

La sustitución vulgar con *condicio* incompleta

(Historia del art. 774 del Código civil y del art. 167 del Codi de Successions catalán a la luz de la tradición romanística)

1. EL PROBLEMA: LA INTERPRETACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR CON UNA *CONDICIO SUBSTITUTIONIS* INCOMPLETA

I. El día 21 de febrero de 1952 la Sra. María R. i P. otorgó testamento notarial abierto en el que, entre otras disposiciones, instituyó heredero a su marido con la prevención de que:

«... *si premuere, lo sustituye y en su lugar instituye a su hijo José C. i R., también a su libre disposición.*»

Al morir la testadora, el 9 de febrero de 1984, su esposo repudió la herencia deferida y surgió entonces una controversia acerca de si, en tal caso, debía operar la sustitución vulgar ordenada en el testamento. La interpretación de la voluntad testamentaria no se presentaba sencilla: por un lado, el tenor literal de la cláusula parecía excluir la delación de la herencia al sustituto, ya que en la *condicio substitutionis*¹ sólo se previó el caso de premoriencia del sustituido, no el de repudio; pero, por otro lado, no resultaba descabellado pensar que la testadora quizás mencionó el caso de premoriencia a título meramente ejemplificativo, queriendo en realidad que la sustitución operase siempre que el instituido no pudiera o no quisiera suceder.

¹ En el contexto de la sustitución vulgar la expresión *condicio substitutionis* se utiliza en la tradición romanística para indicar la circunstancia que determina la vocación del sustituto vulgar a la herencia; la expresión proviene de que los términos usualmente elegidos para ordenar una sustitución vulgar consisten en añadir a la designación del sustituto una frase subordinada condi-

Esta última fue la solución sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Resolución que puso fin al litigio (Sentencia 3/1996, de 29 de enero –RJ 1996/6248– de la que fue ponente el Dr. Lluís Puig i Ferriol). El Tribunal aplicó el Derecho catalán vigente a la sazón (art. 155 de la Compilación), que recogía un principio de la tradición romanística medieval. Así lo indica la propia Sentencia en su FJ tercero:

«El precepto tiene sus orígenes en el derecho romano, en el que, y según la disposición que se halla en el Código 6.24.3 el alcance de la sustitución vulgar es una *quaestio voluntatis*² en el sentido de que se puede hacer extensiva la sustitución vulgar no sólo al caso que previno el testador de modo explícito, sino también en los otros que se pueden considerar incluidos porque el testador los tuvo presentes de modo implícito, puesto que el testador quería, esencialmente nombrar un sustituto para el caso de que el instituido en lugar preferente no llegase a suceder y en el pensamiento del testador tiene una trascendencia más bien secundaria el hecho de que el instituido en lugar preferente no quiera o no pueda ser heredero [...] con esta presunción legal se aumenta el ámbito de eficacia de la sustitución vulgar, en estricta

cional («si el instituido no llega a ser heredero», «si el instituido me premuere», etc.). Esto no implica, sin embargo, que la sustitución vulgar sea equiparable, a todos los efectos, con una institución condicional, ya que, en la mayor parte de Derechos, existen determinados efectos que son particulares de las instituciones *sub condicione* y que no se aplican a las sustituciones vulgares y viceversa. En relación con el Derecho español del Código civil de 1889, *vid.* por todos ROCA SASTRE, R. M., notas a KIPP, TH., *Derecho de sucesiones; traducción de la 8.ª, revisión alemana*, vol. 1, § 48 (p. 279), VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS., *Panorama de Derecho sucesorio*, vol. 2, Perspectiva dinámica, Madrid, 1984, § 181 y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones*, tomo 1, Barcelona, 1989, p. 382.

² C.6,24,3 es un rescripto de Alejandro Severo (año 223 d.C.) que no se refiere al caso de la interpretación de una *condicio substitutionis* incompleta. Un testador instituyó heredero a Juliano, a quien llama liberto, ordenando que «*si ex aliqua causa primus hereditatem meam adire noluerit vel non potuerit*», entonces sucediese como sustituto vulgar un militar llamado Vital. Las palabras de la *condicio substitutionis* son unívocas y no plantean problemas. Las dudas surgen a raíz de que, al morir el testador, Juliano no era libre, sino que era esclavo, propiedad por mitades del testador y de un tal Zoilo. Ello hace surgir la cuestión de quién tiene un derecho preferente a suceder: los amos de Juliano o el sustituto vulgar. El emperador dictamina que se trata de una *quaestio voluntatis*: si se interpreta que el testador quiso que Juliano fuese heredero, tanto si adquiriría para sí como si adquiriría para su amo, entonces heredará el amo de Juliano; por el contrario, si se concluye que el testador sólo quiso que sucediese Juliano si era libre y, por lo tanto, podía adquirir para sí, entonces se deferirá la herencia al sustituto vulgar. Sobre este texto, *vid.* VOGLI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. 2, Milán, 1963 (2.ª ed.), p. 860, n. 7.

La Sentencia elige este texto, posiblemente, porque lo encuentra referido en BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2.ª ed., Milán, 1955, (§ 98) p. 247 (existe traducción castellana, de M. FAIRÉN, publicada en Barcelona en 1960). Consideramos, sin embargo, que quizás no sea el texto más significativo que puede encontrarse en el *Corpus* justinianeo relativo al problema de las *condiciones substitutionis* incompletas, ya que, al margen de ocuparse de un caso distinto, se refiere al testamento de un militar que, como es sabido, se regía por unos principios propios en los que la ejecución de la voluntad testamentaria primaba sobre cualquier otra consideración (cfr. D.29,1,1pr Ulp. 45 ad ed.).

concordancia con su finalidad, es decir, evitar que se abra la sucesión intestada, conforme al principio fundamental del favor testamenti, muy arraigado en Cataluña.»

La aplicación del Derecho vigente hoy en día en Cataluña habría llevado a una idéntica solución, ya que el vigente art. 167 C.S.³ también incluye la presunción del art. 155, de la Compilación⁴.

II. Algunos años antes de que la referida señora María R. P. testase, concretamente el día 14 de agosto de 1925, don Manuel P. P., de vecindad civil común, otorgó un testamento hológrafo en el que instituía heredero a su hermano, José P. P. bajo determinadas condiciones, precisando que:

«Caso que no esté conforme mi hermano José P. P. con las condiciones que le impongo, deberá hacerse inmediatamente una liquidación del negocio y entregar a mi esposa el importe total, así como todos mis bienes sin limitación alguna.»

El testador falleció el 14 de agosto de 1949, habiéndole premuerto el instituido el 24 de enero de 1935. Surge, por lo tanto, la cuestión de si debe operar la sustitución vulgar ordenada a favor de la esposa del causante para el caso de que el instituido repudiase. Se trata, en esencia, del mismo caso que hemos visto en el apartado anterior (una sustitución vulgar ordenada para un solo supuesto), pero la solución propugnada por el Tribunal Supremo es la contraria: en la Sentencia de 28 de septiembre de 1956 (RJ 1956/3161), de la que fue ponente don Manrique Mariscal de Gante y de Gante, el Tribunal Supremo decidió que la sustitución vulgar no debía operar porque, a su entender, el art. 774 C.c.⁵ prohibía extender la eficacia de la sustitución vulgar ordenada para un caso concreto más allá del tenor literal de la cláusula. En el considerando 5.^o se nos dice:

«... las razones determinantes de la Resolución de 16 de enero de 1916, que da al párrafo segundo del artículo 774 la interpretación restrictiva que esta Sala, conforme con el Tribunal Sentenciador preconiza, ha omitido —y acaso sea lo más interesante de la resolución— que la presunción de que el testador que prevé un caso no quiere hacer extensiva su previsión a los demás

³ Art. 167 C.S. *El testador pot instituir un hereu ulterior o segon, per al cas en que el primer o l'anterior instituït no arribi a ésser-ho perquè no vulgui o perquè no pugui.*

Llevat que semblí que és una altra la voluntat del testador, la substitució vulgar ordenada per a un dels casos esmentats val per a l'altre, i l'ordenada per al cas de premoriència de l'hereu instituït es fa extensiva a tots els altres casos, incloent-hi el d'institució sota condició suspensiva quan l'instituït mor abans de complir-se la condició, quan la condició resta incomplida o quan no arriba a néixer l'instituït que ja es trobava concebut, o quan l'instituït ha estat declarat absent.

⁴ Sobre este punto, *vid. infra* epígrafe 4.

⁵ Art. 774 C.c. *Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.*

que hipotéticamente puedan darse, no es una presunción caprichosa o 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 tenga un valor decisivo para que lógicamente pueda asimilarse una situación prevista a otra que con mucha posibilidad no quiso en manera alguna preverse.»

Según la argumentación esgrimida en estas dos Sentencias, la clave de la disparidad no está en los hechos que se enjuician que, resultan aparentemente⁶ análogos, sino en las diversas interpretaciones que imponen los dos cuerpos normativos que resultan aplicables: en el primer caso, el Derecho catalán considera que debe presumirse, salvo prueba o conjetura⁷ en contrario, que cuando el testador ordenó una sustitución vulgar mencionando sólo el caso de premoriencia, el de imposibilidad (*impotentia*) o el de falta de voluntad (*noluntas*)⁸, quiso que operase en cualquiera; en el segundo caso, el art. 774 C.c. se inter-

⁶ De todos modos, *vid. infra*. epígrafe 5v (conclusiones).

⁷ El sentido de los términos «conjetura» (lat. *coniectura*) y «presunción» (lat. *praesumptio*) varía mucho de época a época y de autor a autor. Uno de los clásicos de la materia, F. MANTICA, en su *Tractatus de coniecturis ultimorum voluntatum* (Venecia, 1587, lib. 1, tít. 1 §§ 3 ss y tít. 2, §§ 1 ss.) equipara completamente ambos términos, mientras que, por el contrario, una buena parte de la doctrina pandectística (p. ej., HEDEMANN, J. W. *Las presunciones en Derecho*, Madrid, 1931, p. 238) distinguen nítidamente entre la regla interpretativa («*Auslegungsregel*»), que sería una norma imperativa que quedaría inaplicable frente a la existencia [sic] de una voluntad contraria del testador, y la «presunción» (*Vermutung*), que sería un instituto procesal cuya eficacia sería imponer la carga de la prueba a una de las partes en litigio.

