DE VULGARI SUBSTITUTIONE

RICARDO PANERO GUTIÉRREZ

*Catedrático Derecho Romano
Universidad de Barcelona*

1. PRESUPUESTOS DE MÉTODO, CONTENIDO Y ESTRUCTURA

1.1. El título del presente trabajo pretende ser reflejo de su contenido: el análisis, no *ex integro*, de algunos aspectos, de la sustitución vulgar ⁽¹⁾. Su límite responde a ceñir nuestro examen sólo a cuatro puntos, los que figuran en otros tantos preceptos, del reciente Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, de 1992. Con mayor rigor: de su *Codi de successions*. De unas *Succesions*, que en catalán, al igual que en latín y quiero empezar a destacarlo, reflejan en su grafía la duplicidad de sus dos *eses* intermedias y de sus dos únicas *ces*. Así se intenta, *ab initio*, buscar unas analogías y diferencias, no ya terminológicas, que no las hay, sino jurídicas, que no son tantas, entre un antiguo *corpus Romani iuris*, en cita

⁽¹⁾ Es de obligada cita, a la hora de un estudio amplio acerca de las sustituciones, a FUSARIUS y su tratado *De Substitutionibus*, donde las clasifica, en: directas, incluyendo entre ellas, la vulgar, pupilar, y ejemplar, e indirectas, en las que comprende los fideicomisos. *Vid.* VICENTIO FUSARII, *Tractatus de substitutionibus in duas partes distinctus, quorum prima continet summatim directas hoc est de substitutionibus in genere, de vulgari. Accesserunt hac postrema editione notabiles eiusdem auctoris*, Venetiis, Combi, 1644. Joya bibliográfica que, obviamente, excluida de préstamo, puede encontrarse en el *Fons Antic de la Facultat de Dret*, con la signatura, 20 XVII-3/III/8.

de TITO LIVIO ⁽²⁾, y un moderno Derecho catalán, cuyo Código Civil se considera un hecho. Según lo expuesto, y desde esta inicial adecuación, *ratione materiae*, a las sustituciones hereditarias, y *ratione temporis*, al Derecho Romano-Derecho positivo, en nuestro caso, catalán, se procurará, en su desarrollo, un tratamiento, cuyos resultados, armonicen sin dificultad y puedan integrarse, en el Libro en que, como capítulo, el presente trabajo, está en última término destinado a formar parte: *O Direito das sucessoes: Do Direito Romano ao Direito Actual* ⁽³⁾.

1.2. Al hilo de esto último, parece deba tenerse por presunción, *iuris et de iure*, que todo trabajo romanístico, por modesto que sea, ha de tener interés, no sólo para la historia de las estructuras dogmáticas en Derecho Romano, sino en Derecho Moderno, o sea, no preterir, y sí poner de relieve la, segura, probable o posible, incidencia de aquél sobre el derecho actual, paliándose así una disociación con frecuencia lamentada. Por ello, *hic et nunc*, nos atrevemos a afirmar, sobre la *vulgaris substitutio*, que su interés, a nuestro juicio, también es algo que en Roma, España y Cataluña, no ha de demostrarse. Pese a lo cual, invirtiendo, *ratione locorum*, las tres referencias anteriores y sin querer, con ello, hacer dogmática retrospectiva, cabe recordar, como innecesario *onus probandi*, acerca de la importancia de la sustitución vulgar: 1.º que la doctrina catalana, de la que PUIG FERRIOL es digno representante ⁽⁴⁾, destaca que su uso es muy frecuente en testamentos catalanes, ya que la función que cumple, está en perfecta coherencia con la forma tradicional de organizarse la sucesión por causa de muerte en Cataluña; 2.º que, por ello, cabe apostillar, no es extraño se destaque su importancia en las Exposiciones de Motivos y Preámbulos de los últimos textos contemporáneos de esta Comunidad, compilados primero, legislados después y ahora codificados; y 3.º que, hasta el CS, la sustitución vulgar ⁽⁵⁾ presenta pocas peculiaridades en Cataluña y en su derecho especial, lo que: en la forma, se refleja en que la CDCC ⁽⁶⁾, le dedicara, en su momento, un solo artículo, y, en que, en el fondo, la remisión que por tal circunstancia debiera

(2) Liv. 3,34,7.

(3) Tema propuesto en el foro de debate que representa el VIII Congreso Internacional y XI Iberoamericano de Derecho Romano.

(4) L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRIAS, *Institutions del Dret Civil de Catalunya*, Vol. III, *Dret de Successions*, 5.ª Ed., Valencia, 1998, 266.

(5) A diferencia de lo que cabría decir de la sustitución fideicomisaria.

(6) CDCC = Compilación de derecho civil de Cataluña (antes de Derecho civil especial).

entenderse al CC (7), como derecho común, fuera respecto a su aplicación, en teoría y en la práctica, pacíficamente, asumida.

Lo hasta aquí expuesto, obliga, a volver los ojos, a este derecho común y a recordar: por un lado, que las Partidas reproducen, en tema de sustitución vulgar, la legislación de Justiniano y, por otro, que es una de las materias que nuestro Derecho actual, CC, puede ofrecer una copia más exacta de sus modelos históricos. Esto nos conduce, en definitiva, al Derecho Romano, que basado en una inicial libertad de disposición *mortis causa*, la *vulgaris substitutio*, opera en él, para asegurar la institución de heredero, pues su caída implicaría la del testamento al ser su *caput et fundamentum* (8), lo que asume, literalmente, el CS catalán (9).

1.3. Si método es camino y todo camino conduce a un fin. En el método que se utiliza en nuestro trabajo, por la finalidad que en él pretendemos, se presta especial atención a los aspectos terminológicos. Lo que se justifica, desde dos puntos de vista. A) Bajo un prisma teórico, histórico, si se prefiere, por basarse:

(7) CC = Código Civil español.

(8) Textos, sobradamente conocidos, y que deben tenerse en cuenta, como paralelos a la siguiente nota, a través de los cuales se deduce que la *heredis institutio* es condición necesaria y suficiente para la existencia de testamento, son: Gai. 2.229, *caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio*; Pap. 15. *quaest.* D. 29.7.10, *ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredem accipit*; Mod. 2 *pand.* D. 28.6.1.3, *nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*; Marcl. 29 *dig.* D. 28.4.3.pr: *Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet*; Tit. Ulp.24.15, *vis ac potestas testamentii ab heredis institutione incipit*; I. 2.20.34 *testamenta vim ex institutionem heredum accipiunt*. Con especial relieve, Ulp. 1 *Sab.* D. 28.5.3: *quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: "Lucius Titius mihi heres esto"... qui non per scripturam testatur, qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat "Lucius heres esto", nam et mihi, et Titius abundat*.

(9) L. PUIG FERRIOL, *Instituciones*, cit., 44 s.: a) resume el sistema sucesorio catalán diciendo que: según el derecho general de Catalunya, basta con la institución de uno o más herederos, para que haya testamento, aunque no haya otra disposición más, y que no es testamento el acto por el que una persona dispone de la totalidad de sus bienes, para después de su muerte sin instituir heredero; b) cita, como manifestación del sistema romano de la *successio* y precedentes fundamentales a I. 2,23,2 y 2,20,34; c) reitera, que este principio de la institución de heredero en testamento ha regido siempre en Catalunya; d) ofrece como prueba de esta aplicación oportunas referencias jurisprudenciales; y e) invoca, entre otros Arts, del CS y como principales, en el aspecto que nos ocupa, los 102, 125,3 y 136, sin olvidar la excepción que presenta en cuanto a este principio, el derecho local de Tortosa y la inclusión en el general, la sucesión paccionada (*heredaments*).

en la propia concepción de CICERON, de que el primitivo *ius* fue a *natura ductum*; en los argumentos esgrimidos por BIONDI, ya en 1953, para asentar su afirmación de una *Terminología romana como primera dogmática jurídica* ⁽¹⁰⁾ y en el desarrollo crítico de KASER, sobre las ideas de BIONDI, 22 años más tarde, precisamente, en el libro-homenaje a éste ⁽¹¹⁾.

Y B) Bajo un prisma práctico, dogmático si así se quiere, cimentado, en la labor de dos autores españoles, que compartieron magisterio en la Universidad de la Rábida, en 1975 ⁽¹²⁾, LATORRE y la triple función que asigna al jurista, en su *Valor Actual del Derecho Romano*, aprender, comprender y criticar el derecho ⁽¹³⁾ y TORRENT, 23 años después, demostrando la vigencia de esta última, en su *Derecho Romano como instrumento para la crítica del Derecho Positivo*, en homenaje a VALLET DE GOYTISOLO ⁽¹⁴⁾.

La crisis de los estudios jurídicos ⁽¹⁵⁾; el vulgarismo académico que se pretende inculcar en ellos, tendente a convertir el Derecho, como históricamente se realizó a través de una literatura jurídica, representada por síntesis, epítomes o prontuarios, en un conjunto de recetas de fácil aplicación; que los números tiendan a sustituir a las palabras; que éstas, y no aquellos, sean los instrumentos del jurista y un largo *et cetera* por todos conocido, y sufrido, hacen que a tenor, no solo de las fuentes romanas, sino de la terminología en ellas utilizada, procedamos, en este trabajo, a un análisis crítico, en el que se enfatiza en la forma y correcto uso de una terminología catalana, sinónimo de latina, equivalente a romana, lo que, en suma, quiere decir jurídica.

