamente advierte Biondi (70) tan sólo como una “questio voluntatis” y en el ámbito de la interpretación de los actos jurídicos es como hay que plantearse el problema en el Derecho romano. En nuestro derecho ya decía Demófilo de Buen (71) que si bien era opi-

(67) Cfr. las tantas veces citada monografía de COLL I RODES, en «Revista Jurídica de Cataluña», año 1909, pág. 348 y ss. Ver MACKELEDEY, *Elementos de Derecho Romano*, cit., pág. 403.

(68) Puede verse LACRUZ-SANCHO, op. cit., en pág. 687 tomando la versión que ofrece el Prof. OSSORIO MORALES en su Manual de sucesión testada ya citado, pág. 250-251. Este autor últimamente citado resuelve el problema como una «questio voluntatis» o problema de interpretación de voluntad contenida en la «condictio substitutionis» que en cada caso dependerá de los términos en que la sustitución haya sido ordenada.

(69) COLL I RODES, op. cit., 350 y ss.

(70) BIONDI, op. cit (Cap. X, *Las sustituciones*) pág. 251 y ss. IGLESIAS, Juan, «Derecho Romano», pág. 611 y ss.

(71) Demófilo DE BUEN, en «Enciclopedia Jurídica Española» (Voz Sustitución). T. XXIX, págs. 157 y ss.

nión mayoritaria aceptar la sustitución tácita, sin embargo había que distinguir entre la vulgar y la pupilar, ya que cada una obedece a razones distintas, pues en tanto que la pupilar se da para el supuesto de llegar a ser heredero y morir antes de alcanzar la pubertad (lo que los romanos llamaban "secundum casum"), en la vulgar ("primum casum") son otras las motivaciones. Por ello la pupilar tiene más trascendencia y si nada impide —decía De Buen— que en una pupilar expresa vaya implícita la vulgar, no cabe afirmarlo en el caso contrario.

En el Derecho civil catalán resulta frecuente hablar de las sustituciones expresas y tácitas en la doctrina de los autores y en los textos legales (72).

En el Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña, elaborado por la Academia de Derecho de Barcelona (año 1896), al tratar de la sustitución (arts. 44 y ss.) se dice que la sustitución vulgar expresa comprende la pupilar tácita y viceversa, excepto en los casos de sobrevivencia de la madre al hijo, y de haber sido sustituidos recíprocamente los hermanos uno púber y otro impúber. Asimismo, en el Anteproyecto de Apéndice redactado por Romani Puigdangolas y Trias Giro, se recoge esa idéntica división (73) que habría de pasar al Anteproyecto, redactado por la Comisión de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones del Derecho foral de Cataluña, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 23 de mayo de 1947 (74).

Estos antecedentes han pasado con ligeras variantes a la vigente *Compilación del Derecho civil de Cataluña* que al tratar de la sustitución vulgar dice que podrá ser expresa y tácita y que las sustituciones pupilar y fideicomisaria implican siempre la vulgar tácita, pero en cuanto a la primera respecto de los bienes procedentes de la herencia del sustituyente. (art. 155). Por lo que a la sustitución pupilar toca, dice expresamente en el artículo 159 que: "La sustitución vulgar expresa, si el instituido es impúber, comprenderá la pupilar tácita respecto de los bienes de la herencia relicta por el sustituyente. excepto en el caso de haber sido sustituidos recíprocamente dos hermanos, el uno púber y el otro impúber; todo ello salvo disposición contraria del testador".

Sin embargo, pese a la letra del artículo 159 de la *Compilación*, nos parece que en puridad no se trata de una sustitución pupilar tácita, o dicho de otro modo, la sustitución pupilar sólo cabe ordenarla

(72) En la doctrina de los autores catalanes ver por todos a COLI I RODES en el trabajo ya citado, objeto de la traducción que sigue a este estudio. El original en la «Revista Jurídica de Cataluña». Años 1909 y 1910). Cfr. BROCA-AMELL, *Instituciones*, págs. 357 y ss. ap. 679.

(73) En este Anteproyecto de Apéndice se trata de este punto en los artículos 499 y 500.

(74) Anteproyecto de la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*. Barcelona, 1953, Cap. VI, art. 307 (ver el art. 292 del Ap. de 1930).

en forma expresa. No solamente porque hay que huir de las sustituciones sobreentendidas (75), sino porque no está de acuerdo con la naturaleza jurídica de la sustitución pupilar (76), ni porque cabe hablar de sustitución pupilar por el hecho de ser impúber el instituido, ya que justamente enseñaba COLL I RODES que cuando la sustitución se hace a favor de un impúber instituido heredero para el caso de no llegar a la pubertad, estamos ante una sustitución pupilar impropia, que nada tiene que ver con la verdadera y propia sustitución pupilar (77). Ciertamente que el Derecho romano partía de la idea de que, por regla general, la sustitución simple comprendía ambos casos, basándose en la idea de que había que presumir que el testador siempre prefería un sustituto a los herederos abintestato. Pero la verdad es que esta idea puede tener y de hecho tiene, sus fallos. El Código civil español rechaza las sustituciones conjeturales o no expresas y la doctrina científica y jurisprudencial así lo han confirmado (78). Así el apartado 2.º del artículo 774 del Código civil da claras muestras de no aceptar el que una modalidad de sustitución quede implícita en otra expresada y el mismo criterio se desprende en los artículos 783 y 785 del propio Cuerpo legal civil. La jurisprudencia también lo ha afirmado. Una interesante Resolución de la Dirección General de los Registros, de 25 de enero de 1916 así lo manifestó. En el mismo sentido se puede ver la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1917 (Vérla en *Jurisprudencia civil*, T. 141, págs. 185-197, sobre todo en su cuarto Considerando) y más recientemente la Sentencia de 28 de septiembre de 1956 (Aranzadi núm. 3.161) que en su quinto Considerando dice claramente: "Que la presunción de que el testador que prevé un caso no quiere hacer extensiva su previsión a los demás que hipotéticamente puedan darse, no es una presunción caprichosa y arbitraria, sino un homenaje al principio según el cual lo dispuesto por el testador de un modo solemne es ley para cuantos deriven sus derechos del testamento mismo; argumento que tiene una poderosa fuerza de convicción para sostener que a los tribunales no es dado forzar la analogía cuando no se apoye en bases que tengan un valor decisivo para que lógicamente pueda asimilarse una situación prevista a otra que con mucha probabilidad no quiso en manera alguna preverse".