En el presente artículo, nosotros denominamos «presunción (legal)» a lo que MANTICA (*op. cit.*, lib. 1, tít. 2, §§ 1 ss.) designaba como *coniectura legis*, esto es, la conjetura que ha sido creada o aprobada por la ley. Serán presunciones legales, por lo tanto, las normas del art. 155 de la Compilación de Cataluña y del art. 167 del Codi de Successions, y también lo será (desde el punto de vista de la glosa y de BARTOLO) la regla que ellos inducen de las fuentes romano-justinianas. Este uso del término «presunción (legal)» es usual, hoy en día, en la jurisprudencia (cfr. STSJ 3/1996 de 29 de enero, transcrita *supra*) y en la doctrina (cfr. por todos ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, tomo 1, vol. 2, 11.ª ed., Barcelona, 1991, § 100, p. 383). El uso del término «presunción» no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido que le daba HEDEMANN (*loc. cit.*), esto es, que imponga la carga de la prueba a uno de los pretendientes a la sucesión en liza, sino que se trata simplemente de una conjetura de la voluntad que ha sido elevada por el legislador a un rango preferente, de modo que sólo se inaplica si del testamento puede inducirse (aunque sea por vía de conjetura) que el testador quiso otra cosa.

Así pues, reservamos el término «conjetura» para referirnos a lo que MANTICA (*op. cit. ibidem*) denomina *coniectura hominis*, que es «... *quae in iure non est expressa sed iudici committitur ut inspiciat quid sibi videatur et an aliquam fidem faciat*». En este sentido, la voluntad conjeturada es aquella que, sin aparecer clara en el testamento, puede verosímelmente desprenderse de las palabras elegidas, del contexto social y cultural del testador, etc.

⁸ El antiguo art. 155 de la Compilación se refería expresamente sólo al caso de premoriencia, mientras que vigente art. 167 C.S. se refiere, además, a los de imposibilidad y falta de voluntad. De todas formas, muchas voces consideraron siempre que, por analogía, el art. 155 establecía la regla general de que, si un testador ordenaba una la sustitución vulgar ordenada para un supuesto concreto, debía presumirse que la mención había sido hecha *ad exemplum*. *Vid.* CALATAYUD SIERRA, A., *Comentarios al Código de Sucesiones*, vol. 1, Barcelona, 1994, p. 662 s.

preta en el sentido contrario, esto es, que cuando el testador menciona expresamente un caso en el que debe operar la sustitución vulgar, ésta debe presumirse ordenada exclusivamente para ese caso, y sólo si resulta patente la voluntad contraria del testador podrá extenderse a otros supuestos distintos del específicamente mencionado.

A la vista de esta disparidad de criterios, surge de inmediato la cuestión de ¿por qué existen dos presunciones de la voluntad completamente opuestas para una misma disposición del testador? y, en cualquier caso, ¿cuál de las dos presunciones resulta preferible? La clave para responder a ambas cuestiones se encuentra en el contexto histórico en el que nacieron las normas que se aplican.

2. EL DERECHO ROMANO Y LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA

I. A juzgar por los testimonios recogidos en las fuentes, los juristas romanos no creyeron necesario fijar una interpretación estándar de las *condiciones substitutionis* en las que sólo se mencionase un caso de vacancia de la cuota del sustituido, sino que consideraron que esta cuestión era un problema más de interpretación del testamento, que debía resolverse caso por caso.

En la resolución casuística, el principal criterio para determinar qué interpretación resultaba preferible era el de intentar establecer la voluntad presumible del testador teniendo en cuenta el contexto y la finalidad de la disposición. Si el jurista consideraba que el testador quiso ceñir la eficacia de la sustitución a los casos expresamente anunciados, propugnaba una interpretación literal de las palabras testamentarias, mientras que si opinaba que el testador había mencionado expresamente un caso sólo por ser el más habitual o el más previsible, sin descartar, sin embargo, otros análogos, el exegeta no dudaba en defender una interpretación que se apartase (o incluso contradijese abiertamente) el sentido literal de las palabras utilizadas⁹.

⁹ En el caso que nos ocupa, la voluntad presumible del testador es el criterio exegetico preponderante, pero este hecho no es algo ubicuo en la jurisprudencia romana. En ocasiones, determinados juristas sostienen interpretaciones literales que van evidentemente en contra de la voluntad del testador, generalmente con el fin de defender algunos valores que consideran superiores (p. ej. el *favor libertatis* en muchos textos de época imperial, como D.40,4,5 Pomp. 3 ad Sab. o D.40,5,50 Marcianus 7 inst.). En otros casos, los juristas propugnan interpretaciones estereotipadas que han sido elevadas a la categoría de regla y que impiden (o dificultan enormemente) una auténtica investigación de la voluntad del testador. Así sucede, por ejemplo, en la solución al acrecimiento entre coherederos o colegatarios instituidos conjuntamente (*vid.* entre otros muchos, D.28,5,13 Ulp. 7 ad Sab. y D.28,5,17,1 Ulp. 7 ad Sab.). En casos como éste, quizás sea incluso excesivo hablar de interpretación del testamento, ya que las soluciones propugnadas se buscan completamente al margen de la voluntad del testador.

Sobre la interpretación del testamento en Derecho romano, *vid.* la monografía clásica de WIELING, H. J., *Testamentauslegung im römischen Recht*, Múnich, 1972, p. 247 ss. Debe tenerse en cuenta, con todo, que este libro fue escrito en unos años en los se hizo habitual enfatizar desmesuradamente la influencia del razonamiento tópico en la actividad de los juristas romanos, algo

Esto no obstante, en las exégesis de los juristas romanos hay una clara tendencia a primar la eficacia de la sustitución por encima del tenor literal de las palabras utilizadas por el testador. Si se analizan los fragmentos recogidos en el *Corpus* justiniano sobre este punto, se observa que aquellos textos en los que se propugna una interpretación de la voluntad del testador favorable a la operatividad de la sustitución (D.28,2,29,1 Scaev. 6 quaest.¹⁰; D.28,2,29,5 Scaev. 6 quaest.; D.36,1,23(22)pr Ulp. 5 disp. y C.6,25,3) son mucho más abundantes que aquellos en los que se prefiere estar a la literalidad de los casos expresamente mencionados por el testador (D.28,10,2 Pomp.1 Sab., D.28,6,21 Ulp. 41 ad ed.). Esto se debe a que los juristas tomaban en consideración un principio de *favor substitutionis* que, en caso de duda, inclinaba las exégesis hacia la eficacia de la sustitución. Este principio no opera como una regla fija, que imponga una interpretación estandarizada de las *condiciones substitutionis*, sino que simplemente prima una de las posibilidades exegéticas frente a las demás, por encima incluso de la interpretación que cuenta con el respaldo de la literalidad de los términos del testamento.

La razón de ser del *favor substitutionis* debe buscarse en el hecho de que, al no existir en Derecho Romano clásico la cláusula codicilar tácita¹¹, la ineficacia de la sustitución vulgar frecuentemente acarrea la de todo el testamento. Y aunque no fuese así (p. ej., porque había otros herederos instituidos, o porque el sustituto vulgar había sido designado en un legado o en un fideicomiso), la ineficacia de la sustitución vulgar implicaba la caducidad de la disposición y la adquisición de su objeto por parte del fisco¹². En este contexto era legítimo presumir una voluntad del testador favorable a la eficacia de la sustitución vulgar, incluso en aquellos casos no mencionados expresamente en la *condicio substitutionis*. De ahí que los juristas romanos tendiesen a interpretar la condición de

que en los últimos tiempos ha sido objeto de importantes matizaciones. Además, en el libro de WIELING no se analizan casi ninguno de los textos en los que se plantea el problema que nos ocupa.

¹⁰ En este texto de Cervidio Escévola, después de exponer la fórmula de Aquilio Galo para la institución de póstumos, se nos dice «*Quidam recte admitendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit*». Según Cervidio Escévola y los demás juristas a los que sigue, valdría la institución de un póstumo aquiliano aunque el testador no hiciera referencia expresa a la premoriencia de su hijo. No se trata, por lo tanto, de un caso de sustitución vulgar *stricto sensu*, pero se sigue el principio de mantener la eficacia de la disposición del testador completando su tenor literal. Sobre los póstumos aquilianos, vid. VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. 1, Milán, 1967 (2.ª ed), p. 401 ss. y, las obras que siguen el paradigma interpolacionista de LA PIRA, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Florencia, 1930, p. 73 ss. y de ROBBE, U., *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milán, 1937, p. 66 ss.

¹¹ Vid. por todos VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. 2, cit. (2.ª ed.), p. 585 ss.

¹² La caducidad originariamente sólo implicaba la adquisición del fisco en algunas ocasiones, pero, a raíz de una constitución de Caracalla (Ulp.17,2), todas las disposiciones testamentarias caducadas correspondían al fisco. Sobre este punto, vid. PÉREZ SIMEÓN, M., *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano*, Madrid, 2001, p. 84 ss.

la sustitución vulgar de modo que resultase eficaz, siempre que no tuviese graves razones para creer que el testador habría querido lo contrario.

II. El casuismo que impera en esta materia en el Derecho romano clásico no se ajusta a la mentalidad de los juristas del medievo, que buscan en las fuentes una regla exegética clara, que elevada a la categoría de presunción de la voluntad testamentaria, sólo pueda inaplicarse en caso de que sea posible inferir que la voluntad del testador concreto era distinta.

Para destilar esa regla de las fuentes, la tradición romanística hizo un esfuerzo por conciliar los diversos testimonios del *Corpus* justiniano. Desde la glosa¹³ y Bártolo¹⁴ la solución más ampliamente aceptada consistió en elevar el principio del *favor substitutionis* a la categoría de regla interpretativa general, permitiendo excepciones en aquellos casos en los que se pudiese constatar¹⁵, aunque fuese por mera conjetura, una voluntad del testador contraria a la operatividad de la sustitución¹⁶.

Es importante destacar que la presunción contenida en la regla interpretativa podía dejarse sin efecto no sólo con la prueba de que el testador concreto no había querido que la sustitución operase más allá de los casos que enunció, sino también mediante la mera conjetura de la voluntad del testador inducida de los términos elegidos para ordenar la sucesión o de su contexto. En palabras de Mantica¹⁷:

«... iuris praesumptio facile tollitur per coniecturas [...] Et ideo standum est coniecturis proximioribus et verisimilioribus et potentioribus [...] nam licet praesumptiones iuris dicantur liquidae et manifestae probationes, tamen quia habent se ad esse et non esse, et ad possibile, non autem necesse, ideo eliduntur per praesumptiones magis certas.»

Los defensores de que el *Corpus Iuris* presume que los casos citados por el testador fueron referidos sólo a título de ejemplo apoyan su opinión en una serie de textos en los que se expone una solución favorable a la interpretación extensiva de la *condicio substitutionis* (en esencia, D.28,2,29,5 Scaev. 6

¹³ Vid. CHIODI, G., *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milán, 1997, pp. 500 ss. Chiodi (p. 514) sostiene que fueron los glosadores del s. XII los que por primera vez generalizaron la interpretación extensiva de cláusulas testamentarias, argumentando para ello la similitud entre el caso expresado y el que se deduce por interpretación. Esto no obstante, no propusieron esta interpretación extensiva a casos que no estuvieran expresamente mencionados en textos del *Corpus* justiniano.