1.4. El Objeto del trabajo es que, precisamente, a través de una crítica, lo más rigurosa posible, analizar los 4 artículos del *Codi de successions*, que regu-

⁽¹⁰⁾ Vid. artículo de B. BIONDI, in *Arte y Ciencia del Derecho*, prólogo de J. IGLESIAS y traducción de A. LATORRE, Barcelona, 1953, 84 ss.

⁽¹¹⁾ M. KASER, *Zur Juristischen Terminologie der Römer, St. in onore B.Biondi*, Milano I, 1965, 95 ss.

⁽¹²⁾ Vid. *El primer año de derecho, Actas de las jornadas de profesores de primer año de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida*, Servicio de Publicaciones del Servicio de Educación Nacional y Ciencia, Madrid, 1978, 37 ss.

⁽¹³⁾ A. LATORRE, *Valor Actual del Derecho Romano*, Barcelona, 1977

⁽¹⁴⁾ A. TORRENT, *Derecho Romano como instrumento para la crítica del Derecho Positivo, Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, Vol. I, Madrid, 1988, 753 ss.

⁽¹⁵⁾ Vid. R. PANERO, *Derecho Romano y Cultura jurídica europea. El Derecho en la Facultad, Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, Madrid-Barcelona, 2001, 275 ss.; su nota 59; el cierre del artículo y la síntesis de la crisis de A. TORRENT, en referencia bibliográfica cit., en n. precedente.

lan la *substitució vulgar*, aquella con *b*, como en latín *substitutio*, a tenor de los dos aspectos indicados, tomando como base, un Derecho Romano, que se refleja en la realidad sucesoria catalana, merced a principios como el de: la necesidad de heredero; la universalidad y perdurabilidad del título hereditario; la incompatibilidad de títulos sucesorios ⁽¹⁶⁾; la preferencia del título voluntario y, en fin, su perdurabilidad. Principios sobre los que, el preámbulo del CS, II, dice, literalmente, que: “estando enraizados en la tradición, y vivos hoy en la aplicación del derecho en Cataluña, se mantienen en su integridad al no existir justificación alguna de orden jurídico, social o práctico que hagan aconsejable su modificación, aunque sea parcial”.

1.5. Reconocido, por un lado, algo que desde SAVIGNY no ofrece duda: que el Derecho es un producto histórico y, por otro, la vigencia actual de los principios, del antiguo Derecho Romano sucesorio, en el moderno Derecho Catalán, o sea, la proyección de aquél a nuestro tiempo, creemos estar legitimado, por nuestra condición de romanista, a realizar: el análisis que proponemos; hacerlo, como lo hacían los *iurisprudentes* en sus *libri ad Edictum* y, ya que estamos proyectando el Derecho Romano *tempore*, y por ello convertido en elemento importante de una Tradición Romanística, teniendo presente, en todo momento, dos cosas: 1.^a) que dicha Tradición jurídica, catalana en lo que ahora nos concierne, debe tomarse en consideración a la hora de interpretar e integrar, el Derecho vigente en Cataluña, y así, expresamente lo recuerda el art. 1 de la CDCC, y 2.^a) que dentro de dicha Tradición, representando su *ius commune*, el Derecho Romano, es parte fundamental de aquella y aquél, y así lo recuerda, no podía hacerlo antes, la primera de las sentencias que desde su reimplantación, pronunció la Sala de lo Civil del TSJC de 4 de diciembre de 1989 ⁽¹⁷⁾.

1.6. Por una coherencia lógica con lo expuesto en 1.3.A), la primera parte de nuestro trabajo (punto 2 del sumario) se centra en una serie de consideraciones lingüísticas, que no pueden ser otras que las de un intento de precisar, en general, aquellos valores que puede revestir el sustantivo *substitutio* y, en particular, los del significante verbal *statuo* y del preverbio *sub* que lo componen. Los 4 puntos siguientes (números 3 al 6 del sumario), tratan de otros tantos artículos del Código de Sucesiones, los 167, 168, 169 y 170, que integran el capítulo VI, Sustituciones hereditarias y su sección primera, la Sustitución vulgar y en todos ellos, se sigue el mismo esquema. 1.^o) Repro-

⁽¹⁶⁾ A diferencia del CC.

⁽¹⁷⁾ TSJC = Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

ducción del texto del art. en su traducción castellana, figurando en nota la versión original catalana; 2.º) Aproximación inicial a su contenido; 3.º) Precedentes más inmediatos, por lo común centrados en: *a)* el Proyecto de la CDCEC (*Avantprojecte* de 1955) ⁽¹⁸⁾ y *b)* CDCEC ⁽¹⁹⁾, de 21 de julio de 1960 ⁽²⁰⁾; 4.º) Análisis de cada uno de los distintos párrafos, que se indican, como lo hacen los autores catalanes ⁽²¹⁾, con números romanos, y, en su caso, dentro de ellos, separando con letras mayúsculas, las frases o puntos de más interés, del texto. Por último, cierra cada comentario, como 5.º) Alguna observación crítica, basada en fuentes romanas, sin perjuicio, de posibles referencias anteriores.

2. APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

Es sabido que igual que el ordenamiento jurídico llama a otros herederos, mediante la sucesión *ab intestato* para el caso que el primero llamado, en testamento, no llegue, *de facto*, a serlo, también, posibilita que el *de cuius* pueda, en forma sucesiva, llamar a otro para el supuesto que el primero, que instituye, tampoco llegue a serlo. En otras palabras, admite su sustitución.

2.1. Sustitución, en latín *substitutio*, lo anticipábamos, es palabra compuesta de *statuo* y de *sub*. A) *Statuo*, prescindiendo de otros valores, sobradamente conocidos, refleja, por lo que aquí interesa, los de establecer, ordenar, decretar, instituir y determinar y, como verbo, de “orden, mandato o encargo”, pretiriendo posibles construcciones sintácticas, es equiparable a *cernere* y *decernere*, sin poder, ni querer, obviar, algo que por sabido no debe silenciarse: por un lado, que *cernere hereditatem*: equivale a aceptación de la herencia a través de una declaración formal; y por otro, que *cretio* ⁽²²⁾, de *cernere*, se recoge por GAYO, en

⁽¹⁸⁾ ACDCEC = Proyecto Compilación de derecho civil especial de Cataluña.

⁽¹⁹⁾ CDCEC = Compilación de derecho civil especial de Cataluña

⁽²⁰⁾ La adecuación constitucional y cambio de nombre, supresión del término “especial” = CDCC, de 20 de marzo de 1984, no plantea, por lo que a la sustitución se refiere, modificación alguna.

⁽²¹⁾ Sirvan de ejemplo y por todos el como lo hacen L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRIAS, en *Institucions*, cit., a lo largo de toda su obra y de cada no de los volúmenes que la integran.

⁽²²⁾ Sobre la *cretio*, en GAYO, *cfr.* 2.164-174 y 176-178.

2.174, en la fórmula que suministra, como utilizada, normalmente, en la *vulgaris substitutio* ⁽²³⁾. B) Respecto al indeclinable *sub*, constatemos que: heredado del indoeuropeo; construye, como preposición, con ablativo y/o acusativo y, en general, así cabría resumir el *iter* de su evolución. 1) En latín arcaico tiene valor local, y a partir del clásico, adquiere, y dependiendo de verbos de movimiento, otro temporal, reflejando idea de subordinación. 2) Respecto a sus valores: *a)* en principio, equivale y traduce por “bajo”; *b)* es apto para transmitir idea de dependencia inmediata y se usa referido a un lugar u objeto; *c)* por debilitación, pasa a evocar, simple y mera proximidad, que alude, también, al tiempo y *d)* cierra su periplo evolutivo, reflejando, además, ideas de: subordinación, sujeción o, lo que es de especial interés para nosotros, de “condición” ⁽²⁴⁾. Por ello, séanos permitido incidir, a zaga de ERNOUT y MEILLET, en que *sub*, además de su valor tradicional y más antiguo, de bajo o debajo, resulta, especialmente, apto para transmitir, también, la idea de sustitución ⁽²⁵⁾ en el lugar de alguien y, por consiguiente de sucesión (*suboles*) ⁽²⁶⁾.

A tenor de lo expuesto en los dos párrafos precedentes, *substitutio*, de *sub statuo* ⁽²⁷⁾, en sentido vulgar, equivale a sustituir, reemplazar o ponerse en lugar de otro ⁽²⁸⁾, siendo *substitutus* quien sustituye, reemplaza o se pone en dicho lugar. Ideas que, expresa y mantiene, en sentido jurídico ⁽²⁹⁾,

⁽²³⁾ La fórmula de la *vulgaris substitutio*, es referida por GAYO, 2.174: *Interdum duos pluresve gradus heredum facimus, hoc modo: LUCIUS TITIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM PROXIMIS QUIBUS SCIES POTERISQUE. QUODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO, TUM MEVIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM et reliqua; et deinceps in quantum velimus substituere possumus.*

⁽²⁴⁾ M. BASSOLS, *Sintaxis de la lengua latina*, 2 Tomos, 4.^a reimp., Madrid, 1973, II, pp. 103, 226 y 260.

⁽²⁵⁾ *Supono*, y sus derivados, *sublego*, *succedo* y *substituo*.

⁽²⁶⁾ A. ERNOUT y A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la de la langue latine. Histoire des Mots*, Paris, 1939, p. 992.

⁽²⁷⁾ No de *institutio*, término que a su vez ya es compuesto, como, por error, afirma L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Dirigidos por M. ALBADALEJO, Tomo XXVIII, Vol. 2, Madrid, 1982, 352 *Comentarios*, 352.