(75) Vide Jerónimo LÓPEZ LÓPEZ, en «ADC», 1958, ya cit., págs. 3-19. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*. Barcelona, 1958, págs. 144 y ss.

(76) Incluso aceptando la tesis de Jerónimo LÓPEZ acerca de que más que un testamento del hijo (doctrina mayoritaria) lo que en puridad hay es establecimiento de un orden sucesivo, hay argumento para defender que en el 159 no estamos ante una figura de sustitución tácita.

(77) Es fundamental la tesis de COLL I RODES que afirma rotundamente que no hay tal sustitución verdadera y propia, sino una forma fideicomisaria condicional. Ver año 1909 de la «RJC», págs. 347 y ss.

(78) Ver OSSORIO, op. ya cit., págs. 250-251. LACRUZ-SANCHO, op. cit., página 687-688.

Por todas estas razones y aun conscientes de los motivos de protección del patrimonio del impúber y de evitar el paso a los herederos abintestato que mueve al legislador, entiendo que no es exactamente una figura tácita de sustitución pupilar la que se da en el marco del artículo 159 de la Compilación, sino más bien una forma fideicomisaria condicional (79) para el caso de que el primer instituido fallezca antes de llegar a la pubertad.

Examinando detenidamente el contenido del artículo 159 de la Compilación, nos parece que no se puede hablar de que la única declaración de voluntad que hay (declaración de voluntad no recepticia) y que es la del padre o madre ordenando la sustitución vulgar expresa, comprenda —para el supuesto de ser impúber el instituido— también una declaración tácita de que quería igualmente la pupilar. La doctrina más autorizada en esta materia nos dice que declaración expresa es aquella realizada con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar la voluntad, y tácita la que consiste en un comportamiento que sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar la voluntad, la exterioriza, sin embargo porque a través de él se advierte que el sujeto que lo realiza tiene una voluntad determinada. No hay en nuestro caso nada más que una declaración expresa que es la voluntad que declara. Mejor se podría hablar —lo cual me parece más aceptable, aunque ni mucho menos seguro— de una declaración presunta. Siguiendo siempre a Cariota Ferrara en la doctrina italiana y a Albaladejo (80) en la española, es declaración

(79) Ver COLL, en pág. 347 y ss., op. cit. (notas 1, 2 y 3 al apartado 10). Consultar el art. 308 del Anteproyecto de la Compilación de 1953 y art. 293 del Ap. de 1930. También es interesante la Sentencia del T. S. de 13 de diciembre de 1909. En la doctrina más reciente consultar a PUIG FERRIOL, op. cit., pág. 434, afirmando que la sustitución ejemplar al suponer (dígase igual de la pupilar) una derogación de algunos de los requisitos del testamento y de la testamentifacción activa, sólo puede ordenarse de una manera expresa, pues de otro modo no tendría razón de ser el principio que establece el art. 670 del C. c. sobre el carácter personalísimo de las disposiciones de última voluntad. Ver ALBALADEJO, *Sustituciones*, en pág. 188 afirmando que en este caso más que ante una sustitución pupilar nos encontraríamos ante una vulgar o fideicomisaria. Aparte de lo que se dirá más adelante, entiendo que la calificación de figura tácita no encaja y ello pese a la tradición romano-catalana, pues que tratándose además de establecer el camino que han de seguir los bienes correspondientes exclusivamente a la herencia relicta por el padre o madre sustituyente, más bien hay una sustitución doble (la duplex substitutio del derecho romano). Casi sería volver a los inicios de la institución que como nos recuerda BIONDI (op. ya cit.) no se daba como figura pura, sino combinada con una «institutio pupili» y una «substitutio vulgaris». Ello obligaba a distinguir la institución del pupilo como heredero del paterfamilias, más el sustituto era instituido con condición de que el hijo no fuera heredero por premorir al testador «intra pubertatem».

(80) Para ver una diferencia entre las declaraciones de voluntad expresas y tácitas, Cfr. ALBALADEJO, «El negocio jurídico», Barcelona 1958, pág. 86, 87, 88. También en su «Derecho civil» (I), pág. 450 y ss. nos dice que la diferencia entre declaración expresa y tácita está en que esta última es la ley que establece que la conducta del declarante encierra probablemente una determinada voluntad. La declaración presunta admite prueba en contrario. Ver también Federico DE CASTRO, «El negocio jurídico, 1971, pág. 67-68, donde advierte que se califican de

presunta cuando el Derecho considera a cierto comportamiento (que no se encamina a declarar) como declarador de una determinada voluntad; es decir, la Ley dispone que una conducta debe ser considerada como declaración de tal o cual voluntad. Entonces se habla de que la Ley presume la voluntad. Tal vez —con reserva, como he apuntado hace unos instantes— el artículo 159 esté más próximo a una presunción (declaración presunta) que a una figura tácita que estimo no existe. El propio artículo dice “*in fine*” que salvo disposición contraria del testador como prueba en contrario, cosa corriente en materia de presunciones (art. 1.251 del Código civil). La verdad es que no sólo en este artículo 159, sino en todo lo relativo a las sustituciones, la “*ratio iuris*” hay que encontrarla en ese pensamiento obstinado del compilador de evitar a todo trance el abintestato. El pensamiento del padre o de la madre sustituyentes es, en cualquier caso, llamar al instituido y a continuación al sustituto. Es precisamente por esta idea, por lo que cuando un testador ha previsto expresamente tan sólo un supuesto, la situación o el caso que en su momento estimó como el más viable, no por esto hay que desechar la otra posibilidad que, en nuestro caso, siendo el instituido impúber y tan sólo respecto de los bienes de la herencia relicta por el sustituyente, igualmente conduciría a evitar el paso de los bienes a los herederos legítimos, ya que todo el juego de estas instituciones está subordinado a entender que siguiendo un orden se quiere al instituido y al sustituto.

Pero todo esto no es una declaración tácita, sino en todo caso una presunción o más bien una disposición en función interpretativa —integradora de la voluntad del testador—.

5. Elementos personales en esta sustitución.

a) Sustituyentes.

El Derecho catalán vigente ha restringido el número de personas que pueden ordenar la sustitución pupilar, modificando el derecho anterior (81) y apartándose del criterio seguido por el Código civil (82), así como de lo que establece actualmente para la sustitución ejemplar (art. 160, 1.º). En efecto, el artículo 156 de la Compilación

tácitas porque resultan no de los dichos, sino de los hechos y en ellas es necesario acudir a conjeturas; lo que no impide aplicarles las reglas de las presunciones de hecho. Desde luego DE CASTRO diferencia claramente las declaraciones tácitas de aquellos supuestos en que la ley establece una presunción «*iuris tantum*» o «*iuris et de iure*». Ver CARIOTA FERRARA, «*Il negozio giuridico...*», pág. 409.