¹⁴ Comentario a D.28,6,1 n. 39 (en la edición de Venecia de 1590).

¹⁵ Vid., por ejemplo, GÓMEZ, A., *Variae resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, Madrid, 1768, part. 1, cap. 3 n. 10 y GREGORIO, P., *Syntagma iuris universi atque legum pene omnium gentium in tres partes digestum*, Ginebra, 1623 lib. 42, cap. 12, n. 4.

¹⁶ Uno de los primeros exegetas que propugnó claramente la posibilidad de no extender la eficacia de la sustitución más allá de su tenor literal si se podía determinar que la voluntad del testador era contraria a esta extensión fue Azón, en su esfuerzo por conciliar D.28,2,10 C.6,29,4. Vid. CHIODI, G., *L'interpretazione...* cit., p. 511.

¹⁷ MANTICA, F. *Tractatus...* cit., lib. 2, tít. 17, § 6. Sobre el sentido de los términos *praesumptio* y *coniectura* en este autor, vid. *supra* nota 7.

quaest.; D.36,1,23(22)pr Ulp. 5 disp. y C.6,25,3)¹⁸ y luego concentran su trabajo en detectar las singularidades que concurren en los casos en los que los textos romanos se pronuncian en contra de la eficacia de la sustitución, al efecto de descubrir por qué, en estos supuestos concretos, es legítimo pensar que el testador quiso restringir la eficacia de la sustitución a los eventos que expresamente indicó¹⁹.

De entre estos textos, el más problemático es, sin duda, D.28,2,10 Pomp. 1 Sab. En él se nos dice, de forma general, que la condición «*si vivo me natus fuerit, heres esto*» no abarca al póstumo nacido tras la muerte del testador y, viceversa, que la condición «*si mortuo me natus fuerit, heres esto*» no incluye al nacido entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento del testador²⁰.

Algunos glosadores intentaron resolver el problema forzando el tenor del texto²¹, mientras que otros juristas posteriores²² intentaron solventar la cuestión alegando que se trataría de un caso excepcional, en el que la extensión resulta imposible porque implicaría un cambio en la persona del sustituto (del feto al niño) y una extensión de los efectos de la sustitución en el tiempo, en contra de lo que afirman D.28,6,21 Ulp. 41 ad Ed. y D.28,6,23 Pap. 6 resp.

Existe, sin embargo, otro argumento con un sólido apoyo textual que permite a la mayoría de los exegetas medievales, desde la glosa en adelante, eliminar de raíz el problema de D.28,2,10 Pomp. 1 Sab.: en una constitución compilada en C.6,29,4pr-1 Justiniano se refiere al principio propugnado en el texto de Pomponio y muestra expresamente su deseo de derogar la regulación clásica de la materia, permitiendo la eficacia en todo caso de la institución del nacido con posterioridad al otorgamiento, aunque el testador sólo se haya referido a su nacimiento «*mortuo me*» o «*vivo me*»²³. Desde la perspectiva de un análisis

¹⁸ También suelen esgrimirse otros textos relacionados de forma indirecta con la cuestión, como por ejemplo: C.6,24,2, que es un rescripto de Caracalla (año 212 d.C.) en el que se cita el principio «... *residui commemoratio etiam totum admittit*» y D.28,2,25,1 Pau. 12 resp., un texto en el que una sustitución ordenada a favor de quien se encontraba en el útero de la hija se considera válidamente ordenada para el nieto, si, al otorgarse el testamento, ya hubiese nacido.

¹⁹ Al margen de examinar los textos en los que se interpreta restrictivamente la *condicio* de la sustitución, muchos comentaristas proponen listas de conjeturas típicas que deben excluir la aplicación de la regla presuntiva. V. FUSARIO, por ejemplo, en su *Tractatus de substitutionibus* (Ginebra [*Colonia Allobrogum*], 1675, part. 1, qu. 31, p. 27 ss.), refiere que la extensión no es posible si el testador usó términos como «*et non aliter*», «*et eveniente casu suprascripto*», «*et dicto casu*» o «*tunc et eo caso substituo*».

²⁰ Sobre el genuino sentido de este texto en Derecho Romano clásico, vid. LAMBERTI, F., *Studi sui postumi nella esperienza giuridica romana.*, vol. 2 (*Profili del regime classico*), Milán, 2001, p. 134, n. 109.

²¹ Cfr. CHIODI, G., *L'interpretazione...*, cit., p. 508.

²² Vid., por ejemplo TRENTACINO, A., *De substitutionibus tractatus*, Venecia, 1588, parte 1, cap. 1, n. 25 y ss.

²³ En sentido estricto, la constitución sólo dice que en las sustituciones ordenadas con las expresiones «*si filius vel filia intra decem mensuum spatium post mortem meam fuerint editi, heredes sunt*» o bien «*filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meae nascentur, eredes sunt*» deben considerarse ordenadas tanto para el caso de que el instituido nazca en vida del testador como si nace después de su muerte. Ambos casos son variantes de la institución «*mortuo me*», de modo que cabe interpretar que la constitución de Justiniano no derogó comple-

sis sistemático del *Corpus* justiniano, por lo tanto, el texto de Pomponio refleja una regla clásica derogada y por lo tanto inaplicable²⁴.

El otro texto²⁵ en el que aparece una interpretación literal y restrictiva de la *condicio substitutionis* es en D.28,6,21 Ulp. 41 ad ed.: el testador designó a Seyo sustituto de su hijo en el caso de que éste «*intra decimum annum deceserit*». Esta sustitución es, a la vez, vulgar y pupilar. Ulpiano afirma que si el hijo muere antes de los catorce años pero después de los diez, no operará la sustitución, ya que no puede considerarse ordenada para este caso.

El testador no podía dilatar la eficacia de la sustitución más allá de la pubertad del sustituido, pero sí podía limitarla a un momento anterior a esta fecha límite (p. ej., los diez años; *vid.* D.28,6,43,1 Paul. 9 quaest. y D.28,6,38,1 y 2 Paul. lib. sing. de secundis tabulis). Esta limitación era algo inusual, que implicaba una voluntad consciente del testador de apartarse del contenido normal de la sustitución pupilar. Por ello Ulpiano considera que no cabe interpretar que el testador quiso ordenar una sustitución pupilar normal, con eficacia hasta la pubertad.

Los romanistas que quisieron encontrar en el *Corpus* justiniano una regla favorable a una interpretación extensiva de las *condiciones substitutionis* en las que sólo se hace mención de uno de los casos de vacancia de la cuota del sustituido obviaron fácilmente el obstáculo que les podía representar este texto de Ulpiano alegando que, en el caso concreto, era evidente la voluntad del testador y que por ello no se aplicaba la regla general. Usando palabras de la glosa²⁶: «*specialis permissio derogat tacitae concessioni*».

III. En la era moderna la *communis opinio* propugnada por glosadores y comentaristas tuvo aún numerosos seguidores²⁷, pero, a partir del siglo XVI, se

tamente la regla expuesta en D.28,2,10 (Pomp. 1 Sab.) sino que tan sólo establece que las sustituciones ordenadas con la mención «*mortuo me*» deberán extenderse al caso «*vivo me*» pero no a la inversa. *Vid.*, entre otros, glosa «d» a D.28,2,10 en la edición de Venecia de 1581.

²⁴ Ésta era la solución propugnada por Búlgaro y por Rogerio (*vid.* CHIODI, G., *L'interpretazione...* cit. p. 506 s.) pero, según nos informa el propio Chiodi, del examen de los manuscritos inéditos se desprende que no todos los glosadores conciliaron D.28,2,10 y C.6,29,4 utilizando un criterio cronológico.

²⁵ Algunos autores citan también aquí D.35,1,101pr. (Pap. 8 resp.), pero este texto no se refiere a una interpretación extensiva o restrictiva de una *condicio substitutionis* en la que se hace mención expresa de un caso en el que debe operar, sino que se trata de si una formulación general («si no se casa con Aelio Filippo») engloba siempre todos los casos («si no quiere o no puede casarse con Aelio Filippo») o, en ocasiones, puede interpretarse como restringida sólo a uno («si no quiere casarse con Aelio Filippo»).

²⁶ Glosa a D.28,6,21 en edición de Venecia de 1581.

²⁷ Destacan GÓMEZ, A., *Variae resolutiones...*, cit., part. 1, cap. 3, n. 10; CUYACIO, J., *Commentaria in libros responsorum Aemilii Papiniani a Opera omnia*, vol. 4, Nápoles, 1758, lib. 8, ad D.35,1,101; BUSIO (BUYS), P., *Commentarius in universas Pandectas Domini Iustiniani cum differentiis consuetudinum communium et Germaniae, Galliae, Belgicae singularium itemque iuris canonici*, Deventer, 1656, ad D.28,6,1 n. 3; ZOES, E., *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libros L*, Lovaina, 1718, ad D.28,6 n. 7; ARUM, D. van, *Disputationes ad praecipuas Pandectarum et Codicis leges, Consuetudines Feudales, quattuor Institutionum libros*, Jena, 1620, disp.17, thes. 17 y THOMASIIUS, CH., notas a HUBER, U., *Praelectionum iuris civilis tomus tres secundum Institutiones et Digesta Iustiniani*, Lovaina, 1766, tomo 3, comentario a D.28,6, n. 1.

observa como, entre algunos juristas, toma fuerza la idea contraria: si el testador enunció exclusivamente uno de los supuestos, debe partirse de que sólo quería que la sustitución operase en esa circunstancia; sólo en caso de que pueda constatarse una voluntad contraria a esta presunción debe permitirse extender la eficacia de la sustitución a casos no expresamente mencionados²⁸. También aquí, la constatación de la voluntad del testador no exige su prueba, sino que basta con que pueda inducirse por medio de una conjetura²⁹.

Esta solución tiene su principal fundamento en la idea de que, en toda exégesis, debe partirse de que el autor quiso decir lo que literalmente significan sus palabras y sólo de modo excepcional es posible admitir que utilizó los términos impropriamente, o que eligió determinados términos sólo a modo de ejemplo, sin querer, por lo tanto, excluir a todos los casos que no quedan abarcados en las palabras escogidas. Aunque no todos los juristas que sostienen esta postura pueden adscribirse a una metodología netamente humanista, es indudable, a nuestro juicio, que el papel preponderante de la literalidad del texto y del análisis filológico en la jurisprudencia del *mos gallicus* propicia en gran medida el surgimiento de esta postura exegética alternativa, mucho más vinculada a la literalidad del texto³⁰.