⁽²⁸⁾ En Ep.Gai. 2.4.pr. se puede leer: *Substitutio est, quae post institutionem a testatore fieri solet, id est secundi heredis appellatione.*

⁽²⁹⁾ En Partidas, 6.5.1 se dice: “*Substitutus en latín, tanto quiere dezir en romance, como otro heredero, que es establecido del facedor del testamento en el segundo grado, después del primero heredero: Et esto seria como si dixesse: Establezco a fulano por mio heredero, e si el non quisiere o non lo pudiere ser, sealo fulano en lugar del. Et a tal sustitución como ésta, llaman en latin vulgaris...*”

en donde es, con frecuencia, utilizado junto a *heredes*, en la locución *substituere heredem*, y designa la acción de reemplazar a un heredero, por lo que, a veces se equipara, a veces se opone, a un primer nombramiento, *institutio* o al designado como tal, *institutus*. Así, MODESTINO, 2 *pand.* D. 28.6.1.pr. utilizando el plural de sus formas adjetivales, participios pasados si se prefiere, *instituti* y *substituti*, referidas ambas a los herederos ⁽³⁰⁾ nos dirá: *Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti, primo gradu, substituti, secundo vel tertio.*

En definitiva, la concesión del rango y del título de heredero al sustituto, en Derecho Romano, es una constante, ya que: *a)* con anterioridad a MODESTINO, aparece otorgado por GAYO, 2.174, primero de los fragmentos en que trata de *substitutionibus*, donde se recuerda que: *Interdum duos pluresve gradus heredum facimus...* y *b)* con posterioridad a él, en I. 2.15.pr. donde vuelve a reiterarse: *Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: Si ille heres non erit, ille heres esto: et deinceps in quantum velit testator substituere potest...*

Por vía de síntesis y a tenor de todo lo expuesto, la doctrina romanística, de la que hacemos portavoz a VOCI ⁽³¹⁾, resume: *a)* que el sustituto, o *heres substitutus*, es el heredero designado en lugar del primer heredero instituido ⁽³²⁾, lo que puede hacerse, pura o condicionalmente, tanto, para los *sui*, como para los *extranei*, y tanto para *puberes*, como *impuberes* ⁽³³⁾; *b)* que los *heredes instituti*, son los de primer grado y los *substituti*, los de segundo o ulterior ⁽³⁴⁾;

⁽³⁰⁾ En PS. 3.4, B.4 (Haenel, 3.6.10) se lee: *Heredes aut instituti aut substituti dicuntur: instituuntur, primo gradu, substituuntur, secundo vel tertio scripti.*

⁽³¹⁾ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, Vol. II, 2.^a Ed., Milano, 1963, 163.

⁽³²⁾ Interp. PS. 3.4. B.4 (Haenel, 3.6.10) *Qui testamenta faciunt, sicut instituere heredes, ita et substituere possunt. Nam qui primo gradu heredes scripti sunt, instituti appellantur, qui secundo, substituti, qui tertio scripti vocantur, quia usque ad tertium gradum heredes substituere pro testatoris voluntate permissum est, hoc est ut secundum voluntatem testatoris ita substitutio ordinata servetur; ea tamen ratione, ut sicut committitur fidei heredis, sic, quibuscumque verbis testator iniunxerit, hereditas defuncti ab instituto ad substitutum valeat pervenire.*

⁽³³⁾ En PS. 3.4. B.5 (Haenel 3.6.11) se lee: *Substituere quis et pure et sub conditione potest, et tam suis, quam extraneis, tam puberis, quam impuberis*

⁽³⁴⁾ Interp. PS. 3.4. B.5 *Substitutio et pure, id est sine conditione, fieri potest, hoc est, ut, cum ad substitutum hereditas pervenerit, ad tertium heredem non debeat pervenire. Sub conditione autem ita quis substituitur, ut, cum ille mortuus fuerit, ad tertium heredem, id est scriptum, hereditas, quae est ab eodem tanta, perveniat. Quae tamen substitutio tam in suos heredes quam in alienos et tam puberes quam impuberes fieri potest, hoc est et in pupillos et in adultos.*

⁽³⁵⁾ P. VOCI, *Diritto*, cit., 160, n. 3, refiere los textos en que así se hace.

c) que por ello, coherentemente, se habla de grados de testamento ⁽³⁵⁾ y d) que, *ab initio*, la *substitutio* producirá iguales efectos que la *heredis institutio* si ésta se ve privada de valor ⁽³⁶⁾.

2.2. Tras estas obligadas referencias sobre *substitutio*, pasamos a hacer lo mismo con *vulgaris*, el otro término que, recoge, completa y da nombre, al presente trabajo ⁽³⁷⁾, y sobre el que nos limitaremos a cuatro observaciones, con las que, al menos, por vía de recordatorio, se pretende un mínimo acercamiento a sus aspectos: terminológicos, textuales, doctrinales e históricos. Así, matizamos: 1) Que el significante castellano “vulgar”, con igual grafía en catalán, equivale a su homónimo latino *vulgaris*, del que procede, que, a su vez, proviene de *vulgus*, que comporta como inicial significado el referirse a lo que es propio o relativo del vulgo, resultando, por ello, apto para designar, en sentido material, lo común, lo ordinario, lo general ⁽³⁸⁾ y, en sentido más figurado, lo público, trivial o corriente. 2) Que el adjetivo *vulgaris*, unido al sustantivo *substitutio*, que le rige, aparece en las fuentes jurídico romanas, con cierta timidez, pues lo hace solo en 5 fragmentos. En: GAYO

⁽³⁶⁾ P. VOCI, *Esegesi di IP 3.4 B.4,5, Synteleia V. Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1964, 509 ss., al que nos remitimos y con quien compartimos su análisis de los dos fragmentos que dan nombre a su artículo. Mantiene que el sentir de las dos *sententiae*: se refieren solo a la sustitución vulgar; es de carácter elemental; según el régimen clásico, perfectamente comprensible; y que, pese a la *interpretatio*, la *vulgaris substitutio* se puede extender, también, más allá del tercer grado. El error de la interpretación visigoda, deriva, coincide en ello B. BIONDI, en *Sucesión Testamentaria y Donación*, 2.^a Ed., Trad. de M. FAIRÉN, Barcelona, 1960, 251, n. 3, en que el ejemplo propuesto en las *Sententiae*, no llega más que hasta el tercer grado.

⁽³⁷⁾ *Substitutio vulgaris*: A) *lato sensu*, indica en su conjunto las dos disposiciones (la de institución y la de sustitución) y B) *strictu sensu*, alude sólo a la 2.^a que tendría eficacia si no la tuviera la 1.^a

⁽³⁸⁾ M. ALBALADEJO, a nuestro juicio el más genuino representante, en la civilística moderna, de la doctrina más caracterizada, en materia de Sustituciones, en su esplendida monografía, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, 12, n. 3, nos dice: *Substitutio vulgaris*, quiere decir, común, por la frecuencia de su uso en Roma, ya que corrientemente, la puede realizar cualquier testador a favor de cualquiera, en contraposición a la pupilar, que solo podía ordenarla el titular de la patria potestad, y nos permitimos apostillar, la cuasi pupilar, o ejemplar, así llamada por realizarse *ad pupilaris exemplum*.

⁽³⁹⁾ Gai. 2.181: *Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videretur pupillus, in usu est vulgarem quidem substitutionem palam facere, id este eo loco, quo pupillum heredem instituimos; nam vulgaris substitutio ita vocat ad hereditatem substitutum,*

2.181 ⁽³⁹⁾; *Ep. Gai.* 2.4.pr.-1 ⁽⁴⁰⁾; POMPONIO, 2 *ad Sab.* D. 50.16.162.pr. ⁽⁴¹⁾; MODESTINO, *s. her.* D. 28.6.4.2 ⁽⁴²⁾ y, el más moderno, en I. 2.16.3 ⁽⁴³⁾. 3) Que SOLAZZI ⁽⁴⁴⁾: *a*) niega el carácter clásico de la denominación *vulgaris substitutio* y que, así, fuera utilizada, por POMPONIO, GAYO Y MODESTINO ⁽⁴⁵⁾, aunque reconoce, que el autor del *Epitome* y el compilador de *Instituciones*, sin duda, debieron utilizar algunas ediciones de GAYO en las que el sentir que se trasluce, en 2.181, sonaría igual, o muy parecido, al del Veronés; *b*) siguiendo con SOLAZZI, y con cierta sorpresa por nuestra parte, leemos, como sigue afirmando, con rotundidad, que, pese a ello, nadie podrá comprobar que estas

si omnino pupillus heres non extiterit; quod accidit, cum vivo parente moritur, quo casu nullum substituti maleficio suspicari possumus cum scilicet vivo testatore omnia quae in testamento scripta sint ignorentur: illam autem substitutionem, per quam, si etiam heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamos et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio at adhuc impubere aperiantur. Sed longe tutius est utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari, qui si ita consignatae vel separate fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore potest intellegi in altera quoque esse substitutus.

⁽⁴⁰⁾ Tras definir la *substitutio* (vid. n. 30) matiza: *Et duae sunt, quorum una vulgaris dicitur, alia pupilaris. 1. Vulgaris dicitur...* sigue la fórmula de la institución y de la sustitución. *Pupillaris substitutio filiis tantummodo impuberis dari potest...*

⁽⁴¹⁾ D. 50.16.162. pr.: *In vulgari substitutione, qua ei, qui supremus morietur, heres substituitur, recte substitutus etiam unico intellegitur, exemplo duodecim Tabularum, ex quibus proximus adgnatus et solus habetur.* El hecho de que la *quaestio* de la que se ocupa POMPONIO, no estuviera limitado a la sustitución vulgar, pudiendo aplicarse, también a la pupilar; que resulte superfluo y equivoco el uso de la palabra *vulgari*, o al menos poco afortunado; que no se refiera a las dos hipótesis de sustitución, sino al uso del vocablo *supremus*, que parece implicitar institución de una pluralidad de herederos y que el inicio del fragmento no sea un modelo de elegancia estilística, son argumentos que esgrime SOLAZZI, *Vulgaris*, cit., 3 ss., para negar, en el mismo la clasicidad del adjetivo en estudio.