(81) En el Derecho romano Cfr. JORS-KUNKEL, op. cit., en pág. 456 y ss. LA PIRA, en el trabajo citado en los estudios en honor del Prof. BONFANTE. Se trataba de una facultad que correspondía tanto al padre como al abuelo en cuanto emanación de la patria potestad (salvo en cuanto a los militares que podían sustituir aún cuando no tuvieran la patria potestad sobre el hijo) y por tanto correspondía no sólo al padre.

(82) Ver por todos ALBALADEJO, en «Sustituciones», ya cit., pág. 134 y ss.

afirma que “El padre o la madre, mientras ejerzan la patria potestad sobre su hijo legítimo impúber, podrán sustituirlo pupilarmente en el testamento que otorguen para su propia herencia, en previsión de que fallezca antes de llegar a la pubertad. Igual derecho corresponderá a la madre respecto de su hijo natural. También podrán sustituir a su hijo concebido que al tiempo de nacer haya de quedar bajo su patria potestad. A todos los efectos de esta Compilación se considerará impúber al menor de catorce años de uno y otro sexo”.

Es evidente que para la Compilación, siguiendo en esto los precedentes, se trata de una facultad que emana justamente de la patria potestad en la que los padres gozan de una gran libertad salvo las restricciones que emanan del espíritu de troncalidad que establece el artículo 158 en cuanto a ciertos bienes del pupilo. La puede ordenar el padre o la madre; es decir, bien uno o tal vez el otro, sin perjuicio de que puedan establecer dicha sustitución ambos padres a la vez, ya que el artículo 157 de la Compilación dice que si el padre o la madre ordenan sustitución pupilar; lo que ocurre en este supuesto de simultaneidad de ordenación es que subsisten ambas respecto de sus propios bienes, pero respecto de los del pupilo vale sólo la ordenada por el último de los padres que fallezca. Por tanto, no se dan aquí como en materia de sustitución ejemplar, los problemas de compatibilidad que se presentan y que obligan a seguir el criterio que establece el artículo 160, apartado 4.º.

Tanto el padre o madre natural como el padre o madre adoptantes pueden ordenar la sustitución pupilar respecto de sus hijos naturales o adoptivos, ya que tanto los unos como los otros quedan bajo la patria potestad del padre o madre. La Compilación dice que este derecho corresponde a la madre respecto de su hijo natural, derecho o facultad ésta de carácter estrictamente personal que la Compilación recoge con toda precisión, advirtiendo de paso que el Derecho civil catalán ha sabido en estos artículos 156 y 157 (frente al criterio del Código civil en su artículo 154) recoger un sentimiento de autoridad de los padres compartida y no la del padre y en su defecto la madre.

b) Sustituidos.

Conforme al artículo 156 lo son los hijos legítimos impúberes. A ellos se equiparan los legitimados por subsiguiente matrimonio, los adoptivos, los naturales reconocidos y los legitimados por concesión soberana en virtud de cuanto se dice en el artículo 249 de la Compilación a propósito de la sucesión intestada. También se puede nombrar sustituto al hijo concebido que al tiempo de nacer haya de quedar bajo la patria potestad (art 156, 2.º), que encuentra apoyo en la proposición 2.ª del artículo 29 del Código civil que responde al conocido principio de “conceptus pro iam nato habetur, quoties de eius commodo agitur” y ello en armónica relación con lo establecido en el artículo 750 del propio Cuerpo Legal civil.

c) Sustituto.

En el Derecho civil catalán la capacidad para poder ser sustituto está en íntima relación con el espíritu de troncalidad consagrado en el aforismo “paterna paternis materna maternis” y que en este punto se encuentra establecido en el artículo 158 de la Compilación. Pero conviene advertir que este principio de troncalidad que trae su origen en variadas constituciones catalanas a partir del siglo XIII no lo hace con la misma influencia en la sucesión testada del impúber (sustitución pupilar) que cuando se trata de la sucesión intestada. Aquí, como justamente advertía Coll i Rodes, el principio de troncalidad actúa tan sólo en la mitad de los bienes, pues si es el padre el que hace la designación de sustituto pupilar en los bienes que procedan de la sucesión de la madre, tiene que tener bien presente que sólo puede designar determinados parientes maternos; si es la madre la que testando ordena la sustitución, juegan idénticas limitaciones respecto, ahora, de los parientes paternos. En cualquier caso, si no cumplen con las normas de la ley, se considerarán llamados sustitutos pupilares los hermanos o parientes por el orden de la sucesión intestada. (arts. 158 y 251 de la Compilación).

También en este punto se hace bien patente la dualidad de patrimonios a que ya nos hemos referido, porque bien se evidencia que la designación de sustituto pupilar queda limitada por la obligación que tiene el testador de hacerla en favor de determinados parientes (en su defecto rigen las normas del art. 251), pero siempre, claro está, respecto de los bienes del impúber de naturaleza troncal, con las repercusiones que ello puede tener en el supuesto de varios sustitutos sin que se haya tenido presente el efecto limitativo a que hace referencia el citado artículo 158 de la Compilación. Cumplidos estos requisitos, en cuanto a los demás bienes la designación de sustituto pupilar (al ser patrimonio que carece de procedencia troncal) es libre y puede recaer en cualquier persona con capacidad para suceder, de acuerdo con el artículo 158, apartado 1.º.

6. Supuestos de extinción de la sustitución pupilar

La sustitución pupilar deviene ineficaz en los siguientes supuestos:

A) *Por alcanzar el pupilo la edad de catorce años*, pues llegada esta edad (en este sentido el art. 156 se pone de acuerdo con el Código civil al unificar la edad, para uno y otro sexo, en los catorce años) se adquiere la capacidad para testar y porque la condición de esta modalidad sustitutoria es, justamente, que muera (no llegue a esa edad) sin poder testar: “adveniente pubertate pupillaris extinguitur substitutio”.

B) *Premoriencia del sustituido al sustituyente*, pues si de acuerdo con el artículo 156 en la sustitución pupilar hay un solo testa-

mento, éste será ineficaz únicamente cuando muera el testador sustituyente, momento en que precisamente entrarán en vigor las disposiciones del testamento y por tanto la sustitución en él ordenada. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155, apartado 3.º, si el sustituido había sido instituido heredero del padre o de la madre, entraría en juego la vulgar tácita que el citado precepto estima implícita en la pupilar expresa sólo respecto de los bienes procedentes de la herencia del o de los sustituyentes. En cuanto a los bienes del impúber se abriría la intestada (art. 251).