Con todo, la apelación a la literalidad del texto no es suficiente para defender una interpretación restrictiva de la *condicio substitutionis*: los juristas que sostienen esta postura deben justificarla, además, exegéticamente, reinterpretando los textos que servían de fundamento a la *communis opinio*. La técnica usada no es muy distinta de la que observamos en los defensores de la postura contraria: consiste en considerar que la regla general es la contenida en D.28,2,10 Pomp. 1 Sab. y en D.28,6,21 Ulp. 41 ad ed. (en relación a D.28,6,43,1

²⁸ Se adscriben a esta opinión DUARENO, F., *In titulum Digestorum «De vulgari et pupillari substitutione»* a *Opera omnia*, vol. 2, Luca, 1765, cap. 9; CHIFFLET, C., *Tractatus de substitutionibus* a OTTO, EVERHARD *Thesaurus iuris Romani continens rariora meliorum interpretum opuscula in quibus ius Romanum emendatur, explicatur, illustratur*, vol. 5, Leiden, 1729, cap. 11; FACHINEO, A., *Controversiarum iuris libri tredecim*, Colonia, 1678, cap. 61; HARPPRECHT, I., *Operum tomus II commentarios in librum secundum Institutionum Divi Imp. Iustiniani complectens*, Frankfurt, 1657, comentario a I.2,15,1 n. 7; HUBER, U., *Praelectionum iuris civilis tomus tres secundum Institutiones et Digesta Iustiniani*, Lovaina, 1766, tomo 3, comentario a D.28,6, n. 11, AULISIO, D., *Commentariorum iuris civilis de pignoribus et hypothecis, de bonis maternis et materni generis, de officio eius cui mandata est iurisdictio, de edendo, de transactionibus, de vulgari et pupillari substitutione, de mora, de donationibus, de censibus...*, Nápoles, 1720, qu. 9 y FINESTRES, J., *Commentarius academicus De vulgari et pupillari substitutione*, Cervera, 1752, p. 185 ss.

²⁹ Así, por ejemplo, DUARENO (*loc. cit.*) afirma que «... si appareat certa testatoris voluntas dubitandum non est quin ea sit servanda, quo modo expressa [...] Si voluntas non apparet, ego puto, casum, qui expressus est, ad alium casum interpretatione extendendum non esse».

³⁰ Puede incluso sospecharse una influencia del isomorfismo de Port-Royal en los juristas de los siglos XVII y XVIII que defienden esta postura literalista. En este sentido, G. G. LEIBNIZ, en su *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae (Opera omnia*, vol. 4, Ginebra, 1768, § 69), al analizar las técnicas interpretativas que considera más adecuadas, afirma que «*in dubio auctor, nisi alia id probent, presumitur non errare*». Sobre este punto, *vid.* VASOLI, C. «Enciclopedia, pansofía e riforma metodica del diritto nella Nova Methodus di Leibniz», *Quaderni Fiorentini*, vol. 2 (1973) p. 96 ss.

Paul. 9 quaest. y D.28,6,38,1 y 2 Paul. lib. sing. de secundis tabulis), mientras que D.28,2,29,5 Scaev. 6 quaest.³¹, D.36,1,23(22)pr Ulp. 5 disp.³² y C.6,25,3³³ serían casos concretos en los que se pudo constatar que la voluntad del testador era favorable a la extensión³⁴.

IV. En conclusión, pues, los exegetas medievales y modernos se encontraron con textos en los que aparecía una interpretación restrictiva de la *condi-*

³¹ En D.28,2,29,5 Scaev. 6 quaest. se refiere el caso de un nieto póstumo del testador instituido «*si filius meus vivo me morietur...*». La cuestión es si debe operar la institución del póstumo si el hijo, en lugar de morir en vida del testador sufre la interdicción del fuego y el agua o es emancipado. Cervidio Escévola dice que el texto de la Ley Veleya sólo contempla el caso de muerte del hijo, pero que «... *ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint*». Con esta frase, ¿quiso decir Cervidio Escévola que, si el testador había mencionado sólo el supuesto de la muerte del hijo, la institución operaba también en los casos de deportación y emancipación? ¿O bien quiso indicar tan sólo que la Ley Veleya admite por analogía la institución de nietos póstumos bajo la condición de deportación o emancipación del hijo, dejando implícito que el testador debía haber previsto expresamente esos casos en el testamento para que la institución operase en ellos? La primera interpretación es la que sostienen los comentaristas que ven en este texto expresada la regla general favorable a la interpretación extensiva de la *condicio substitutionis*. La segunda es la que sostienen los humanistas que quieren descartar este texto de entre los relevantes en la cuestión que nos ocupa.

Es difícil decantarse por una o por otra interpretación. El verbo *concipio* y el adverbio *tantum* utilizados en la primera pregunta indica que, entre las cuestiones planteadas, se encontraba la de la interpretación de la condición que preveía exclusivamente el caso de la muerte del hijo. Pero la respuesta recogida en el Digesto (*hi enim-admittendi sint*), sin embargo, no resuelve este problema, sino que se centra en si la Ley Veleya admite o no este tipo de institución de nietos póstumos. Es muy posible, por lo tanto, que la parte de la respuesta que nos interesaría a nuestros efectos haya quedado fuera del Digesto y que debamos admitir con los exegetas humanistas que este texto poco o nada nos informa acerca de la interpretación de las cláusulas testamentarias. En este sentido, *vid.* recientemente LAMBERTI, F. *Studi sui postumi...*, cit., p. 174.

³² D.36,1,23(22)pr Ulp. 5 disp. se refiere al problema que tenían las madres divorciadas para dejar su herencia a los hijos nacidos del primer matrimonio, ya que, si los instituían herederos, por efecto de la patria potestad del exmarido, era éste quien acababa adquiriendo la herencia. Para evitar esto, las testadoras solían instituir heredero a un fiduciario, gravándole su adquisición con un fideicomiso universal a favor de los hijos, que era exigible tan pronto como los hijos pudiesen adquirir para sí mismos y no para el padre. Dado que esto sucedía normalmente al morir el padre, los fideicomisos solían ordenarse con la expresión «*post mortem patris*». Por ello, surge el problema de qué ocurría si el hijo era emancipado. La emancipación también extinguía la patria potestad y, por lo tanto, permitía al hijo adquirir la herencia materna para sí mismo, pero ¿hacía exigible la emancipación el fideicomiso ordenado para después de la muerte del padre? Marco Aurelio decidió que sí en un rescripto, «*intellecta matris voluntate, quae quia non crederat patrem eos emancipaturum, distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem, si eum emancipaturum sperasset*». La solución de este rescripto se puede ver también en otros dos fragmentos ulpianos compilados en el Digesto, D.36,2,15 Ulp. 5 disp. y D.32,11,11 Ulp.

³³ C.6,25,3 contiene un rescripto de Caracalla, del año 213 d.C. en el que se refiere el caso de una testadora que instituye herederos a sus hijos bajo la condición suspensiva de que sean emancipados. El padre no los emancipa, pero muere. El Emperador sostiene que, aunque sólo se haya mencionado en el testamento la emancipación, cabe interpretar que la testadora quiso que los instituidos heredasen también si habían salido de la patria potestad a consecuencia de la muerte del padre. Las razones que llevan a Caracalla a esta interpretación, son las que hemos indicado en la nota precedente *mutatis mutandis*. *Vid.* un caso similar en D.32,11,11 Ulp. 2 fideic.

³⁴ Algunos autores citan también la constitución de Justiniano compilada en C.6,25,10(9), aunque este texto trata en realidad de la sustitución pupilar tácita ínsita en la vulgar expresa.

cio substitutionis en la que se mencionaba expresamente sólo un supuesto en el que debía operar la sustitución y también con textos en los que se refería una interpretación extensiva. Los juristas y los emperadores romanos habían resuelto todos estos problemas caso por caso, interpretando la voluntad del testador según las circunstancias concomitantes. Este enfoque del problema no complacía a la mayor parte de los juristas medievales y modernos, que buscaban en las fuentes una regla exegética clara. La única forma de extraer esta anhelada regla de los textos romanos consistía en concordarlos, para lo cual había que elevar uno de los grupos de textos a la categoría de regla general y considerar al resto como excepciones basadas en la voluntad del testador, que se había podido establecer sobre la base de la voluntad claramente expresada en el testamento o de conjeturas verosímiles. Los juristas medievales se decantaron mayoritariamente por tomar como regla la interpretación extensiva de la *condicio substitutio-nis*, pero, desde el siglo XVI en adelante, encontramos un nutrido grupo de exegetas que se decantan por la opinión contraria. El debate seguirá abierto hasta que en los distintos países del continente europeo se codifique el Derecho civil.

3. LA GESTACIÓN DEL ART. 774 C.c.

3.1 El Derecho castellano anterior al C.c.

En el Derecho castellano anterior al Código civil, la norma que se utilizaba como referencia para resolver el problema que nos ocupa era la ley 2 del título 5.^a de la Partida 6.^a. Este texto trata expresamente el problema de la interpretación de la *condicio substitutionis*, sino que tan sólo define la sustitución vulgar y expone sus efectos. Pero en su inciso final se nos dice:

«E aun calladamente se podria fazer tal substitucion, como si el testador nombrasse dos omes por sus herederos, diziendo assi: Que cualquier dellos, nombrandolos, el que fuesse bivo, que aquel fuesse su heredero; estonce dezimos, que si fuessen bivos amos, auran la heredad. E si el uno moriere tan solamente, averla ha el otro que fuere bivo. E estos, porque en tal establecimiento como este se entiende calladamente, que si el uno es muerto, o si fuere bivo, e non quisiere la herencia, el otro entrara en su lugar, e la debe aver toda»³⁵.

El objeto del texto es interpretar la sustitución vulgar recíproca, pero *passim* se dice que una sustitución ordenada con una fórmula que menciona expresamente el caso de premoriencia («*Que cualquier dellos, nombrandolos, el que fuesse bivo, que aquel fuesse su heredero*») no sólo opera en este caso, sino también en el de repudio («*o si fuere bivo e non quisiere la herencia*»). La glosa de Gregorio López confirma que este texto debe interpretarse de acuerdo con la opinión mayoritaria entre los romanistas: «*Adverte etiam, quod substitu-*

³⁵ *Las Siete Partidas del muy noble Rey Don Alfonso el Sabio glosadas por el lic. Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de S.M.*, tomo 3.º, Madrid, 1844, p. 66.

tio vulgaris facta in uno ex istis casibus, noluntatis scilicet, et impotentiae, comprehendit alium...»³⁶.