⁽⁴²⁾ D. 28.6.4.2 *Sed si, alter pubes, alter impubes, hoc communi verbo: "eosque invicem substituo" sibi fuerunt substituti, in vulgares tantummodo casum factam videri substitutionem, Severus et Antoninus constituit, incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio in altero sola vulgaris.*

⁽⁴³⁾ I. 2.16.3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret... vulgarem quidem substitutionem palam facere et in primis testamentis partibus debet, illam autem substitutionem* (continúa, prácticamente, en la letra y absolutamente en el sentido, repitiendo *Gai.* 2.181, texto que hemos reproducido en nuestra n. 39).

⁽⁴⁴⁾ S. SOLAZZI, *Vulgaris substitutio*, SDHI, 16, 1950, 1 ss.

⁽⁴⁵⁾ El *Summarium*, que S. SOLAZZI facilita en *Vulgaris*, cit., 1, es.: *Pomponium, Gaium, Modestinum, vulgarem eam substitutionem non vocasse, quam heredi instituto hereditatem non adeunti testatores scribere solebant, variis argumentis probatur.*

ediciones fueran auténticas, carentes de glosemos o demostrar que no hubiesen sufrido alteraciones, lo que, a nuestro juicio, moviéndonos, como estamos, en terreno de lo jurídico, comporta que, con absoluto desenfado, nos traslade, el profesor italiano, un *onus probandi*, que, a nuestro juicio, debería corresponder al propio SOLAZZI y no a nosotros, pues no se debe olvidar que si bien PAULO, 12 *resp.* a quien invoca, en D. 28.6.45.pr., huye del empleo de la locución *vulgaris substitutio*, que sustituye, permítasenos la redundancia, por la de *proximus casus*, es el propio PAULO, 69 *ad Ed.* ⁽⁴⁶⁾ a quien ahora pretiere SOLAZZI, el que recuerda en D. 22.3.2: *ei incumbit probatio qui dicit, non quid negat* ⁽⁴⁷⁾. 4) Que, hoy, romanistas ⁽⁴⁸⁾ y civilistas ⁽⁴⁹⁾, y ayer, nuestro derecho histórico, cuya representación cabe otorgar al texto de Partidas, 6.5.1 ⁽⁵⁰⁾, coinciden en el por qué se llamó vulgar a la sustitución establecida para el caso que el primer llamado no llegue a ser heredero: *E tal sustitucion como esta, llaman en latin, vulgaris, que quier tanto dezir como el establecimiento que puede fazer qualquier del Pueblo, e a quien quisiere*".

3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 167 DEL CS

Art. 167

El testador podrá instituir a un heredero ulterior o segundo, para el caso que el primero o anterior instituido no llegue a serlo porque no quiera o por-

⁽⁴⁶⁾ Traer a colación el testimonio de Paulo, obedece, a que S. SOLAZZI, *Vulgaris*, cit., 2, acude, precisamente, a este jurista, y destaca, como sólido argumento para combatir la clasicidad del término, el que PAULO ignore el apelativo *vulgaris*, en 12 *resp.* D. 28.6.45.pr. al oponer esta sustitución a la pupilar y suplir, una y otra denominación, respectivamente, por la de *proximus casus* y *sequens*.

⁽⁴⁷⁾ B. BIONDI, *Sucesión*, cit., 251, n. 2, comentando el trabajo de SOLAZZI, se limita a decir que: SOLAZZI, mantiene su procedencia postclásica, pero erróneamente.

⁽⁴⁸⁾ Valga, por todos, F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Trad. de ed. inglesa de SANTA CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, 1962, 249.

⁽⁴⁹⁾ Sirvan de ejemplo, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 356, que recuerda: la sinonimia entre vulgar y ordinaria; equiparación que, nos permitimos apostillar, destaca las Partidas; que el CC italiano se decanta por ésta; y que el jurista catalán considera más adecuada la vulgar por reflejar mejor su común y frecuente empleo; responder a las leyes de la lógica y naturaleza y justificarse por si misma. También, en doctrina, ha sido llamada Directa: para indicar, que el sustituto no recibe del instituido — sustitución indirecta u oblicua —, sino, directamente, del testador.

⁽⁵⁰⁾ Bajo el epígrafe *Que quier dezir Substitutus, e quantas maneras son de sustituciones. Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic.*, GREGORIO LÓPEZ, *vertida al castellano...* por D. IGNACIO SANPONTS y BARBA, D. RAMÓN MARTÍ DE EIXELÁ y D. JOSÉ FERRER SUBIRANA, Tomo III, Barcelona, 1843.

que no pueda

Salvo que parezca que es otra la voluntad del testador, la sustitución vulgar ordenada para uno de los citados casos valdrá para otro y la ordenada para el caso de premoriencia del heredero instituido se hará extensiva a todos los otros casos, incluyendo el de la institución bajo condición suspensiva cuando el instituido fallezca antes de cumplirse la condición, cuando la condición quede incumplida o cuando no llegue a nacer el instituido que se hallaba concebido, o cuando el instituido hubiera sido declarado ausente (51).

3.1. Los dos precedentes más inmediatos del texto que examinamos, en su conjunto, se encuentran en el art. 155 de la CDCC, sobre todo, en lo relativo a su párrafo II, y con una mayor proximidad, no temporal, y sí literal y de contenido, en el 324 del Proyecto de Compilación, *Avantprojecte* de 1955 (52), en su momento rechazado por la Comisión General de Códigos.

3.2. (art. 167, I y II). El primero de los preceptos del CS regulador de la sustitución vulgar, parte, en I, de una idea conceptual de sustitución hereditaria, que no presume (53) y sí facilita, y guarda estricta y lógica coherencia, por su contenido, con los epígrafes del capítulo VI (54), del Título III (55), en que, sistemáticamente, se integra. Así, y como parte de aquella noción, destaca los supuestos básicos en que puede producirse, esto es, sus dos principales fuentes: los *casus noluntatis* e *impotentiae* del primer o anterior heredero instituido. Su párrafo II, en que ya aparece acompañando al sustantivo “sustitución” el adjetivo “vulgar”: hace hincapié en el papel decisivo que, en todo caso, en ella juega la *voluntas testatoris*; extiende la sustitución ordenada para

(51) *El testator pot instituir un hereu ulterior o segon, per al cas en què el primer o l'anterior instituït no arriba a ésser-ho perquè no vulgui o perquè no pugi. Llevat que sembli que és una altra la voluntat del testador, la substitució vulgar ordenada per a un del casos esmentats val per a l'altre, i l'ordenada para el cas de premoriència del hereu intitutiuït 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 incumplida o quan no arriba a néixer l'instituït que ja es trobava concebut, o quan l'institut ha estat declarat absent.*

(52) Citado: *Avantprojecte*

(53) Lo que si hacía el art. 155 de la CDCC, sin duda, por estar pensado en función del art. 774 del CC.

(54) *Les substitucions hereditàries*

(55) *La successió testada*

(56) Lo que es calificado por los propios redactores de la Compilación, y respecto al art. 774 del CC como: una diferencia que significa mejora técnica de excelentes resul-

cualquiera de los dos grupos de casos antes referidos al otro ⁽⁵⁶⁾ y dispone, con un carácter más particular, una pareja extensión en caso de premoriencia respecto a otros supuestos que también enumera.

3.3. (167.I). A) Cotejando el precepto que se analiza, con los dos, antes citados que le sirven de precedente, bajo un prisma gramatical, el artículo del *Avantprojecte* presentaba, a nuestro juicio, mayor coherencia en la ordenación de su estructura sintáctica que el del CS, ya que al decir, aquél, que “el testador podrá instituir segundo o ulterior heredero, por si el primero o anterior no llega a serlo”, guarda, en su orden expositivo, una correlación por demás lógica. Así, a un a riesgo de reiterar, en la conexión de ambas frases: se observa una clara secuencia en la que el ordinal, “segundo” sucede a “primero” y la forma adjetival “ulterior” a “anterior”. En el CS, por contra, los adjetivos *ulterior* o *segundo*, que cita por este orden, se conectan, en el inicio del siguiente período, respectivamente, con los de *primero* y *anterior*. Secuencia que, en todo caso, debería ser: “segundo” sustituye a “primero” y “ulterior” a “anterior”, o si se quiere alterar este punto de partida, que juzgamos más preciso, y por tanto preferible, que: “ulterior” suceda a “anterior” y “segundo” a “primero”, pero no proponer, como hace el CS, la vinculación de *ulterior* a *primero* y de *segundo* a *anterior*.

3.4. (167.I). B) Tras haber reconocido la posibilidad de nombrar sustituto, el art. 167 del CS, alude, en general, a las dos causas, el “no querer” o el “no poder” ⁽⁵⁷⁾ llegar a ser heredero el primer o anterior designado, que actúan, a su vez, como condiciones para que, en caso de que se produzcan, pase a serlo el sustituto y cuya especificación, en rigor y como principio, podría considerarse superflua, o al menos innecesaria, pues, a fin de cuentas, la *conditio substitutionis* se resume en que el heredero no llegue a serlo ⁽⁵⁸⁾. En suma, si se nos permite retrotraernos en el tiempo, y tal y como aparece en las fuentes romanas, el CS podría haber cumplido, fiel y rigurosamente su objetivo con un sencillo *si heres non erit*.