C) *Premoriencia del sustituto al sustituyente o bien al sustituido*, que es condición necesaria para la eficacia de la sustitución.

En la doctrina (83) se han señalado otras causas de extinción de la sustitución pupilar y entre ellas el hecho de que el menor de catorce años tuviere un hijo, o el supuesto de nulidad total del testamento, etc. En todos estos supuestos y por lo que toca al Derecho compilado, la herencia del causante impúber se defiere conforme a las normas especiales de la sucesión intestada recogidas en el artículo 251.

II. LA SUCESION INTESTADA ESPECIAL DEL CAUSANTE IMPUBER

1. *Precedentes históricos*

Los precedentes históricos de la sucesión excepcional del causante impúber son sobradamente conocidos y a ellos me referiré muy sucintamente y desde luego cuando sea absolutamente conveniente o necesario como elemento de interpretación del texto compilado, pero quedando bien sentado que la sucesión intestada del causante impúber sólo puede ser bien comprendida a la luz de un criterio historicista, presupuesto y apoyo de la mayor parte de las instituciones civiles del Derecho sucesorio catalán (84).

Esta sucesión no sigue los habituales criterios de la sucesión romana (ni proximidad de parentesco ni unidad de bienes) y al apartarse de la Novela 118 de Justiniano, se acomoda a lo establecido por tres Constituciones de Derecho civil autóctono de Cataluña. La primera fue establecida por el rey don Jaime I en el año 1260, accla-

(83) Para el derecho civil común ver por todos la monografía de ALBALADEJO, pág. 219 y ss. En el Derecho catalán, Cfr. COLL I RODES, op. cit., año 1910, pág. 277, epígrafe núm. 30. En la doctrina civil reciente ver a PUIG FERRIOL, op. cit., en cuanto a la sustitución ejemplar en Cataluña.

(84) Para un estudio de los antecedentes históricos de esta sucesión ver a COLL I RODES, en el trabajo ya citado, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1909. VIVES y CEBRIA, «Traducción de los Usatges y demás derechos de Cataluña. BORRER I SOLER, «Dret civil vigent a Catalunya». Barcelona, 1923, vol. V, 1.º y 2.º. Cfr. PELLA Y FORGAS, José, «Derecho civil de Cataluña», tomo IV, 2.ª ed. Barcelona, 1943, Ed. Vela, págs. 6-20.

rando se suele decir por la doctrina de los autores clásicos catalanes, otra anterior Constitución sobre idénticos problemas. En esta Constitución se dispuso que los parientes próximos del impúber difunto hereden los bienes procedentes de su linaje; que le suceda la madre en los que el padre hubiere adquirido por industria, negociación o por cualquier otro título y si faltaren parientes dentro del cuarto grado, vuelvan todos los bienes a la madre. Una segunda Constitución fue dada por el rey don Pedro III en Cortes de Monzón en 1363 y en ella se dispuso suprimir la limitación que al principio de troncalidad había establecido la anterior. Quedó establecido que los bienes que se hubiesen transferido a un impúber y que procedieran del padre o del abuelo o de cualquier otra persona de la línea paterna,¹ cualquiera que fuera el título, causa u ocasión, no fueran a parar a la madre ni a los parientes inmediatos de la línea materna, sino al padre y a los parientes de esta última línea hasta el cuarto grado, guardando entre ellos el orden del Derecho romano y salvando siempre la legítima reservada a la madre o a los otros ascendientes de la línea materna. Una tercera y última Constitución, la del rey don Felipe, en Cortes de Monzón de 1585, afirma y ratifica el criterio de troncalidad, ya que parece ser criterio pacífico el de que el Rey se mostró partidario de la solución que propuso por estimar que era injusto que una persona que tenía hermanos o parientes maternos hasta el cuarto grado (según orden de Derecho romano), si recibía bienes de su madre y moría impúber tales bienes pasaban por medio de la sustitución pupilar hecha por el padre a los parientes de éste (pasaban de una línea a otra), razón por la que se ordenó que dichos bienes volvieran a los parientes maternos y que si el padre ordenaba la sustitución pupilar tenía que hacerlo en favor de determinadas personas (85).

Nos parece que de la interpretación que hace la doctrina de estas tres Constituciones catalanas, se puede sentar la siguiente conclusión: que la sucesión intestada del impúber está impregnada del espíritu troncal, que si bien se ha calificado de "algo debilitada", la verdad es que se acomoda perfectamente a las necesidades y conveniencias de la familia rural o estable; en aplicación de tal presupuesto resulta que los bienes del impúber, procedentes de cualquiera de esas dos ramas, paterna o materna, pasarán, respectivamente, a los parientes de una o de otra hasta el cuarto grado; además siempre se aplicará sobre tales bienes la legítima del padre o madre supérstite; finalmente, en defecto de dichos parientes, así como en los bienes no troncales, habrá de seguirse el orden normal de la sucesión intestada ordinaria sin tener para nada en cuenta la procedencia de los bienes.

2. *Fundamento de esta sucesión excepcional. Su apertura*

Hay que buscarlo en la libertad civil, tan propia de los Derechos civiles de determinadas regiones españolas y entre ellas la de Cata-

(85) Véase el art. 158 de la vigente Compilación.

luña. El ordenamiento jurídico catalán obedece al principio de libertad en todo aquello que, por razones de orden público, no está explícitamente prohibido, nos dice Figa Faura. Esa libertad se traducirá en funcionalismo de las normas jurídicas que es prueba de su arraigo y adherencia a las necesidades a las que el Derecho tiene que servir. Esa necesidad es la conservación de la "casa pairal", del patrimonio familiar y aquí es donde hay que buscar el fundamento y la raíz última de las normas que regulan esta excepcional sucesión intestada del causante impúber. Si esa libertad, apreciando en cada momento la posibilidad y conveniencia de una o de otra solución para la conservación del patrimonio, no la tiene por definición el impúber, a quien no se ha nombrado sustituto pupilar, es natural que sea la propia ley la que regule el destino del patrimonio familiar. Estamos, pues, ante una sucesión eminentemente familiar en la que se tiene en cuenta muy principalmente el origen de los bienes con objeto de atribuirlos a la rama de donde proceden. Este es el principio de troncalidad, espíritu y fundamento de la sucesión intestada de los impúberes, y que al decir de Durán y Bas responde a dos tendencias: la de la constante unión del patrimonio con la familia, y la de evitar que segundas nupcias del padre o de la madre hagan pasar a familia distinta de la del cónyuge difunto bienes provenientes del mismo o de sus parientes. A diferencia de lo que acontece en el Derecho civil común, en que como afirma Castán (86) no se admite la troncalidad en la sucesión intestada ya que el heredero abintestato es un sucesor universal, sin embargo, esta manifestación de rancio abolengo histórico tiene lugar en el Derecho civil de las regiones de Cataluña, Aragón, Navarra y Vizcaya, si bien no en todas se dé con igual criterio ni con la misma intensidad (87).