Tomando como punto de referencia este texto de las Partidas o la exposición de la doctrina romanística contenida en las *Variae resolutiones* de Antonio Gómez³⁷, los autores decimonónicos anteriores al Código civil defendieron la interpretación extensiva de la *condicio substitutionis*, no sin indicar siempre que este punto había sido polémico en la romanística³⁸.

En el proyecto de Código civil de 1851, García Goyena también propuso un art. 630 acorde con esta tradición:

*«Todo testador puede sustituir en los términos del artículo anterior. La sustitución para uno de los dos casos comprende también al otro, a menos que el testador haya declarado lo contrario. La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los dos»*³⁹.

Todos estos antecedentes legislativos, sin embargo, no sirvieron de modelo al Código civil finalmente aprobado en 1889, que contenía en este punto (art. 774) una regulación ambigua y desafortunada, que daría lugar a que las polémicas interpretativas sigan enfrentando a los exegetas.

3.2 El art. 774 C.c. y sus diversas interpretaciones

I. El Código civil español de 1889 regula el problema de la interpretación de la *condicio substitutionis* en el artículo 774, que es el primero de la sección dedicada a las sustituciones:

Art. 774 C.c. Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

La redacción del presente artículo es muy deficiente, tanto en su párrafo segundo, que es el que ahora nos ocupa, como en el primero. Si tomamos al pie

³⁶ *Las Siete Partidas...*, cit., glosa 5 a ley 2, tít. 5.º Part. 6.ª

³⁷ GÓMEZ, A. *Variae resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, Madrid, 1768, part. 1, cap. 3, n. 10. Este texto se toma frecuentemente como punto de referencia porque a él se remite el manual de Instituciones más difundido en la época, el de A. VINNIO [*In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius academicus et forensis*, tomo 1, Venecia, 1747, ad I.2.15pr § 3 (p.399)].

³⁸ *Vid.*, entre otros, SALA, J., *Institutiones Romano-Hispanae ad usum tironum Hispanorum ordinatae*, tomo 1, 4.ª ed. Madrid, 1824, p. 449, y del mismo autor *Ilustración del Derecho Real de España*, 4.ª ed., tomo 1.º, Madrid, 1834, p. 158 s. *Vid.* también ROMERO Y GINZO, J., *Sala novísimo o nueva ilustración del Derecho Real de España*, tomo 1.º, Madrid (sin fecha), p. 306.

Al resolver este problema Las Partidas sólo *passim*, algunos autores del XIX sostiene que este cuerpo normativo no regula el asunto que nos ocupa. *Vid.*, por ejemplo, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo 1.º, Madrid, 1852, p. 80 (ad art. 630).

³⁹ GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias...*, cit., p. 80

de la letra lo que se nos dice en esta norma, deberemos concluir que el Código español sólo propone una presunción legal de la voluntad para la llamada «*sustitución simple y sin expresión de casos*». La expresión «sustitución simple» está tomada de la tradición romanística y se refiere a la sustitución vulgar ordenada con la fórmula genérica, del tipo «si el instituido no llega a ser heredero» (en latín, «*si institutus heres non erit*»). La «sustitución simple», por lo tanto, es lo mismo que la «sustitución sin expresión de casos» y no tiene sentido elucubrar qué pretendió el legislador al distinguir ambos tipos, separándolos con una conjunción copulativa: la desafortunada *exaggeratio a synonymis* es sencillamente el resultado de la impericia redactora del legislador.

Nos dice, pues, el art. 774.2 C.c. que la sustitución simple comprende los casos de premoriencia, repudio e imposibilidad para suceder del sustituido. El Código presume, por lo tanto, que las palabras genéricas usadas por el testador quisieron referirse a todos los casos específicos englobados en el género. Esto no obstante, la presunción de la voluntad testamentaria sólo resulta aplicable «... a menos que el testador haya dispuesto lo contrario». El término «dispuesto» no debe interpretarse en el sentido de que el testador lo haya especificado en el testamento, ya que entonces el art. 774.2 C.c. resulta absurdo: si el testador ha ordenado expresamente que la sustitución se refiera sólo a alguno de los casos, ya no estamos ante una sustitución simple y, por lo tanto, ya no opera la presunción legal del art. 774.2 C.c. Para evitar esta conclusión, el inciso final de esta norma debe interpretarse en el sentido de que la presunción legal no debe operar si se demuestra (o se puede conjeturar verosímilmente) que el testador, a pesar de haber ordenado la sustitución con una fórmula genérica, sólo quiso que ésta operara en determinados casos específicos.

La conclusión a la que nos lleva todo esto es que el art. 774.2 C.c. es completamente superfluo. Si no existiese esta norma, la aplicación de las reglas generales de interpretación contenidas en el art. 3 C.c.⁴⁰ conduciría a la misma conclusión: si el testador usó una expresión genérica, se parte de que quiso englobar todas las especies, salvo que se consiga demostrar que, en ese caso concreto, se quiso referir exclusivamente a determinadas especies dentro del género⁴¹.

⁴⁰ Como es sabido, el tenor actual de este artículo 3 no existía en 1889, cuando se redactó el 774, sino que fue introducido con el Decreto 1836/1974 de 31 de mayo, que reformó el título preliminar del Cc. Esto no obstante, los principios interpretativos de las normas contenidos en este artículo reflejan ideas ampliamente difundidas entre la doctrina contemporánea al Código.

⁴¹ Esto será infrecuente, pero no imposible. En el marco del Derecho Romano hay un caso en D.35,1,101 Pap. 8 resp. La cuestión que se nos plantea es la siguiente: el testador ordenó un fideicomiso que tenía por objeto un predio a favor de su hija impúber Severina Prócula; la eficacia del fideicomiso quedaba sometida a la condición suspensiva de que la fideicomisaria se casase con un pariente suyo llamado Aelio Filippo. La hija fideicomisaria murió antes de la pubertad y se pregunta si se considera cumplida o no la condición. Papiniano responde que sí, ya que testador quiso privar a la hija del fideicomiso si rehusaba aceptar el novio que le proponía, pero no si le resultaba imposible casarse. Esta interpretación resultaba evidente para Papiniano en su contexto cultural y en el marco de la praxis testamentaria de la época: por un lado, el hecho de que el testador dejase el predio a su hija indica que nada tenía que ver este beneficio con las eventuales cargas familiares de su matrimonio, ya que si el testador hubiese querido que el predio sirviese para este fin no lo hubiese dejado en fideicomiso a su hija, sino que habría ordenado a un fiducia-

Si bien *supervacua non nocent*, queda por resolver el principal problema interpretativo de la sustitución vulgar: si el testador mencionó expresamente uno o más casos, ¿se considera tácitamente ordenada la sustitución para los casos no expresados?

II. La mayor parte⁴² de la civilística que se enfrentó al art. 774.2 C.c. en los primeros años posteriores a la promulgación del Código consideró que este artículo, interpretado *a contrario*, rompía con la tradición romanística, imponiendo la presunción legal de que, si el testador mencionaba un caso concreto en la *condicio substitutionis*, la sustitución debía operar exclusivamente en ese caso⁴³.

Esta exégesis fue asumida por la Dirección General de los Registros en una resolución de 25 de enero de 1916 y, bastantes años después, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de septiembre de 1956 (RJ 1956/3161), la única hasta la fecha en la que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la interpretación del art. 774.2 C.c.

Esta línea exegética considera que la solución del Código civil en este punto es la misma que la del ABGB austríaco, con la única diferencia de que, en este último cuerpo normativo, la norma correspondiente no presenta ambigüedad de ningún tipo:

§ 605 ABGB – *Hat der Erblasser aus den bestimmten Fällen, daß der ernante Erbe nicht Erbe sein kann, oder daß er nicht Erbe sein will, nur einen ausgedrückt; so ist der andere Fall ausgeschlossen.* [Si el causante, de entre los casos concretos, de que el heredero instituido no pueda ser heredero o que no quiera ser heredero, ha expresado sólo uno, el otro caso queda excluido.]

La civilística austríaca del siglo XX (véase, por ejemplo, Armin Ehrenzweig⁴⁴ y, más recientemente, Helmut Koziol y Rudolf Welser⁴⁵) ha sido muy

rio la constitución de una dote; por otro lado, Papiniano sabía que cuando los padres romanos ordenaban beneficios testamentarios a favor de sus hijas, bajo la condición de que se casasen con determinada persona, lo hacían con la voluntad de empujarlas a respetar la elección de cónyuge paterna, ya que el Derecho Romano no les permitía imponer por la fuerza un marido determinado.

⁴² No sigue la corriente mayoritaria BURÓN GARCÍA, G., *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del código civil*, Valladolid, 1900, tomo 3.º, p. 7. Burón sostiene que el Código civil no veta la posibilidad de una interpretación extensiva de la *condicio substitutionis*, de acuerdo con la tradición del Derecho común.

También han subrayado que el art. 774 C.c. no impone la interpretación literal de la *condicio substitutionis* algunos tratadistas que, a propósito del art. 155 de la Compilación, han admitido que esta norma no contradice el art. 774 C.c. sino que puede aplicarse como su complemento. *Vid.* FIGA FAURA, L., *Manual de Derecho civil catalán*, Barcelona, 1961, p. 437 y GASSIOT MAGRET, J., *Comentarios a la compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, 2.ª ed., Barcelona, 1980, p. 186.

⁴³ El comentario colectivo de Q. MUCIO SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo 13.º, Madrid, 1897, p. 426 ss.) es uno de los primeros textos importantes, posteriores al Código, en los que se sostiene esta opinión. De esta época se puede consultar también SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, tomo 6.º, vol. 1.º, 2.ª ed. Madrid, 1910, p. 678.

⁴⁴ EHRENZWEIG, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 6.ª ed., tomo 2.º, parte 2.ª (Familien- und Erbrecht), Viena, 1924, § 503.IV (p.422).

⁴⁵ KOZIOL, H. y WELSER, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, tomo 2.º, 8.ª ed., Viena, 1988, p. 337. *Vid.*, también, en el mismo sentido, AICHER, J. *et al.*, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1, Viena, 1990, p. 700.

crítica con el § 605 ABGB, al que suele considerarse poco ajustado a la presumible voluntad del testador. Esta crítica refleja, sin duda, una influencia del Derecho alemán (§ 2097 BGB⁴⁶), que los juristas austríacos consideran, en este punto, más adecuado a las intenciones presumibles en un testador actual.

Esta visión crítica no se encuentra, por el contrario, en la doctrina española de los últimos cincuenta años, que sigue fiel a las interpretaciones clásicas del precepto, aunque con frecuencia intenta suavizar su rigor promoviendo una interpretación amplia del inciso final «... *a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.*» que facilite el cumplimiento de la voluntad del testador cuando se pueda entender que la mención al caso concreto se hizo a modo de ejemplo⁴⁷.