3.5. (167.I). C) El comentario a este primer párrafo del art. 167 del CS, siguiendo el criterio de la doctrina catalana dominante, creemos, debe cerrarse, destacando y haciendo hincapié en el carácter o finalidad que se asigna a la

tados en la práctica.

⁽⁵⁷⁾ Así, en infinitivo, se expresaba el art. 324 del ACDCC.

⁽⁵⁸⁾ M. ALBADALEJO, *Sustituciones*, cit., 17 y 23, comentando el art. 774, 1.º, del CC, que enumera los casos de premoriencia, renuncia e incapacidad, y que pretende abarcar todos los posibles supuestos en que no llegue a ser heredero el instituido, tacha

sustitución que, es obvio, no puede ser otro que el de un mecanismo para determinar quien es el sucesor del *de cuius*, si el primer o anterior nombrado no llegara a serlo ⁽⁵⁹⁾. En este sentido no hay que olvidar: 1.º) Que hay otros mecanismos jurídicos con igual, o parecida, función, como pueden ser, los derechos de: *a)* acrecer ⁽⁶⁰⁾; *b)* representación ⁽⁶¹⁾ y *c)* transmisión, respecto a los que deberá precisarse la singularidad de la *substitutio* ⁽⁶²⁾ y 2.º) Que si a través de ellos no se puede actuar, siempre cabría acudir, por un lado, a la sustitución fideicomisaria, (*substitutio fideicommissi* ⁽⁶³⁾) de la que en mera teoría es fácil diferenciar ⁽⁶⁴⁾, porque aun implicando, como la *vulgaris substitutio*, “llamamiento” sucesivo, comporta, demás, lo que no ocurre en ésta ⁽⁶⁵⁾, una “adquisición” también sucesiva de la herencia ⁽⁶⁶⁾; y por otro lado, al propio

esta enumeración de imperfecta e inútil.

⁽⁵⁹⁾ L. PUIG FERRIOL, *Institutions*, cit., 264 ss., la caracteriza y estudia como institución preventiva de heredero.

⁽⁶⁰⁾ Sobre la relación: *vulgaris substitutio-ius adcrescendi* en el CS, vid. art. 38 y la preferencia de aquella.

⁽⁶¹⁾ Sobre la relación: *vulgaris substitutio* y un derecho de representación en la sucesión testada, que, como novedad, presenta el Preámbulo, V, del CS, en el supuesto de la institución genérica de “hijos” o de su institución nominativa y sin partes de todos los hijos, vid. A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 658 ss., y a su juicio, el carácter de sustitución vulgar tácita que reviste, el contenido del art. 144, pese al calificativo con el que se le designa en el Preámbulo.

⁽⁶²⁾ Doctrinalmente compartimos la opinión de M. ALBADALEJO, *Sustituciones*, cit., 88 ss., que es imposible, metafísicamente, que prevalezca la sustitución sobre la transmisión porque requiriendo aquella dos delaciones y ésta sólo una, ésta solo se podrá dar en defecto de aquella. El CS, mantiene la preferencia, también del *ius transmissionis*, a través de su art. 38.III, obviamente, salvo voluntad opuesta del testador. Vid. también A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 660 s., y sus observaciones sobre el art. 29 del CS y el por qué del uso, *if* del adverbio *siempre*, en que invoca como recuerdo al Derecho romano y no tener en este, carácter general el *ius transmissionis*.

⁽⁶³⁾ *Cfr.* Pap. 8. *resp.* D. 36.1.57.2.

⁽⁶⁴⁾ Notas básicas, destacadas en doctrina como fundamento de su diversidad son: *a)* Por un lado, que la sustitución vulgar sea una sustitución directa y el sustituto lo sea en forma inmediata del causante y la fideicomisaria lo sea indirecta, ya que el sustituto adquiere, en forma mediata, a través del verdadero heredero, siendo en el fondo un legatario en sentido amplio y *b)* por otro lado, que la primera presuponga falta de adquisición de la herencia por el heredero instituido y la segunda, precisamente, lo contrario, que el heredero instituido la adquiera.

⁽⁶⁵⁾ *Cfr.* Paul. 57 *ed.* D. 29.2.69.pr. Jamás se aplican las limitaciones de las sustituciones fideicomisarias, que refiere el art. 204 del CS. *Vid.* por todos, L. PUIG FERRIOL, *Institutions*, cit., 274 s.

orden de suceder intestado (que se pretende evitar) del que se distingue, también, con nitidez, porque la ley no establece la sustitución para suplir un olvido del *de cuius*, sino exige que el testador la incluya en su testamento, convirtiendo así lo que es mera posibilidad reconocida, poder (*potest*, no se cansan de reiterar las fuentes romanas) en una realidad efectiva, plasmada en él.

3.6. (167.II). A) Es lógico que corresponda al testador decidir los supuestos concretos en que deba operar la sustitución vulgar en cada caso — por lo que entonces sería adecuado calificarla, y así se ha propuesto en doctrina, como sustitución vulgar concreta ⁽⁶⁷⁾ —. Es igualmente admisible, que pueda no hacerlo, formulando como proponíamos, un simple *si heres non erit*, — estaríamos entonces, si actuamos por contraposición, ante una sustitución vulgar que se podría catalogar como genérica —, comprensiva de cualquier supuesto en que el instituido no llegara a ser heredero ⁽⁶⁸⁾. En fin, resulta preceptivo, según explícito mandato del art. 167, salvo voluntad opuesta del testador, que la sustitución vulgar, ordenada para uno solo de los dos casos “no querer” o “no poder” se extienda, también, al otro ⁽⁶⁹⁾. Detengámonos sobre esto último ya que, siendo unánime, en todos nuestros cuerpos y textos legales, la preferencia, en todo caso, de la *voluntas testatoris*, tal postura, tanto doctrinal como legislativa, en derecho moderno, se bifurca, cuando el testador, de forma explícita, sólo se refiere a un solo caso, pues, también, entre nosotros, mientras un sector, representado por el CS, opta por dilatar el ámbito de la sustitución, otro, que representa el CC, prefiere su restricción. Esto desde la óptica jurídica catalana y una argumentación rigurosa, no debe rechazarse sin previa reflexión y cautela, pues es por demás lógico, aunque nos movamos en el campo de la estricta teoría, que si la sustitución sin expresión de casos se extiende a todos, *a contrario*, con expresión de alguno alcance

⁽⁶⁶⁾ Por todos y en síntesis, M. ALBADALEJO, *Sustituciones*, cit., 104 ss.

⁽⁶⁷⁾ Así lo hace L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. *Comentarios*, cit., 369 ss.

⁽⁶⁸⁾ El CC la denomina simple y sin expresión de casos en su art. 774, 2.º, y parece lógico y no se han alzado voces en contra, que si los tres casos que recoge en el párrafo anterior, premoriencia, renuncia e incapacidad, pretenden cubrir todos los supuestos posibles de que el heredero instituido no llegue a serlo, la sustitución sin más, alcance a todos.

⁽⁶⁹⁾ Tal vez resultaría más adecuado para un solo grupo de casos, lo que siendo irrelevante en el *casus voluntatis*, circunscrito a la renuncia, no lo es, por su mayor variedad, como se apunta en el texto, en el *casus impotentiae*.

⁽⁷⁰⁾ El Proyecto de 1851, en su art. 630, 2.º, decía que: “La sustitución para uno de los dos casos comprende también el otro a menos que el testador haya declarado lo con-

sólo al citado ⁽⁷⁰⁾, por ello, el problema parece, aunque es obvio, y a veces, por obvio se olvide, que deba circunscribirse sólo cuando el *de cuius*, al mencionar algún caso, no parezca excluir, claramente, a los demás.

3.7. (167.II). B) Al hilo de lo anterior, dejando siempre a salvo la voluntad del testador, y siguiendo con lo que cabría calificar de sustitución vulgar incompleta ⁽⁷¹⁾, el CS manda que cuando aparezca aquella sólo establecida para el caso de premoriencia del heredero sea “extensiva a todos los otros casos” ⁽⁷²⁾. La alusión al supuesto de premoriencia invita a formular dos preguntas, relacionadas: la 1.^a) por qué, precisamente, se recoge este caso, y no otro, y la 2.^a) que ocurriría si fuera otro, y no éste, el caso previsto por el testador. A la 1.^a) cuestión cabe contestar esgrimiendo tres argumentos: a) los datos estadísticos, que avalarían, y avalan, se tenga a la premoriencia como el caso de *vulgaris substitutio* con más frecuencia referido; b) la función que en materia hereditaria cumple la *substitutio*, pues siempre parecería más contrario a la voluntad del testador, que en vez de entrar en juego la sustitución vulgar que establece, se abriese la sucesión intestada, que es lo que pretende evitar y c) el propio *favor testamenti* ⁽⁷³⁾ que, en derecho catalán exige al testamento contener la institución de heredero y *a contrario*, priva de este carácter a la disposición *mortis causa* que carezca de aquella ⁽⁷⁴⁾. La 2.^a) pregunta se puede contestar partiendo de algo contrastado por la experiencia, el hecho de que el heredero instituido no quiera o pueda aceptar la herencia,

trario. La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los dos”.