(86) CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil Español Común y Foral», t. VI (Derecho de Sucesiones), vol. III, 7.^a ed. revisada y ampliada por el Prof. De los Mozos. Madrid, 1971, págs. 47 y ss., y págs. 197 y ss. A propósito de la naturaleza troncal de esta sucesión debe consultarse además de la monografía de COLL I RODES, las siguientes obras o estudios: ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en Derecho sucesorio* (Conferencia pronunciada el día 6 de abril de 1943), en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», año 1943, págs. 335 a 377; Idem, *Los elementos componentes de la Compilación*, en «Comentarios...», op. cit., 1961, págs. 27 y ss. Idem, *La sucesión abintestato de impúberes y la reserva lineal del art. 811 del C. c. antes de entrar en la Compilación catalana* (Comentario a la Sentencia de 5 de abril de 1962 de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona), en «Revista Jurídica de Cataluña», 1963, pág. 413 y ss. CONDOMINES-FAUS, *Comentarios*, cit., en pág. 284 y ss. GASSIOT MAGRET, *Comentarios...*, ya cit., en pág. 277 y ss. VALLET DE GOYTISOLO, *La agricultura y la explotación familiar*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1964, págs. 107-123. LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La Compilación de Derecho civil de Cataluña*, en «Estudios de Derecho Privado» (t. I), Madrid 1962, págs. 37-76 y en particular lo relativo al derecho de sucesiones en página 59 y ss.

(87) Aparte de la bibliografía citada en el número anterior, para tener una idea exacta de la historia de la troncalidad en nuestros varios regímenes civiles, puede consultarse el estudio de don Luis MOUTÓN OCAMPO, *Troncalidad (Voz)* en Enciclopedia Jurídica Española, Tomo Trigésimo. Seix Editor, en pág. 455

La apertura de esta sucesión tiene lugar conforme al artículo 251 de la Compilación en defecto de sustitución pupilar. Habría que decir que tiene lugar no sólo cuando no haya sido ordenada, sino también cuando la sustitución ordenada no haya sido eficaz. Afirma COLL i RODES, al tratar de la apertura de la sucesión intestada del causante impúber, que en puridad no se debería decir que el impúber muere intestado ni que muere testado, ya que un impúber carece de testamentifacción activa y en consecuencia no puede otorgar testamento; en verdad lo que pasa es que muere intestado porque las personas que podían haber testado por él no lo han hecho o que aún habiendo testado, no hayan ordenado la sustitución pupilar (88).

Mejor sería decir esto último y así vemos como el artículo 156 de la Compilación permite que el padre o la madre del impúber fallezcan bajo testamento y, sin embargo, no necesariamente haber dispuesto la sustitución pupilar al regular su propia herencia. En resumen, lo fundamental para que tenga lugar la apertura del abintestato del pupilo es el hecho de no haberse proveído acerca del destino de sus bienes en previsión de que falleciere "intra pubertatem" o que habiéndolo hecho así, sin embargo, la sustitución no llegue a ser eficaz por algunas de las causas que ya quedaron indicadas.

Constituye una especialidad del Derecho civil autóctono de Cataluña, ya se ha dicho. Y así el artículo 248 de la Compilación afirma que "la sucesión intestada se regirá por lo dispuesto en el Código civil salvo las especialidades contenidas en los tres artículos siguientes". Una de ellas es justamente la relativa al causante impúber que muere intestado. Sucesión intestada que para que se dé es necesario no solamente que se produzca la muerte intestada del impúber, sino que deben concurrir los siguientes requisitos: a) que no haya sustitución pupilar o que esta no sea eficaz; b) que se trate de bienes troncales, es decir, bienes de procedencia paterna o materna o de parientes de una u otra línea dentro del cuarto grado; y c) que el impúber deje parientes comprendidos en el cuarto grado de la rama o linaje de donde los bienes proceden. De donde se deduce que la sucesión intestada no se abre si el impúber dejase un hijo (nacido o concebido) ya que faltaría la base de la sucesión troncal. No dándose tales cir-

y ss. Para una lectura íntegra de algunos textos del Derecho histórico español relativos a la troncalidad (Lex Visigothorum; Fuero de Salamanca; Fuero de Ledesma; Fuero de Soria; Leyes de Toro; Fuero de Vizcaya; Fueros de Aragón; Costumbres del Valle de Arán), consultar la obra *Textos jurídicos españoles* de GIBERT, Rafael, Ed. Gómez, Pamplona, 1954, pág. 131 y ss. Resulta fundamental el estudio monográfico de VALLET sobre *La jurisprudencia del T. S. y el art. 811 del C. c.*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1957 y 1958.

(88) Cfr. COLL i RODES, op. cit., año 1910, epígrafe núm. 34. En este sentido dice BORRELL i SOLER, *Dret civil vigen...*, pág. 490 y ss., que el impúber es incapaz de testar, pero como el padre puede hacerlo por él en forma de sustitución pupilar, se reserva el nombre de sucesión intestada del impúber para el caso de referirse la herencia por disposición de la ley y no por voluntad del padre del impúber causante. También VIVES y CEBRIA, *Traducción al castellano...* ya cit., en pág. 280 y en nota 1.

cunstancias la sucesión se rige por las normas ordinarias del abintestato.

3. Bienes que quedan comprendidos en la sucesión

Han de ser bienes troncales. En este sentido está orientada la forma de deferirse la herencia de acuerdo con la tradicional fórmula de "*paterna paternis, materna maternis*", atribuyéndose los bienes a los parientes más próximos del impúber dentro del cuarto grado de donde los bienes procedan (89). Atendiendo a este criterio se ha formulado por el compilador el artículo 251 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. En la regla primera del precepto se dice que: "En los bienes procedentes de su padre o madre no adoptivos o de los demás parientes paternos o maternos hasta el cuarto grado, cualquiera que sea el título de adquisición de los mismos, serán respectivamente llamados a la sucesión, por su orden, los parientes más próximos del impúber, dentro del cuarto grado en la línea de que los bienes proceden".