III. Tanto la doctrina como la jurisprudencia fundamentan su interpretación en un argumento lógico⁴⁸: el art. 774.2 C.c. afirma que el género A engloba a las especies a1, a2 y a3; dado que por definición una especie (an) no puede identificarse con el género (A), debe concluirse que una especie no puede incluir a todo el resto de especies⁴⁹.

El problema de este razonamiento está en que la segunda premisa no es verdadera. No lo es, porque, en contra de lo que puede parecer a primera vista, en el uso habitual del lenguaje, no es infrecuente que se mencione una especie para indicar un género, de modo que la identificación de aquella con éste no es un absurdo.

⁴⁶ § 2097 BGB *Ist jemand für den Fall, dass der zunächst berufene Erbe nicht erbe sein kann, oder für den Fall, darr er nicht Erben sein will, als Ersatzerbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass er für beide Fälle eingesetzt ist.*

⁴⁷ Vid. CASTÁN, J., *Derecho civil*, tomo 2.º, Madrid, 1932, p. 512. Vid. también el trabajo clásico de ALBALADEJO, M., *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, p. 22 s. cuyo texto se incorpora y se amplia en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo X, vol. 2.º (arts. 774 a 805 C.c.), Madrid, 1984, p. 12 s. Puede consultarse también VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS., *Panorama...*, cit., vol. 2, § 53 y más recientemente, CASTRO GARCÍA, J. DE, en ALBÁCAR, J. L. (dir.), *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid, 1995, p. 668 s. y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código civil*, vol. 4 (libro III - *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, arts. 609 a 837), Barcelona, 2000, p. 578.

L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*Derecho de sucesiones* cit. tomo 1, p. 388) es ambiguo, y sus palabras «*Hay que creer que estamos ante una quaestio voluntatis o de interpretación de la condicio substitutionis, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso.*» podrían interpretarse en el sentido de que el autor considera que el art. 774 C.c. no impone presunción alguna a la hora de interpretar la *condicio* de la sustitución vulgar.

⁴⁸ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *loc. cit.*: «Según el párrafo 2.º del citado art. 774, esta forma de sustitución comprende las otras tres singulares que se exponen seguidamente, enumeradas en el párrafo primero de aquél, deduciéndose, por consiguiente, por contraposición, que si el testador expresara una ó dos de estas formas singulares, no deben entenderse comprendidas la otra u otras restantes, siempre con la salvedad innecesaria de que el testador haya dispuesto lo contrari.» Vid. también considerando 5.º de la referida STS de 28 de septiembre de 1956 (RJ 1956/3161).

⁴⁹ No puede excluirse, naturalmente, que alguna de las especies sea, a su vez, género de alguna subespecie (de hecho, la primera de las tres especies mencionadas en el art. 774.1 C.c. –la premoriencia– es, en realidad, una subespecie de la tercera –la imposibilidad de suceder–), pero por definición una especie no puede abarcar todas las demás sin convertirse en el género.

Nótese que la premisa falsa en el razonamiento indicado no es la que los exegetas toman del art. 774.2 C.c., sino la que añaden por su cuenta como algo evidente. Si la premisa falsa fuera la contenida en el texto legal, sería mucho más difícil sustraerse a su influencia ya que, aun siendo falsa, sería ley.

De todo lo dicho puede concluirse que del art. 774.2 C.c. no se infiere necesariamente *a contrario* que la *condicio substitutionis* referida por el testador a un caso concreto deba operar tan sólo en este caso específico. El C.c. no impone esta conjetura de la voluntad, ni tampoco la opuesta. Así pues, en contra de lo que ha venido sosteniendo la mayor parte de la doctrina hasta la fecha, consideramos que el C.c. no propugna la interpretación restrictiva de la *conditio substitutionis*, análoga a la del § 605 ABGB. Tampoco presume, como hacen el § 2097 BGB o el art. 167 C.S., la intención del causante favorable a la operatividad de la sustitución. Al igual que el C.c. francés, el C.c. español no prima una conjetura de la voluntad sobre otra, dejando que sea el juez quien, caso por caso, valore cuál fue (o cuál habría sido) la voluntad del testador.

Y esta conclusión no sólo se apoya en la restricción del art. 774.2 C.c. a sus justos términos, sino que también encuentra fundamento en las vicisitudes que llevaron al actual texto legal: el art. 630 del proyecto de Código civil de 1851 (vid. *supra*) contenía una frase idéntica al 774.2 Cc., a excepción tan sólo del inciso final, y, a la vez, sin que estuviera en contradicción con ella, una norma en la que se establecía la interpretación extensiva de la *condicio substitutionis*. Si se sostiene que el art. 774.2 C.c. interpretado a contrario lleva necesariamente a presumir una voluntad contraria a la operatividad de la sustitución vulgar fuera de los casos expresamente mencionados, debe concluirse que el art. 630 del proyecto de García Goyena era contradictorio, cosa que, a nuestro entender, no puede sostenerse.

La eliminación del párrafo que contenía la conjetura de la voluntad en el proyecto de 1851 se hizo sin reemplazarlo por una norma que, al modo del § 605 ABGB, introdujera la conjetura contraria. Con ello se consiguió el cómodo silencio sobre el particular del *Code* francés, que finalmente resultó desvirtuado por una interpretación doctrinal y jurisprudencial del precepto que, a nuestro juicio, fue del todo inadecuada.

4. EL DERECHO CATALÁN

I. En Cataluña, la *communis opinio* medieval fue asumida por Pere Fontanella, el jurista de referencia más importante en la civilística catalana de los siglos XIX y XX. Fontanella no se ocupa de nuestro caso de forma específica, sino que lo trata de paso en sus *Decisiones*,⁵⁰ a propósito de la problemática relativa al fideicomiso en el que se atribuye al fiduciario la facultad de elegir al

⁵⁰ FONTANELLA, P., *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, tomo 2, Lyon, 1618, dec. 590, § 8.

fideicomisario de entre sus hijos, pero muere antes de hacer la elección. Para defender que en este caso debe operar también la sustitución fideicomisaria, Fontanella argumenta alegando la analogía de este problema con el de la sustitución vulgar con condicio incompleta:

«*Bonum exemplum habemus in substitutione vulgari, in qua solum quod dicamus, si haeres non erit, comprehendimus ambos casus, quia noluit vel non potuit [...] usque adeo ut quamvis unus solus sit provisus, extendatur ad alium.*»

Fontanella asume como regla indiscutida que la sustitución vulgar ordenada sólo para el caso de imposibilidad o de falta de voluntad debe interpretarse extensivamente, con lo cual considera a esta presunción como parte integrante del Derecho común vigente en Cataluña⁵¹.

Josep Finestres⁵², por el contrario, sostiene la opinión opuesta, favorable a mantenerse fiel a la literalidad de los términos utilizados por el testador. Para FINESTRES es absurdo extender el caso de impotencia al de voluntad y viceversa, ya que querer y poder son cosas completamente distintas: todos hemos visto que con frecuencia sucede que alguien quiere hacer algo y no puede hacerlo o, al contrario, que puede hacer algo pero no quiere hacerlo. Por lo tanto, según Finestres, resulta absurdo considerar que el verbo querer está implícito en el poder y viceversa.

II. La *communis opinio* medieval, confirmada por la autoridad de Fontanella⁵³, fue asumida como derecho recibido y vigente en Cataluña por los autores más influyentes del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX. La opinión divergente de Finestres pasó completamente desapercibida, cosa que no nos debe extrañar si tenemos en cuenta que la obra finestresiana, demasiado difícil y erudita, hizo poco más en esa época que acumular polvo en los anaqueles de las bibliotecas.

⁵¹ La opinión de J. CANCER sobre el tema que nos ocupa es más difícil de saber. En sus *Variae resolutiones iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathaloniae*, parte 1.º, Barcelona, 1594, cap. 1, § 31 se ocupa *passim* del asunto, defendiendo la posibilidad de interpretación extensiva de las cláusulas testamentarias incompletas: «*Et licet casus omissus habeatur pro omissis [...] et disponens non censeatur voluisse, nisi quod locutus est, [...] quia si voluisset, expressisset [...] id tamen verum est, quando verisimilitudo no percipi potest ex serie aut verbis disponentis, ita ut voluntatem in dispositionem transisse dici possit [...] talis causus, qui ex mente testatoris et coniecturis colligitur ex eo scilicet quod testator expressit non habetur pro omissis.*»

⁵² FINESTRES, J., *Commentarius academicus De vulgari et pupillari substitutione*, Cervera, 1752, p. 185 ss.

⁵³ A diferencia de lo que ocurre con otros problemas, en el caso que nos ocupa no hemos encontrado ningún jurista de los siglos XIX y XX que haga expresa referencia a Fontanella para fundamentar la recepción de la *communis opinio* medieval en el Derecho catalán; ello puede deberse a que el jurista se pronuncia sobre este tema *passim* y en un contexto de la sustitución fideicomisaria. Por ello no podemos asegurar que, en este caso, la opinión de Fontanella haya sido el referente de los juristas catalanes del XIX y del XX.

Duran i Bas hizo mención expresa al problema en su *Memoria*⁵⁴ y se adhirió expresamente a la tesis favorable a la interpretación extensiva, aunque no plasmo esta regla en el texto articulado. Borrell i Soler⁵⁵ citó la regla interpretativa como parte integrante del Derecho Romano recibido en Cataluña, remitiéndose al tratado de Maynz⁵⁶ y en una referencia puntual de Maspons i Anglasesell⁵⁷ en un artículo publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña* de 1912⁵⁸.

Aunque no hay una norma expresa que regule este punto en el Proyecto de apéndice de Derecho catalán al Código civil de 1930 ni en el Anteproyecto de apéndice de las Instituciones del Derecho civil catalán de 1931, la versión oficial del proyecto de Compilación de 1955 contenía un artículo 324 con el siguiente tenor⁵⁹:

⁵⁴ DURAN I BAS, M., *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, p. 192 (reimpreso en MIRAMBELL I ABANCÓ, A. y SALVADOR CODERCH, P. (ed.), *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1995, p. 310 de la reimpressió): «La vulgar y la ejemplar se rigen puramente por las prescripciones del derecho romano; y por tanto en Cataluña son doctrinas inconcusas en cuanto a la primera, que el caso de voluntad comprende el de impotencia y viceversa...». Duran i Bas sólo menciona expresamente los casos de impotencia y de voluntad, sin entrar en qué ocurre si el testador hace referencia a otro evento más concreto (p. ej., indignidad, premoriencia, etc.). Algunos autores (p. ej., GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo 3.º (2.ª ed.), Madrid, 1868, p. 309, que sigue a VINNIO admitían la extensión si el testador había mencionado expresamente el caso de voluntad o de impotencia, pero no si había mencionado un supuesto más concreto.