⁽⁷¹⁾ Que se troca completa, dice L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 370, por ministerio de la ley.

⁽⁷²⁾ El art. 167.II del CS sigue el sentir del antiguo 155, 2, de la CDCC, según el cual: “salvo voluntad contraria del testador la sustitución vulgar dispuesta para el caso de premoriencia del heredero instituido se extenderá a todos los casos en que este no pueda o no quiera ser heredero”.

⁽⁷³⁾ Es admisible pensar que siendo *de facto*, la premoriencia del heredero al testador, el caso más racional y lógico de prever, en el fondo, cuando se establece, no sólo se quiso prevenir este caso en concreto, sino también todos los otros, o sea, el *casus impotentiae* en toda su amplitud (*lato sensu*) e, incluso, el de repudiar la herencia por el designado como heredero. De esta forma, con fidelidad al espíritu y función jurídica de la *substitutio*, se evita, en lo posible, la apertura de la sucesión *ab intestato* y lo que viene a ser la otra cara de la moneda, rinde culto a un *favor testamenti*, pues sin heredero, lo que proclama y reitera el derecho catalán no hay testamento. Vid. PUIG FERRIOL, *Institutions*, cit., 272 y referencias doctrinales, entre las que figura FAUS-CONDEMINES y AMAT LLARI.

⁽⁷⁴⁾ Vid. entre otros, los arts. 102, 103 y 125 del CS; nuestras notas 8 y 9 y por todos, PUIG FERRIOL, *Institutions*, cit., 226 s., en donde resume el carácter de la institución de heredero como requisito de eficacia del testamento y destaca, también, el *favor tes-*

precisamente, no es la idea que suele estar presente en la mente del testador al ordenar la sustitución en caso de premoriencia, lo que parece deba conducir a no extender aquella al *casus noluntatis*. Este problema suscitado, en parte, por causa del recorte sufrido por la CDCC, en su art. 135, carece, hoy, de relevancia práctica al recuperar el CS, su amplitud y sobre todo reproducir la pormenorizada normativa del art. 324 del *Avantprojecte*. En síntesis, y siempre a salva la voluntad del testador, el CS establece: *A)* con carácter general, que la sustitución vulgar ordenada para uno de los casos (no querer o no poder llegar a ser heredero ⁽⁷⁵⁾) vale para el otro y *B)* con carácter particular, que la establecida para el caso de premoriencia ⁽⁷⁶⁾ valga para todos los demás, incluyendo, en este sentido, el propio art. 167, tres supuestos. A saber, los del heredero: *a)* sujeto a condición suspensiva, muerto antes de cumplirse o que sin morir, ve como aquella se frustra ⁽⁷⁷⁾; *b)* del concebido que no llega a nacer — en cierto modo, otro caso de *conditio deficit* — ⁽⁷⁸⁾ y *c)* el del declarado ausente ⁽⁷⁹⁾ — en cierta modo, otro caso de premoriencia ⁽⁸⁰⁾.

3.8. En términos generales, y teniendo siempre muy presente la *voluntas testatoris* como criterio interpretativo fundamental: en cuanto al fondo, el precepto objeto de análisis merece, en nuestra opinión, en general, un juicio favorable, pero, en cuanto a la forma, no tanto. En I), por la defectuosa formulación sintáctica de su primera frase y reiterar, en su segunda, lo innecesario ⁽⁸¹⁾ y en II), por un lado, por dar pie a que se formule, de nuevo, esta última

tamenti, 125 ss.

⁽⁷⁵⁾ Serían los casos de incapacidad (e indignidad) para suceder que, junto a los de renuncia y premoriencia, son los tradicionales. En general, la aplicación a todos los supuestos de incapacidad e indignidad las normas relativas a la capacidad sucesoria, arts. 9, 11 y 13 del CS no plantea dudas, como se desprende — y a quien nos remitimos — de A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 661 s., y como base, inmediata, del derecho catalán anterior, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 364 ss.

⁽⁷⁶⁾ Al que se equipara o incluye la conmoriencia del testador e instituido, según arts. 33 del CC y 9 del CS.

⁽⁷⁷⁾ Lo que, en suma, no es sino consecuencia lógica de lo establecido en el art. 155 del CS.

⁽⁷⁸⁾ Conforme al art. 29 del CC y que tendría, también, cabida entre los casos de incapacidad con la lógica aplicación del art. 9 del CS.

⁽⁷⁹⁾ Con las prevenciones del art. 191 del CC.

⁽⁸⁰⁾ Como lo sería, también, la declaración de fallecimiento del instituido, si la fecha fijada en la resolución judicial en que se declare ocurrida la muerte fuera anterior a la del causante, y siempre de conformidad a al art. 195 del CC y las prevenciones fijadas en los dos siguientes, 196 y 197.

observación, hubiera bastado decir que la sustitución vulgar ordenada para un caso concreto implicaría todos los posibles y, por otro, anudado a la objeción precedente, porque la enumeración de casos, a primera vista, obstaculiza una fluida comunicación y plantea, insistimos *prima facie*, el posible interrogante de si tiene carácter taxativo, exhaustivo o cerrada, en suma, si estamos ante un *numerus clausus* o si, *a contrario*, al ser aquella indicativa o enunciativa, lo es solo *ad exemplum*, interpretación por la que, sin dudar, nos decantamos ⁽⁸²⁾.

3.9. La ayuda que pueda prestar el Derecho Romano como base y fundamento del art. analizado, y que contribuya a su mejor comprensión y eventual crítica, la centraremos en los siguientes puntos.

A) En cuanto al ámbito de aplicación de la *vulgaris substitutio*, para recordar que: si bien en el art. que examinamos, y por razones plausibles de sistemática, se refiere, solo y exclusivamente, al heredero, no impide, también, pueda aplicarse a otras instituciones y personas dentro del derecho sucesorio ⁽⁸³⁾, como: en el legado, al legatario ⁽⁸⁴⁾; en la sustitución fideicomisaria, al heredero sucesivo o fideicomisario ⁽⁸⁵⁾ y en las donaciones *mortis causa*, a los donatarios ⁽⁸⁶⁾, lo que, insistimos, bajo un prisma jurídico, no es nuevo y, es más, se ha destacado por la propia doctrina catalana ⁽⁸⁷⁾, perfectamente, acorde, con el Derecho Romano ⁽⁸⁸⁾, que, apostillamos nosotros, en *Impp. Iustinianus A Senatui urbis Const. C. 6.51.7 in fine*, recuerda: ... *quum certi iuris est, et in institutionibus, et legatis, et fideicommissis, et mortis causa dona-*

⁽⁸¹⁾ No digo lo obvio, pero lo pienso.

⁽⁸²⁾ En este mismo sentido A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 663

⁽⁸³⁾ A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 657, precisa que, este artículo, aunque se incluye dentro del Título III, sobre la sucesión testada y hable del testador, es aplicable a las demás disposiciones por causa de muerte, como al heredamiento y codicilo, si bien, únicamente, respecto a los legatarios.

⁽⁸⁴⁾ Art. 258 CS

⁽⁸⁵⁾ Entonces se produce la llamada sucesión vulgar en fideicomiso. Arts. 193 y 194 CS (y 171 CDCC)

⁽⁸⁶⁾ Art. 392 CS (art. 245.1 CDCC)

⁽⁸⁷⁾ Términos en que se expresa, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 356, al comentar el artículo tratado en el texto.

⁽⁸⁸⁾ B. BIONDI, *Sucesión*, cit., 251, matiza, respecto a las *donationes mortis causa*, que la cuestión podría resultar discutible en derecho clásico y revestir, o no, la forma de *stipulatio*, para lo que invoca Marc. 28 *dig. D. 31.50. pr.* pero asumible, sin dificultad, en derecho justiniano, a la vista de la equiparación de aquellas con los legados, considerándose, precisamente, nos dice, como legados de segundo grado.

⁽⁸⁹⁾ En Derecho catalán también se aplica a la sucesión contractual, esto es: al

tionibus potest substitui (89).

B) Que los supuestos en que puede operar la sustitución, si se quiere posibles casos de *delatio ex substitutione*, a tenor de las fuentes romanas y vía de síntesis, vienen a ser, como hoy en la realidad jurídico catalana, consecuencia del cumplimiento de la *conditio substitutionis* lo que, en otras palabras, se produce por ineficacia, inicial o sobrevenida, de la *heredis institutio*, que, en esta última hipótesis, puede producirse, por causas que dependen de la voluntad del *heres institutus*, que se circunscriben a la *repudiatio*, al no querer, las fuentes dirían *si Titius heres noluerit*, o por causas independientes de ella, al no poder, por lo que resultaría incapaz, *si Titius heres esse non potuerit* (90).

C) Que corresponde al testador determinar (o limitar) los supuestos concretos en que opere la sustitución vulgar en cada caso al ser siempre, así lo recuerdan los textos, una *quaestio voluntatis*. *Voluntas*, que puede manifestarse, según se desprende de aquellos, de distintas formas. A saber: *a)* sin expresión de casos (91); *b)* con referencia a uno sólo, de manera clara e indubitada, por ejemplo al *casus voluntatis* y no al *casus impotentiae*, o al revés (92), y *c)* en fin, previendo un solo caso pero sin excluir, con la nitidez anterior los demás, de manera que pudiera entenderse que, implícitamente, los comprende y se trata de una sustitución tácita. No planteando problema alguno los supuestos *a)* y *b)*, respecto al *c)* nos limitaremos a recordar que CELSO, 16. *dig.* D. 28.5.24, da noticia de una *quaestio* en que el testador había dispuesto: *Titius et Seius, uterque eorum vivet, heres mihi esto*; ante la alternativa dada por el propio CELSO, *existimo, si uterque vivat, ambo heredes esse, altero mortuo, eum qui supererit, ex asse heredem fore...* el argumento, para basar la segunda opinión, y que se ofrece, en el texto siguiente, por ULPIANO, 6 *reg.* D.

heredamiento.