Las razones, exclusivamente troncales, a que ya hemos hecho referencia, determinan que en la sucesión se hagan o mejor se formen, tres masas patrimoniales reducibles a dos: una que está constituida por el patrimonio familiar recibido de la familia por naturaleza y el segundo constituido por los demás bienes de otra procedencia. Respecto de los bienes que corresponden al primer grupo se aplican las normas de la sucesión excepcional del impúber; no así en los segundos y por esto quedan excluidos de la sucesión troncal los bienes procedentes de los padres adoptivos. Los bienes que el causante impúber tiene de su familia por naturaleza a ella vuelve, pues otra cosa sería contrariar la finalidad de la sucesión troncal y hacer que la adopción —lo que no es admisible— desviara el flujir sucesorio de los bienes. Se trata de un simple retorno a la procedencia (90).

(89) Es importante la sentencia del T. S. de 24 de diciembre de 1871. Cfr. también CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil común y foral*, T. VI, V.º 3.º, págs. 48-49.

(90) El Derecho histórico de Cataluña evidencia esta reversión de los bienes a su origen (ver las tantas veces citadas Constituciones 1.ª y 2.ª del Tít. II «De pupilaris y altras substitutionis y de la successions dels impubers», Lib. VI, traducción al castellano en VIVES Y CEBRIÁ, op. ya cit., pág. 280 y ss.), principio éste de troncalidad muy parecido, se ha dicho, a la reserva lineal del artículo 811 del C. c. Después pasó esta manifestación al Proyecto de Apéndice en sus artículos 101 a 103 (Proyecto de 1903). Ver MOUTÓN, op. cit., en pág. 462. En cambio en cuarto a las normas que deben regir los bienes no troncales, la Compilación dice que son de aplicación las normas de la sucesión intestada ordinaria. Cfr. antes de la reforma de 1970 los siguientes trabajos: SOTO NIETO, en la «Revista General de Jurisprudencia y Legislación», año 1961 (diciembre núm. 6), págs. 681 y ss. IDEM, en la «Revista General de Derecho» (año 1961, núms. 198 y 199), siempre a propósito de los derechos sucesorios del hijo adoptivo. CASTRO LUCINI, Francisco, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL (años 1962 y 1966) y en los Estudios en honor del Prof. CASTÁN TOBEÑAS, t. III. GULLÓN en los Estudios en honor del Prof. Serrano, también trata de los problemas de Derecho sucesorio del hijo adoptivo y asimismo en la Revista de Derecho Privado año

Precisamente porque el origen o procedencia de los bienes es lo que mueve todo el mecanismo del artículo 251, es por lo que en su regla tercera nos dice que: "En los demás bienes del impúber su sucesión intestada se regirá por las reglas generales, sin distinción de líneas" y en la regla quinta que "No tendrán la consideración de troncales los frutos de los bienes de igual carácter". En efecto, tales frutos al ser percibidos constituyen una propiedad separada y distinta de los bienes que los han producido, razón por la que pasan a formar parte del patrimonio propio del impúber. Su fundamento está en que el título de adquisición por el que el impúber recibe los frutos o rentas, no es un título voluntario, sino legal, como es la accesión en cuanto es un modo de adquirir la propiedad que hace que tales frutos producidos pasen a ser otro derecho de propiedad que se adquiere con la separación. Ello obliga a considerar que tales frutos no son troncales y que formando parte de su patrimonio particular, su sucesión se defiere por las reglas generales y ordinarias del abintestato (91).

Para Borrell (92) no sólo no son troncales los frutos, sino tampoco lo que con ellos se hubiere adquirido y ello nos lleva a considerar muy sucintamente el alcance de ese "título" a que se refiere el artículo 251 (regla 1.^a) con la expresión de "...cualquiera que sea el título de adquisición de los mismos..." y que entiendo no es tan amplio como pudiera parecer, sino que debe quedar limitado en el sentido de que tan sólo deben revertir al linaje los bienes adquiridos por el causante impúber a título gratuito (causa lucrativa) o "mortis causa" así como aquellos que hubiere adquirido a título oneroso con bienes de procedencia paterna o materna, pero no si la adquisición se hizo con dinero propio del impúber aunque el bien adquirido fuera

1960), sobre todo al final de su estudio, cuando trata de los derechos sucesorios de la familia por naturaleza, advirtiendo la conveniencia de no producir interferencias entre ambos núcleos familiares. Con posterioridad a la reforma de julio de 1970 y siempre dentro de la sucesión intestada ordinaria, cfr. el estudio de FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL (1971) sobre *La adopción* (en pág. 780) al estudiar los derechos sucesorios de los parientes por naturaleza (art. 179, «in fine», al decir que los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la Ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 812 del Código). Igualmente a GARCÍA CANTERO. *El nuevo régimen de la adopción*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, año 1971. pág. 844 y ss. En resumen y dentro de la sucesión troncal a la que aquí nos estamos refiriendo, ya vemos cómo los bienes de procedencia paterna o materna sigue un curso distinto merced a este derecho troncal o de recobro. Para su aplicación en materia de derecho agrario (en relación con una visión nueva del derecho sucesorio). Cfr. LUNA SERRANO, *La transmisión «mortis causa» de las fincas rústicas adjudicadas por el Instituto Nacional de Colonización*, en «Estudios de Derecho Público y Privado» (en honor del Prof. Serrano), Valladolid, 1966, en pág. 507-540.

(91) En tal sentido se manifiesta VIVES y CEBRIÁ, en su *Traducción...* ya cit., en pág. 319 y concretamente en la nota núm. 8. Igualmente COLL i RODES es de este criterio y cita no sólo a VIVES, sino también la autoridad de FONTANELLA (ver ep. 42, año 1910, en la «Revista Jurídica de Cataluña», en notas) e igualmente era éste el criterio del art. 734 del Anteproyecto de Apéndice. Ver a BORRELL, op. cit., en pág. 492 (nota 16).

(92) Vide BORRELL, en op. cit., y a COLL i RODES, en op. cit., 1910.

de los padres. porque entonces (y ello lo indica Borrell, op. cit., locución cit.) supondría un caso de subrogación semejante al que se recoge en el artículo 1.404 del Código civil (“res succedit in locum pretii et pretium in locum rei”).