⁵⁵ BORRELL I SOLER, A. M., *Derecho civil vigente en Cataluña, tomo V – Sucesiones por causa de muerte*, 2.ª ed., Barcelona, 1944, § 450 (p. 95 s.): «[La sustitución vulgar] es una institución subsidiaria en la cual se llama a un heredero para el caso de que falte el primero; es decir, pos si éste no llega a serlo: si heres non erit, lo cual puede suceder en dos hipótesis: que no quiera o que no pueda serlo. Los autores entienden que basta que el testador mencione una de estas hipótesis, para que también se entienda dispuesta la substitución en caso de que se presente la otra, a menos que se demuestres que la voluntad del testador no la extendía al otro caso no expresado».

⁵⁶ MAYNZ, C. *Curso de Derecho Romano*, 2.ª ed., tomo 3.º, Barcelona, 1892, p. 367. Dice este autor: «Cuando el testador se ha expresado de manera general: S. Titius heres non erit, es evidente que ha entendido prever las dos hipótesis, ó, como dicen los comentadores en un lenguaje bárbaro, el casus noluntatis* y el casus impotentiae*. Para el caso de que sólo se exprese una de las dos hipótesis, algunos textos del Digesto parece que nos autorizan para sobreentender igualmente la otra hipótesis, a menos, naturalmente, que las circunstancias hagan suponer una intención contraria del testador».

⁵⁷ Por error, Borrell i Soler atribuye el artículo citado a Coll i Rodés en lugar de a Maspons i Anglasesell.

⁵⁸ MASPONS I ANGLASELL, F., «Consideracions y normas generals referent a la successió voluntària a títol universal», *Revista Jurídica de Catalunya*, 18 (1912), p. 348: «... es de sobres sapigut que la substitució vulgar comprèn en general la crida del sustitut per el cas de no poguer ser hereu –per premoriència o incapacitat– y per al cas de no volguer-ho ser, per no acceptació o abstenció; mes el dret romà estableix que la substitució feta expressament pera [sic] un dels casos comprèn també els altres, o sia que la substitució se entén ordenada de un modo general. Com qu'el Codic deixa aquest punt a les fosques y fa una declaració que se oposa al criteri romà, convé formular explícitament el precepte tradicional acceptat per la majoria dels moderns Codics».

⁵⁹ En MIRAMBELL I ABANCÓ, A. y SALVADOR CODERCH, P. (ed.) *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1995, p. 850.

«Art. 324 *El testador podrá instituir segundo o ulterior heredero por si el primer o anterior instituido no llega a serlo por no poder o no querer.*

Salvo voluntad contraria del testador, la substitución vulgar dispuesta para uno de estos casos valdrá para el otro y la dispuesta para el caso de premoriencia del heredero anteriormente instituido se extenderá a todos los demás casos, incluso a los que el instituido bajo condición suspensiva fallezca antes de cumplirse la condición o que ésta quede incumplida, o que no nazca el instituido que se hallaba concebido o que el instituido se halle declarado ausente.»

Este artículo fue recogido, con notables modificaciones, en el texto final de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, aprobado en 1960⁶⁰. La Comisión de Códigos limitó la referencia legal al caso del testador que mencionó expresamente la premoriencia, indicando que, en este supuesto, la substitución debe operar en todo caso, salvo voluntad contraria del testador. Se deja abierta a la interpretación libre de la voluntad del testador cualquier otro supuesto de *condicio substitutionis* ordenada para un caso concreto (p. ej., repudio, indignidad, etc.). Este mismo tenor se mantiene en el texto refundido de 1984⁶¹.

III. El Código de Sucesiones (Ley 40/1991 de 30 de diciembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya) retomó el tenor del Proyecto de 1955 y volvió a establecer una presunción legal de la voluntad del testador para los tres casos más frecuentes de *condiciones* incompletas en la substitución vulgar:

«Article 167 C.S. *El testador pot instituir un hereu ulterior o segon, per al cas en que el primer o l'anterior instituït no arriba a ésser-ho perquè no vulgui o perquè no pugui.*

Llevat que sembli que és una altra la voluntat del testador, la substitució vulgar ordenada per a un dels casos esmentats val per a l'altre, i l'ordenada per al cas de premoriència de l'hereu instituït es fa extensiva a tots els altres casos, incloent-hi el d'institució sota condició suspensiva quan l'instituït mor abans de complir-se la condició, quan la condició resta incomplida o quan

⁶⁰ Ley estatal 40/1960, del 21 de julio sobre la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña. El art. 155 tenía el siguiente tenor: «La substitución vulgar podrá ser expresa o tácita.

Salvo voluntad contraria del testador, la substitución vulgar dispuesta para el caso de premoriencia del heredero o instituido se extenderá a todos los casos en que éste no pueda o no quiera ser heredero.

Las substituciones pupilar y fideicomisaria implican siempre la vulgar tácita; pero en cuanto a la primera, sólo respecto de los bienes procedentes de la herencia del sustituyente.»

⁶¹ Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Compilació del dret civil de Catalunya. El artículo 155 rezaba:

«La substitució vulgar podrà ésser expresa o tácita.

Salvant voluntat contrària del testador, la substitució vulgar disposada per al cas de premoriència de l'hereu instituït s'estendrà a tots els casos en què aquest no pugui o no vulgui ésser hereu.

Les substitucions pupil·lar i fideïcomissària enclouen sempre la vulgar tácita; però quant a la primera, solament respecte als béns procedents de l'herència del substituent.»

no arriba a néixer l'instituit que ja es trobava concebut, o quan l'instituit ha estat declarat absent.»

La regulación del proyecto de 1955 (y del Codi de Successions), quizás por influencia de Vinnio⁶² y de sus epígonos⁶³, incorpora una regla interpretativa sólo para tres casos: el repudio, la imposibilidad y la premoriencia (que, en realidad, es un subcaso dentro de la imposibilidad). Esto es más que el único caso (premoriencia) que mencionaba la Compilación, pero no queda claro si la regla resulta aplicable también en aquellos casos en los que el testador mencione un caso concreto de impotencia, distinto de la premoriencia (como, por ejemplo, la indignidad) o un caso concreto de falta de voluntad (por ejemplo, el incumplimiento de una condición potestativa).

La doctrina catalana posterior a la Compilación (tanto antes como después del C.S.)⁶⁴ ha tomado como referencia interpretativa en este punto al romanista italiano B. Biondi. En el § 98 de su *Successione testamentaria e donazioni* (2.^a ed., Milán, 1995) BIONDI, recogiendo las ideas de algunos de los principales pandectistas alemanes (Glück, Windscheid y Dernburg), sostiene que el problema de la *condicio substitutionis* incompleta era vista por los juristas romanos como una *quaestio voluntatis* de modo que, aunque solía primarse la eficacia de la sustitución (*favor substitutionis*), podían interpretarse restrictivamente los casos expresamente enunciados por el testador, si se podía inferir del testamento que ésa había sido su voluntad.

Siguiendo a Biondi, se ha interpretado que si el testador menciona expresamente un caso distinto del de voluntad (en general), imposibilidad (en general) o premoriencia (específico), no debe operar la presunción. El caso de premoriencia sería el único específico en el que, a partir de la experiencia, cabe presumir que el causante mencionó el caso sólo *ad exemplum*. En los demás casos en los que el testador expresa un caso específico (p. ej., indignidad, incumplimiento de condición potestativa), al ser algo inhabitual, cabe pensar que el causante reflexionó acerca de qué eventos concretos quería que diesen lugar a

⁶² VINNIO, A., *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius academicus et forensis*, tomo 1, Venecia, 1747, ad I.2,15pr § 3 [p.399].

⁶³ Muchos de los juristas medievales y modernos se ocupan tan sólo del problema de la extensión entre los casos de voluntad y de impotencia, sin mencionar si la extensión también debe operar en caso de que el testador hubiese mencionado un caso más concreto (p. ej., indignidad). Vid. por ejemplo GÓMEZ, A., *Variae resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, Madrid, 1768, part. 1, cap. 3, n. 10 y, entre los jurista catalanes menos antiguos, MASPONS I ANGLASELL, F., «Consideracions...», cit., p. 368.

⁶⁴ La referencia a BIONDI no sólo se limita a la literatura doctrinal (vid. ROCA TRÍAS, E. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., comentario al art. 155 en ALBALADEJO, M. (dir.) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo 28, vol. 2 (arts. 122 a 161 de la compilación de Cataluña), Madrid, 1982, p. 372 ss. y, tras la entrada en vigor del C.S., PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya. vol. II - Dret de successions*, 5.^a ed., Valencia, 1999, p. 272) sino que la argumentación de la Sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de enero de 1996, citada al inicio, reproduce prácticamente a la letra las consideraciones del profesor italiano y, además, fundamenta esas argumentaciones en la misma fuente que éste cita (C.6,24,3).

la sucesión del sustituto. Por lo tanto, podrá establecerse que el testador tenía la voluntad de que la sustitución operase tan sólo en el caso expresamente mencionado, salvo que del contexto se desprendan circunstancias excepcionales que permitan suponer lo contrario.

En resumen, pues, la regulación catalana eleva el principio de *favor substitutionis* a la categoría de presunción de la voluntad del testador pero, al igual que hicieron muchos de los exegetas medievales, sólo lo hace en tres casos: dos genéricos (no querer y no poder) y un específico (premorir). La doctrina⁶⁵ sostiene que, en los demás casos, debe presumirse que el testador sólo quiso que la sustitución operase en el evento expresamente indicado.

Además, la presunción de *favor substitutionis* aplicable a los tres supuestos referidos sólo opera «*Llevat que sembli que és una altra la voluntat del testador...*». En la elección de los términos de esta frase el legislador catalán también se mantiene fiel a la *communis opinio* de la romanística⁶⁶, ya que no habla de «demostrar» la voluntad contraria del causante, sino que basta con que parezca («semblar») que no quiso que la sustitución operase más que en el caso expresamente mencionado. Con ello se flexibiliza la operatividad de la presunción, ya que permite soslayarla en cualquier caso en el que, de las palabras usadas por el testador o del contexto de la disposición pueda desprenderse que el causante quiso limitar la eficacia de la sustitución al caso expresamente mencionado⁶⁷.

El legislador del C.S., por lo tanto, busca establecer un régimen de presunción flexible, que gufe al exegeta pero que no lo encorsete. La utilidad de este régimen frente a uno que se limitase a no regular el tema no es evidente, ya que las presunciones que fácilmente puede dejar inoperantes el exegeta pierden su principal virtud: fijar una regla de interpretación incontrovertida que prevenga litigios.