(90) A) P. VOCI, *Diritto*, cit., I, 161 s., señala 3 tipos de causas y suministra, ejemplos en particular y los oportunos textos, en los que, obviamente, se observa, si se nos permite la redundancia: *a)* la ausencia de la ausencia (regulada en nuestro derecho contemporáneo, a partir de 1939, por la ley especial de su nombre), institución desconocida en Derecho Romano, y cuyas bases iniciales se encuentran en la práctica de la Edad Media, y, en particular, como refiere J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, 10.ª ed., Barcelona, 1990, 159, en el versículo 10 del salmo 89 y *b)* como la *restitutio in integrum* ha desaparecido. B) Vid. también, en el propio P. VOCI, *ibidem*, el momento de la *delatio ex substitutione*, que, doctrinalmente, en derecho civil español, haya adecuado complemento en M. ALBA-DALEJO, *Sustituciones*, cit., 46 ss. y 51 ss., y en derecho civil catalán en L. PUIG FERRIOL *Intitutions*, cit., 273 y s.

(91) Sirva de ejemplo: *Imp. Alexander A Vitali militi pp.* C. 6.24.3.

(92) A tenor de las fuentes el supuesto más difundido.

(93) A) B. BIONDI, *Sucesión*, cit., 253, con carácter general, nos dice: *a)* que la for-

28.5.25, es, precisamente, *quia tacita substitutio inesse videtur institutioni* ⁽⁹³⁾.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 168

Art. 168

Un heredero podrá ser sustituido por dos o más sustitutos y al revés. Los sustitutos podrán ser llamados todos juntos o unos en defecto del otro; en este último caso, el sustituto del sustituto, se entiende que también lo es del instituido.

Diferentes herederos podrán ser nombrados sustitutos vulgares entre ellos, recíprocamente. Si han sido instituidos en cuotas desiguales, la del llamado que no llegue a ser heredero, se deferirá a los otros instituidos en proporción a sus respectivas cuotas. Si con los coherederos es llamado a la sustitución otra persona, corresponderá a ésta una porción viril de la cuota vacante y el resto corresponderá a los herederos en la citada proporción. En cualquier caso

mulación expresa de que la sustitución prevista para el que *casus voluntatis*, se deba entender extensiva al *impotentiae* o al revés, no es contemplada, — nos permitimos apostillar, en forma directa —, por las fuentes, aunque se tiende a una solución afirmativa; *b*) matiza, que no se trata de admitir una sustitución tácita, que se debe excluir, sino de interpretar la *condicio substitutionis*, a saber, que el disponente, en sustancia, ha querido nombrar al sustituto para el caso en que el primero no sea heredero y, en su pensamiento, tiene poca importancia que ello ocurra porque no quiera o porque no pueda adquirir y *c*) advierte que, en todo caso, *voluntatis est quaestio* (para lo que invoca C. 6.24.3, cit) y, por ello, al estar en el terreno interpretativo es siempre posible probar la voluntad contraria. *B*) Los Pandectísticos, en los que cabe otorgar representación a F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. dirigida por F. SERAFFINI-P. COGLIOLO y C. FADDA, XXVIII, trad. y anot. A. ASCOLI, Milano, 1904, 34 ss. y B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad., FADDA y BENSÀ, III, Torino, 1930, 184,5, postulan una postura afirmativa. *C*) Cfr. aunque no se refieran, en concreto, a la *vulgaris substitutio*, que nos interesa, SCAEVOLA, 6 *quaest.* D. 28.2.29.5 que acaba por establecer una comparación entre el caso de la muerte y otros distintos, con referencia a la *Lex Velleia*: *Sed ex sententia (legis Velleiae) et haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint* y también ULPIANO, 5 *disp.* D. 36.1.22. pr. *intellecta matris voluntate*, en materia de fideicomiso, aplicación del Decreto del Divino Marco y en el que se alude a un testimonio del propio Escévola.

⁽⁹⁴⁾ *Un hereu pot ésser substituït per dos o més substituïts i a l' inrevés. Els substituïts poden ésser cridats totes junts o l'un en defecte de l'altre; en aquest darrer cas, el substituït del substituït s'entén que també ho es del substituït. Diferents hereus poden ésser nomenats substituïts vulgars entre ells recíprocament. Si han estat instituïts en quotes desiguals, la del cridat que no arriba a ésser hereu es defereix als altres instituïts en proporció a llurs quotes res-*

prevalecerá lo que haya ordenado el testador ⁽⁹⁴⁾.

4.1. Trata el artículo, en su párrafo inicial (I) y dos primeras frases, de las modalidades, formas y combinaciones posibles para designar sustituto; precisa, a continuación, cual es el carácter de un eventual segundo o ulterior sustituto y se centra, por último, ya en (II) su segundo párrafo, en lo que denomina sustitución recíproca y su régimen en diferentes situaciones, que, en todo caso, supedita a la *voluntas testatoris*.

4.2. La CDCC, por razones absurdas, de simplificación de articulado, impuestas a sus redactores ⁽⁹⁵⁾, dedicó, como en su momento dijimos, sólo un artículo, el 155, a la sustitución vulgar, en el que nada se dice, de lo que, en este momento nos ocupa, a saber, del régimen establecido en caso de haber una pluralidad de sujetos: ya fueran sustitutos; herederos sustituidos; sustitutos y herederos sustituidos, sin carácter de reciprocidad, ya se tratara, en fin, de sustitución vulgar recíproca, entre coherederos o con algún extraño. Hoy, el sentir del antiguo art. 265 del *Avantprojecte*, a través del 168 del CS, recupera (mejor logra) una vigencia que, en su momento, *de iure*, no tuvo.

4.3. (art. 168.I). A) La primera frase del art. 168.I es novedad, en tanto a formulación expresa en la legislación catalana contemporánea vigente, y no lo es, en cuanto a su contenido, que es similar, al del art. 778 del CC, según el cual: “pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos” ⁽⁹⁶⁾. En definitiva, el que el CS, en 168.I, parta de unidad que extiende a pluralidad — *un* (solo) *heredero* para *dos o más sustitutos* — y el CC, en 778, de pluralidad, que restringe a unidad — *dos o más personas* (herederos) *a una sola* (para un solo sustituto) — y después, uno y otro precepto, inviertan sus respectivos puntos de partida con un *al revés* o con un *al contrario* ⁽⁹⁷⁾, lo único que nos sugiere es la reflexión, bajo el prisma gramatical, sobre si en el fondo ambos textos reflejan, a través de la combinación de sus distintos significantes y de sus estructuras sintácticas res-

pectives. Si amb els cohereus és cridada a la substitució una altra persona, correspon a aquesta una porció viril de la quota vacant i la resta correspon als hereus, en la proporció esmentada. En tot cas, preval allò que ha ordenat el testador.

⁽⁹⁵⁾ En estos términos, literalmente, se expresa L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 377.

⁽⁹⁶⁾ Ambos textos omiten el supuesto más simple y más lógico, el caso de nombrarse un sustituto para un instituido, que presumen, o tal vez reservan para el primer artículo (774 CC y 167 CS), con el que los dos ordenamientos jurídicos inician, sus respectivas secciones, en la materia que nos ocupa.

pectivas, el significado que, en la forma, pretenden. Este posible interrogante me permito contestarlo, en la formulación del CC, afirmativamente, por el uso del genérico *personas* — *sustituir dos o más personas a una sola* — y la ulterior explicación, con la que, además, se cierra el artículo — *y al contrario, una sola (persona) a dos o más herederos* —, En cambio, en la redacción del CS, opto por cuestionarlo, pues lo contrario de que “*un heredero pueda ser sustituido por dos o más sustitutos*”, es, “que dos o más sustitutos lo puedan ser por un heredero”, y esto, creemos, no es lo que se pretende decir en el Código catalán. Lo que, a nuestro juicio si quiere decir y no dice, es: “que (varios) dos o más herederos puedan ser sustituidos por un sólo sustituto”, con lo que así se enlazaría, perfectamente, el final de este primer párrafo y el inicio del segundo.

4.4. (art. 168.I). *B)* Enlazando, con lo que, a nuestro juicio, quiere decir y no dice, la letra, que no el espíritu, de la primera frase examinada del art. 168.I, la segunda, en coherencia y como complemento del sentido que hemos dado a su precedente, matiza que si puede haber *dos o más sustitutos*, también puede haber una pluralidad de sustituidos, con la opción alternativa, que, a su vez, éstos lo sean por una sola o por varias personas y, en este caso, conjunta, sucesiva o recíprocamente. Hipótesis que requieren una mínima reflexión.

a) En el primer caso, o sea, habiendo varios herederos instituidos y un solo sustituto, es obligado plantearse el problema de si el sustituto sólo será llamado en defecto de todos los coherederos, lo que, en otras palabras implicaría otorgar preferencia al derecho de acrecer sobre la sustitución, o si, por contra, ésta debe prevalecer sobre aquél. Problema tradicional que suele resurgir y replantearse ante cualquier nueva regulación del derecho sucesorio y que quedando al margen del concreto examen del art. que nos ocupa, obviamos, no sin antes constatar que el propio CS, en otro artículo, el 38⁽⁹⁸⁾, lo resuelve dando preferencia a la sustitución vulgar⁽⁹⁹⁾.

b) Siguiendo con la pluralidad de los sujetos, el CS, admite, al lado de la sustitución vulgar conjunta, otra sucesiva, que si no es de un grado,

(97) En catalán: *l'inrevés*.