En la regla cuarta del artículo 251 se establecen una serie de reglas encaminadas a la calificación de los bienes de una u otra procedencia. Así se consideran de procedencia paterna los que componen la dote estimada (aún siendo bienes aportados por la madre) ya que la estimación produce los efectos de la venta y el marido sólo queda obligado a restituir el valor. Igualmente el “esponsalicio o excreix” ya que conforme al artículo 44 de la propia Compilación lo constituye el marido como aumento de dote, siendo desde luego, su propiedad debida a los herederos del marido y por tanto, de procedencia paterna (93). La misma regla determina que son bienes de procedencia materna la dote inestimada, el precio de la estimada y la “soldada”.

Los bienes que en virtud de reserva —dice la regla cuarta del artículo 251— por segundas nupcias haya adquirido el impúber quedarán comprendidos entre los de la línea del cónyuge premuerto, a no ser que los hubiere adquirido por elección o distribución del reservista. Resulta que estos bienes se entienden maternos o paternos según sea el padre o la madre el obligado a reservar. Ya señalaba Coll que en virtud de la reserva el esposo bínubo perdía la propiedad de los bienes, pasando del cónyuge premuerto al impúber directamente. Se trata de una excepción a la norma general de que los bienes que recibe el impúber son paternos o maternos atendiendo a la persona de quien inmediatamente los recibe. Sin embargo, el propio artículo 251 nos dice que salvo el caso de que los recibiera por elección o distribución del reservista, pues entonces de acuerdo con lo establecido en el artículo 270, ejercitada la facultad de elegir o distribuir los bienes reservables pierden, por ministerio de la ley y al fallecimiento del reservista, la cualidad de reservables, estimándose entonces que pertenecen a la herencia privada del reservista.

4. *De la legítima en esta sucesión especial*

Queda por analizar el alcance de la regla segunda del artículo 251 de la Compilación. Dice así: “Si hay ascendientes de otra línea, conservarán su derecho a la legítima sobre sus bienes”. Los antecedentes históricos de este precepto hay que buscarlos en la Constitución de Pedro III en las Cortes de Monzón del año 1363, en la que se decía que “...sola llegalitima resservada a aquella mare o als altres ascendents de la linea maternal si sobreviuran...” (94), de acuerdo con cuya

(93) FAUS y CONDOMINES, en op. cit., págs. 80-83 y 79-80. Ver también LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 320.

(94) Cfr. VIVES y CEBRIÁ, Traducción al catalano..., op. cit., en págs. 517 y ss., con la traducción completa al castellano de estas Constituciones catalanas (Libro VI, Tít. II). Ver las notas en las páginas citadas.

Constitución se concede legítima en aquellos bienes en que el legitimario del causante no era llamado como heredero a una parte de la sucesión intestada del mismo. Tal cosa no está, desde luego, de acuerdo con la naturaleza de la legítima, pues resulta evidente que tanto la tradición jurídica catalana como la legislación vigente llama legítima a una detracción que se da precisamente en la sucesión intestada y respecto de bienes en que el legitimario no ha sido llamado por la razón de que siendo una sucesión de naturaleza troncal, atendiendo al origen de los bienes, el destino de los mismos se ha orientado hacia el linaje contrario de donde proceden. Esta misma idea se observa en el Proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña de 1896, que afirma en su artículo 102: Si al impúber sobrevivieren ascendientes de línea distinta de la a que pertenezcan los bienes sujetos a la sucesión troncal regulada en el artículo anterior, conservarán su derecho a la legítima sobre dichos bienes. si no la tuvieran previamente renunciada en capitulaciones matrimoniales” (95).

Con posterioridad puede verse el mismo sentido de la legítima en esta sucesión intestada especial en el artículo 351 del Apéndice de 1930; en el artículo 364 (regla 2.^a) del Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial para Cataluña y también en el artículo 485 del Proyecto de Compilación de 1959; éste último artículo afirma que “los ascendientes de una línea tendrán derecho a su legítima sobre los bienes del impúber procedentes de la otra línea”.

Como se ha podido comprobar, en todos los textos legales que se han citado, a partir de la Constitución catalana de Pedro III, aparece la misma idea de que si bien los bienes de abolengo o raíces o del tronco vuelven al tronco, sin embargo, los ascendientes del impúber de aquella otra línea que no era la troncal, recibía un “quantum” que en los textos siempre se le llama “legítima”. Hay una razón de equilibrio por de pronto. La troncalidad no excluye en forma automática la sucesión intestada de los ascendientes de la otra línea del impúber causante. Hay una legítima que corresponderá a la madre respecto de los bienes de procedencia paterna y contrariamente, al padre sobre los bienes de procedencia materna que han quedado en la sucesión del hijo impúber muerto sin sustitución pupilar eficaz. En defecto de padre o de madre, este derecho corresponderá a los otros ascendientes guardando el orden de la sucesión intestada.

La regla segunda del vigente artículo 251 de la Compilación recoge, esta tradición del derecho autóctono catalán. No deja, sin embargo, de interesar el que en una manifestación de sucesión abintestato se hable de “legítima”, siendo así que habitualmente entendemos que la legítima es un freno a la libertad de disposición “causa mortis”.

(95) El art. 101 de este Proyecto de 1896 decía: «De la sucesión irregular del impúber: En cuanto a los bienes adquiridos directamente del padre, madre u otros parientes de las líneas parterna o materna hasta el cuarto grado, son llamados a la sucesión de los que fallezcan en la impubertad sin sustituto eficazmente nombrado los más próximos parientes del impúber que lo sean dentro del referido 4.º grado en la línea de que los bienes procedan...».

Algo debió intuir Borrell i Soler (96) cuando advertía que no era demasiado fundado hablar de legítima, pues no era lógico tal cosa ni por ley, ni de acuerdo con las formas de deferirse la sucesión ya que tratándose de una sucesión intestada no hay sucesión forzosa, no siendo razonable que la ley se limite a ella misma en previsión de abusos, tanto más —decía— cuando la forzosa se considera como una parte de la herencia que se defiere a los legitimarios como a herederos abintestato.