⁶⁵ Vid. especialmente ROCA TRÍAS, E. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., comentario al art. 155, en ALBALADEJO, M. (dir.) *Comentarios...* cit. tomo 28, vol. 2, p. 372 ss. En esta obra se considera que las sustituciones ordenadas para un supuesto específico distinto de la premoriencia deben reputarse «completas» y, por lo tanto, en principio, debe estarse a su tenor literal. Puede entenderse que sostiene la misma opinión, aunque no lo menciona de forma expresa, MARSAL GUILLAMET, J., en BADOSA, COLL, F. (dir.), *Compendi de Dret civil català*, Barcelona, 1999, p. 504.

⁶⁶ Vid., por ejemplo, GÓMEZ, A., *Variae resolutiones...* cit., part. 1, cap. 3, n. 10: «... *dispositio facta in unum casum porrigitur ad alium, in quem disponens verisimiliter idem disposuisset, si de eo cogitasset*», a quien sigue PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros Codicis Iustiniani*, Venècia, 1783, coment. a C.6,26 n. 3: «*Quid, si testator ita substituerit, Si Titius heres esse noluerit, Caius heres esto. Nihilominus admittitur substitutus in alterum etiam casum quo institutus heres esse non potest, cum in utroque militet eadem ratio. Nam vulgaris substitutio, si heres noluerit, eam ob causam [sic.] facta intelligitur, ut defunctus heredem habeat, quocumque tandem modo primo institutus heres no fuerit. Maxime quia testatoris defuncti intereset heredem habere: quae ratio etiam locum habet eo casu qui a testatore est omissus, nempe cum heres esse non potest*». Vid. también GREGORIO, P., *Syntagma...* cit., lib. 42, cap. 12, n. 4.

⁶⁷ En lenguaje de MANTICA (*Tractatus...* cit., lib. 1, tít. 2, §§ 1 ss.) diríamos que la *coniectura legis* no se aplica si existe una *coniectura hominis*.

5. CONCLUSIONES

El estudio histórico de la doctrina romanística relativa a la interpretación de la sustitución vulgar ordenada con una *condicio* incompleta nos revela el proceso de formación de dos presunciones de la voluntad del testador divergentes.

La primera asume que, en la mayor parte de casos en los que el testador menciona tan sólo alguno de los casos en los que debe operar la sustitución vulgar, la referencia al caso concreto ha de entenderse hecha a modo de ejemplo, de manera que, salvo que se pueda establecer que quiso lo contrario, puede presumirse que el testador quiso que el sustituto sucediera siempre que el sustituto no pueda o no quiera hacerlo⁶⁸. Esta presunción, por influencia de la glosa y de Bártolo, se convierte en *communis opinio* de los comentaristas bajo-medievales y seguirá teniendo tenaces defensores hasta nuestros días, ya que esta doctrina es el antecedente histórico inmediato del vigente art. 167 del Codi de Successions catalán.

En la edad moderna, sin embargo, algunos autores, influidos por las ideas del humanismo jurídico, adoptan una posición distinta, que prima el respeto a la literalidad de los términos elegidos por el testador. Parten estos juristas de la idea de que, si el testador mencionó expresamente sólo algunos de los eventos en los que podía operar la sustitución, debe presumirse que sólo quiso que el sustituto sucediese en esos supuestos concretos, de modo que únicamente podrá extenderse por vía interpretativa la operatividad de la sucesión a casos distintos de los expresamente mencionados si se constata que el testador mencionó los eventos concretos a título de ejemplo.

Esta regla exegética se encuentra en diversos cuerpos normativos vigentes hoy en día, entre los que destaca el § 605 ABGB y, si se interpreta conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina civilística de nuestro país, también el art. 774.2 del Código civil español. En estos casos no es posible establecer una dependencia directa entre estas normas y las doctrinas de los romanistas que sostuvieron la misma idea en siglos pretéritos, sino que parece que todos ellos llegaron a la misma conclusión de modo independiente, posiblemente porque tenían en común una concepción de la exégesis testamentaria que primaba el respeto por la literalidad frente a otras consideraciones.

¿Cuál de las dos presunciones es la más acertada? La doctrina y la jurisprudencia han demostrado que cualquiera de ellas puede fundarse en argumentos sólidos. Al inicio del presente artículo hemos visto cómo dos resoluciones defienden con vehemencia posturas distintas: la Sentencia del TSJ de Cataluña lo acertado de presumir una interpretación extensiva, mientras que la Sentencia del TS alaba lo razonable de ceñirse a la literalidad de los términos utili-

⁶⁸ Los defensores de esta tesis suelen enunciarla mencionando la extensión del caso de falta de voluntad de suceder (*noluntas*) al de imposibilidad (*impotentia*) y viceversa, dejando en ocasiones abierta la cuestión de si la regla también es aplicable si el testador mencionó sólo un caso concreto de *noluntas* (p. ej., repudio) o de *impotentia* (p. ej., premoriencia).

zados por el testador. Pero ¿se funda realmente el fallo en una fe en lo acertado de la presunción aplicada? Tenemos nuestras dudas.

En nuestra opinión, los fallos de las Sentencias citadas responden al hecho de que, en el caso concreto que contemplan, la presunción coincide con la voluntad razonablemente conjeturable en un testador tipo. En el caso resuelto por el TSJ de Cataluña, el testador había mencionado expresamente sólo el caso de premoriencia del instituido, evidentemente porque no había pensado siquiera en la posibilidad de que el beneficiado por su disposición testamentaria la repudiasse. Al testar es frecuente que el futuro causante se plantee que el instituido muera antes que él; es más, cuando el testador indica «si no puede suceder...» está pensando casi siempre en la premoriencia del instituido. Pero es mucho menos frecuente que el testador piense en otras circunstancias como, por ejemplo, que la persona a la que ha designado heredero decidirá repudiar la herencia o, aún peor, resultará indigno de recibirla. La razón es simple: pocos son los testadores que instituyen a una persona de la que, en el propio instante de testar, se temen que repudie la herencia o que resulte indigna de ella. Por ello, si leemos «si premuere...» o «si no puede suceder...» podemos pensar que si hubiese pensado en los demás casos en los que el sustituido no llega a suceder, lo más probable es que habría querido que operase la sustitución vulgar, igual que si el heredero hubiese muerto. En cambio, si leemos «si repudia...», «si es indigno...» es muy probable que el testador sólo quiera que opere en este caso concreto.

Esto es, precisamente, lo que ocurre en el caso resuelto por el TS: el testador había mencionado expresamente el caso de repudio, dando a entender con ello que la sustitución sólo debía operar si el sustituido no aceptaba el beneficio deferido (con todas sus cargas y gravámenes, que eran muchos). En este caso resulta evidente que el evento que daba lugar a la entrada del sustituto vulgar tenían una importancia decisiva para el testador y, por ello, resulta razonable interpretar restrictivamente la *condicio substitutionis*.

Cabe preguntarse, por lo tanto, si el TS (aplicando el C.c.) se hubiese pronunciado igual en el caso de un testador que sólo se refirió a la premoriencia y si el TSJ de Cataluña (aplicando el Derecho catalán) habría fallado de igual forma en un caso en el que el testador hubiese mencionado expresamente el caso de repudio. Posiblemente no: el TS, amparándose en la voluntad patente del causante, habría inaplicado seguramente la presunción del art. 774.2 C.S. y el TSJ de Cataluña, por la misma razón, habría prescindido de la presunción del art. 167 C.S.

En este último caso podemos fundamentar nuestra creencia en algo tangible, como es la opinión manifestada por quien fue ponente de la Sentencia (Lluís Puig Ferriol) en su manual de Derecho civil catalán⁶⁹. Puig Ferriol con-

⁶⁹ PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E., *Institucions...*, cit., p. 272: «Pot succeir també que el testador hagi previst, per exemple, el cas d'incapacitat del primer instituït, i que després aquest hagi repudiat l'herència. Per a aquest supòsit i d'altres de semblants els intèrprets s'inclinen a considerar que, quan el testador preveu un sol cas de substitució vulgar, en el dubte no s'han d'excloure els altres, ja que la hipòtesi prevista pel testador porta implícites les restants, perquè es pot interpretar la condicio substitutionis de forma que es consideri inclosa en la hipòtesi

sidera que, si el testador sólo mencionó el caso de repudio, debe presumirse⁷⁰ que sólo quiso que la sustitución vulgar operase en este caso. Cabe pensar por lo tanto que, si hubiese tenido que decidir el caso de la STS de 28 de septiembre de 1956, aplicando el derecho catalán, hubiese fallado igualmente en contra de la interpretación extensiva de la *condicio substitutionis*.

Podemos suponer, por lo tanto, que en ambos casos, el fallo sería idéntico al que podemos leer en las respectivas Sentencias, pero, en lugar de fundamentarse en la presunción legal, se basaría posiblemente en que se pudo asumir que la voluntad del causante era contraria a la presunción legal, ya que ambos Derechos permiten inaplicar la presunción legal si se puede constatar (aunque sea por mera conjetura) una voluntad contraria del testador.

Todo ello demuestra que la fijación legal de una presunción de la voluntad del testador en el caso de una sustitución vulgar con *condicio* incompleta resulta problemática, ya que, para ser realmente operativa, debería incorporar muchos distinguos (si el testador ha mencionado el repudio, si la indignidad, si la premoriencia, si, en general, «no puede suceder»...).

Sería seguramente mejor recuperar el espíritu del Derecho Romano clásico (o del Código civil francés) y dejar la exégesis de este tipo de disposiciones incompletas al arbitrio de quien deba enjuiciar cada caso concreto. Esta solución es defendible sólo *de lege ferenda* en el caso del vigente Derecho catalán⁷¹, pero, tal como hemos argumentado *supra*, el tenor del art. 774.2 C.c., interpretado a la luz de sus antecedentes históricos, permite sostenerla *de lege lata*.

MAURICI PÉREZ SIMEÓN

que el testador no va preveure directament però sí de forma implícita (BIONDI). Altra cosa és, per exemple, que el testador ordeni una substitució vulgar pel sol cas de que l'instituït hagi repudiat l'herència (per exemple) i després l'instituït premoris el testador; en aquesta hipòtesi i altres de semblants, sembla clar que la voluntat del testador era la d'ordenar la substitució vulgar únicament pel cas previst. A menys que del context de la disposició testamentària se'n pugués deduir que l'únic cas previst pel testador estava realment en funció d'unes disposicions testamentàries concretes i que, per consegüent, no és clar que el causant volgués excloure els demés casos de substitució vulgar que poden presentar-se».

⁷⁰ Esto es, debe aplicarse una *coniectura hominis*, en la terminología de MANTICA (vid. *infra* n. 7).

⁷¹ Con todo, la amplitud de la expresión «Llevat que sembli que és una altra la voluntat del testador...» permite, si se quiere, dejar la presunción prácticamente inoperante.