Por ello habría que estimar que se trata de una excepción o limitación en favor de los ascendientes de la otra rama. Más recientemente Puig Brutau (97) al hablar de la legítima nos dice que no hay una legítima, sino un sistema de legítimas; o si se prefiere una función práctica de la legítima ordenada a un determinado fin. Esta funcionalidad de la legítima, ligada a su intangibilidad, hace que cumpla un especial cometido en esta sucesión real o troncal del causante impúber y que es el favorecer a aquellos legitimarios de la otra línea a la que no van a parar los bienes de origen. Se trata de no quedar desamparados a quienes no han sido llamados en los bienes troncales como herederos (98). Hay una atribución legal de un “quantum” igual a la legítima y que han de satisfacer los ascendientes de la línea tronquera. Por ello no creo que se pueda hablar de contradicción entre sucesión intestada y legítima de estos ascendientes; la contradicción es tan sólo aparente y en todo caso su justificación evidente. La troncalidad respeta la legítima, acaso porque funciona contemplando la sucesión no tanto desde el causante como desde el legitimario. Detracción de rancio abolengo en el Derecho de Cataluña a la que hay que aplicar lo dispuesto en el artículo 122 de la Compilación (99). En cualquier caso, esta llamada “legítima” no nos parece que sea una reserva en el sentido técnico de esta figura jurídica, al menos como se concibe en el artículo 811 del Código civil. Habría que acudir a llamarla “reserva de impúberes” muy propia del Derecho civil de Cataluña, como la llama Roca Sastre, modalidad del derecho propio que encierra una figura de troncalidad, si bien algo debilitada.

Al pago de esta “legítima” quedarán afectos con carga real los bienes de la herencia de que se trate de acuerdo con lo establecido

(96) Cfr. BORRELL Y SOLER, *Dret civil vigen...* op. cit., en pág. 492 y nota 16 en esta página, con abundante citas bibliográficas de VIVES, II, 319; BROCA Y AMELL, II, 290; COLL i RODES, XVI, 330 (op. cit. año 1910) y otros.

(97) Cfr. PUIG BRUTAU *Fundamentos...* ya cit., T. V -3.º, en pág. 8 y ss.

(98) En este sentido puede consultarse la opinión de COLL i RODES, op. cit. año 1910, en pág. 421.

(99) Con acierto ha dicho la sentencia de 5 de abril de 1962 (Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona) que la posibilidad de detraer esta legítima, recogida en la vigente Compilación, refleja el verdadero contenido de esta institución catalana, cuya cuota no es una «pars hereditatis» ni una «pars bonorum» sino una «pars valoris bonorum». En este sentido hay que hacer constar la ratificación de ROCA SASTRE, en interesante comentario a esta Sentencia en la «Revista Jurídica de Cataluña», año 1963, págs. 413 y ss.

en el artículo 137 y 140 de la Compilación, en relación con el artículo 15 de la Ley Hipotecaria y los artículos 85 a 90 de su Reglamento.

Interesa saber si esos "ascendientes de la otra línea" a que se refiere la regla segunda del artículo 251, tienen derecho a tal detracción en todo caso, es decir, incluso cuando hayan recibido bienes por razón de troncalidad, o tan sólo en el caso de que no hayan percibido nada. Por su parte COLL i RODES (100), al tratar del caso, parece que se inclina, aunque no expresamente, por la segunda posición. Sin embargo, de acuerdo con la función que nosotros hemos asignado a esta llamada "reserva de impúberes", entendemos que los legitimarios tendrán derecho a obtener un "valor" en la sucesión del causante impúber, tanto si han recibido bienes como si no hubieren recibido nada, o cuando hayan recibido bienes, pero no en cantidad suficiente para cubrir lo que por legítima les corresponde. En este último caso podrán pedir el suplemento de legítima (101).

Precisamente porque estamos ante una forma de legítima y no de reserva "strictu sensu" es por lo que aquella no queda gravada. En este sentido dice ROCA SASTRE (102) que en el artículo 251 de la Compilación no se regula una reserva del artículo 811 del Código civil, sino una sucesión especial, con sus naturales repercusiones en materia de legítima. Si fuera una reserva, la legítima quedaría sujeta al gravamen de la reserva, lo que no ocurre al ser distinto su presupuesto.

Digamos por último que esta legítima constituye una excepción al principio general establecido por el artículo 145 de la Compilación que establece la nulidad a la renuncia de la legítima no deferida, así como a todo pacto o contrato de transacción o de otra índole sobre ella. Y en tal sentido, el citado precepto sienta como excepción, permitir "el pacto de sobrevivencia celebrado entre consortes en capitulaciones matrimoniales, por el cual el que de ellos sobreviva renuncia a la legítima que pudiera corresponderle, según lo previsto en la regla segunda del artículo 251". Se trata del llamado "pacto de sobrevivencia", introducido en el derecho tradicional de Cataluña por la costumbre y en cuya virtud los esposos renunciaban de un modo general a los derechos de sucesión en los bienes procedentes de los hijos, incluyendo lo que por legítima les pudiera corresponder en la sucesión intestada de algún hijo impúber. De esta manera, si fallecía un impúber al que había premuerto su padre, por ejemplo, y del que había heredado bienes, el supérstite recibía la cantidad que se había

(100) Cfr. COLL i RODES; op. cit., ep. núm. 47, año 1910.

(101) En cuanto a los bienes propios del impúber, sostiene COLL (op. cit., 1910, ep. 47) que no hay legítima, ni tampoco en los bienes de procedencia extraña y sí sólo en los bienes troncales. Cabría sostener, sin embargo, lo contrario, ya que en este supuesto excepcional se rompe la unidad de la herencia en el sentido romano y estamos, por tanto, ante dos masas patrimoniales y por ello, también, ante dos delaciones hereditarias.

(102) En tal sentido ver ROCA SASTRE, comentario ya citado en la «Revista Jurídica de Cataluña», año 1963.

establecido y de esta forma el patrimonio troncal no sufría desmembración de ninguna especie. Se conservaba la "casa". Estamos, como diría Lacruz Berdejo, ante un derecho consuetudinario y paccionado de muy alto valor humano, que responde con maravillosa exactitud a las necesidades del tipo de familia rural y estable en cuyo seno nace (103). Por esto, justamente, se ha conservado en la vigente Compilación como se ha mantenido la sustitución pupilar o el derecho troncal, porque en todas estas instituciones late el espíritu de solidaridad familiar que a todo trance quiere conseguir esa finalidad tan querida por el Derecho civil de Cataluña: evitar los efectos dispersivos de la sucesión intestada.

(103) LACRUZ-BERDEJO, en «Estudios de Derecho Civil», pág. 27. Ver COLL, en op. cit., 10, cit. con citas de FONTANELLA Y CÁNCER en apoyo de este pacto de sobrevivencia.