(98) Art. 38.3: “Cuando en el lugar del heredero que falta llegan a serlo alguno de sus herederos por derecho de transmisión sucesoria o resultan los llamados por vía de sustitución vulgar o fideicomiso, no tiene lugar el derecho de acrecer”.

(99) Con ello reproduce, en este punto, el tenor literal del antiguo art. 265.3 de la CDCC: “Cuando en lugar del heredero que falta... lo fueren los llamados por vía de sus-

sino de varios, se produce cuando dos o más sustitutos se llaman a falta del inmediato anterior o precedente, y que, ante la ausencia de precepto normativo y por el fin que cumple la sustitución, podrá hacerse de manera indefinida ⁽¹⁰⁰⁾, o sea, sin tasa legal o límite ⁽¹⁰¹⁾, por lo que si el instituido no llega a ser heredero sólo uno de los sucesivos grados de sustitutos vulgares del mismo, en línea vertical, y sólo ese, podrá llegar a ser heredero sustituto efectivo ⁽¹⁰²⁾.

4.5. (art. 168.I). C) Anudado a la sustitución vulgar sucesiva de varios grados, el CS, da por resuelto un problema que viene de antiguo. A saber, el de si el sustituto del sustituto debe considerarse sustituto del primer instituido, a lo que responde afirmativamente. Así se concluye, en el precepto catalán, un largo *iter* que: inician los juristas romanos, en especial, quienes se disputan, con todo mérito, el título del mayor prestigio entre ellos, JULIANO ⁽¹⁰³⁾ y PAPIANIANO ⁽¹⁰⁴⁾; prolongan por rescripto los emperadores Severos, SEPTIMIO y ANTONINO; recuerda JUSTINIANO ⁽¹⁰⁵⁾, y como criterio, se convierte en regla por los intérpretes. En fin, por resumir, se mantiene, en

titución vulgar... no tendrá lugar el derecho de acrecer”.

⁽¹⁰⁰⁾ Algo que, por las razones expuestas en el texto resulta, es obvio, aplicable al llamamiento conjunto.

⁽¹⁰¹⁾ A diferencia, pues, de lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria (204 CS) no comporta, jamás, una vinculación temporal de los bienes. El que ésta tienda a perpetrar los bienes en la familia y a evitarlo la sustitución vulgar, lo que se produciría caso del llamamiento *ab intestato* que pretende eludir es razón teórica, sobradamente conocida, que establece diferencias entre una y otras.

⁽¹⁰²⁾ Lo que ya anticipa Iul. 29 dig. D. 28.5.37. pr. *Quum in testamento ita scribitur: “si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo morte meam natus heres esto” duo gradus heredum sunt, nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur. Ex quo apparet, si nepote Titius substitutus fuerit, et filius patri heres extiterit, non posse Titium una eum filio heredem esse, quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur.*

⁽¹⁰³⁾ Iul. 30 dig. D. 28.6.27: *Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius, verius puto, in utramque partem Sempronium substitutum esse.*

⁽¹⁰⁴⁾ Pap. 6 resp. D. 28.6.41. pr. *Coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret aut conditio substitutionis existeret, vita decessit, ad substitutum eius sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat.*

⁽¹⁰⁵⁾ I. 2.15.3. *Sed si instituto heredi et coheredi suo substituto dato alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus, sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti.*

⁽¹⁰⁶⁾ Art. 632: “El sustituto del sustituto se entiende serlo también del heredero de primer grado”.

general, en el Proyecto isabelino de 1851 ⁽¹⁰⁶⁾ y en la jurisprudencia y doctrina anterior a la Ley de Bases del CC, de 1886 y 1887 ⁽¹⁰⁷⁾ y, en particular, se acoge y entiende vigente por la doctrina catalana, sin expresa formulación, hasta que el CS, hoy, la refleja en el artículo objeto de análisis.

4.6. (art. 168.II). El CS en el párrafo II del texto objeto de análisis, trata de la sustitución vulgar recíproca; recupera el régimen el del art. 265 del *Avantprojecte* y en general, presenta dos supuestos: 1.º) el de *herederos instituidos y nombrados sustitutos, (recíprocamente)*, que, por omisión, si se quiere, por presunción, pueden ser *instituidos en cuotas* (partes) iguales o *desiguales* y 2.º) el de herederos instituidos, (ahora somos nosotros los que presumimos, en cuotas iguales o no) nombrados, recíprocamente, sustitutos junto con *otra persona* (uno o más extraños, nos permitimos adelantar).

a) En el caso de herederos instituidos en partes iguales, o sin designación de partes, no hay problema, tal vez por ello, y entramos en campo de la presunción, lo omite el CS. En todo caso, la solución parece clara, y los sustitutos sustituirán, y por igual, en la cuota o cuotas de heredero o herederos que falten ⁽¹⁰⁸⁾.

b) En el caso de herederos instituidos en cuotas desiguales, el CS, recoge, ahora sí, lo que, tanto el *Avantprojecte*, como la doctrina catalana, entendía, en forma unánime, vigente en Cataluña, trasladando, así, este sentir a la letra del precepto a examen. Por ello: la cuota del heredero que no llegue, en efecto, a serlo se defiere a los demás coherederos (ahora sustitutos) en proporción a las suyas respectivas.

La inclusión del criterio de proporcionalidad, en vez del de igualdad, sustentado en su desafortunada redacción por el art. 779 del CC ⁽¹⁰⁹⁾, sin duda, representa una gran mejora técnica y una mayor adecuación, no sólo respecto a su espíritu verdadero ⁽¹¹⁰⁾, sino también con relación la presumible voluntad del causante. Pese a ello, la estricta observancia de lo preceptuado

⁽¹⁰⁷⁾ TS: 23, marzo 1886 y 3 de enero de 1887.

⁽¹⁰⁸⁾ El que la sustitución se mantenga, no dejando pues, de ser una institución condicional y se cumpla, precisamente, la *conditio substitutionis*, son dos argumentos sencillos, y creemos convincentes, que expone M. ALBADALEJO, *Sustituciones*, cit., 63, ss., respecto al CC, tomando como base los arts. 756 que considera aplicable y 779 que, dice, no lo es, y que hacemos nuestros en la interpretación del CS.

⁽¹⁰⁹⁾ Art. 779: “Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador”.

⁽¹¹⁰⁾ Vid. representando la crítica más destacada, M. ALBADALEJO, *Sustituciones*,

por el CS sigue siendo imposible en su literalidad si fueran sólo dos coherederos sustitutos recíprocos instituidos en distintas cuotas, pues faltando uno al otro corresponderá, íntegramente, en todo caso, y cualesquiera fuese su cuantía, la parte de quien no quiso o pudo ser heredero.

4.7. (art. 168.III). El tercer y último párrafo del art. 168 del CS, contempla la anterior pluralidad de herederos instituidos, en partes iguales o no, recíprocamente sustitutos, a lo que añade, como innovación, el que, junto a todos ellos, concurra, además, como sustituto, otra persona. Echamos en falta algo más de precisión, pues, en el fondo, se está refiriendo a un no coheredero, alguien “extraño” hasta el momento en la sucesión. En este caso y sobre este punto, el CS, tal y como dijimos, fiel al criterio mantenido en el *Avantprojecte* (art. 352.2) establece que a “*esta otra persona*” le deberá corresponder una porción viril de la cuota que quedara vacante y el resto a los otros instituidos en proporción a sus respectivas cuotas.

Este punto de arriba, con el que se cierra el art. que examinamos, es resultado de un largo y, porque no confesarlo, al menos para nosotros, algo complejo, *iter aritmético*, cuyas fases, son: 1.^a) Fijar el valor total de la herencia del causante (pongamos, 120) ⁽¹¹¹⁾; 2.^a) Precisar el de la cuota vacante, o sea, la que había atribuido el *de cuius* al instituido heredero que no ha llegado a suceder (finjamos, es *Tertius* quien renuncia y que se trata de $1/4$ — $3/12$, el *quadrans* — la cuota que le había sido asignada y por tanto la parte que le hubiere correspondido = 30 — de las 120 —); 3.^a) Repartir esta porción vacante (o su valor) — 30 , actúa pues como dividendo —, en tantas partes iguales como sustitutos haya, sean, o no, coherederos (imaginemos 4 sustitutos: 2 herederos+sustitutos, recíprocos, *Primus* y *Secundus* y otros 2 sustitutos-no-herederos, también recíprocos, *Quartus* y *Quinctus*) por lo que el número total de éstos (4) hará de divisor y el cociente obtenido, ($7'5$) representará la cuota que corresponde a cada uno; 4.^a) Restar esta cuota viril, *in capita*, de los sustitutos no coherederos ($7'5 \times 2 = 15$), del total a repartir (30), siendo la diferencia obtenida (15) el total de las cuotas viriles de los herederos+sustitutos. Entramos en las operaciones finales, y así éste remanente (15), se dividirá entre dichos herederos+sustitutos (*Primus* + *Secundus*) en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias, (por caso, $1/4$, — $3/12$, el *quadrans* para *Primus* — y $2/4$, — $6/12$ —,

cit., 65 y ss.

⁽¹¹¹⁾ Permítasenos con este número rendir tributo, por un lado al *as* romano, que como es notorio, se divide en 12 *unciae*, y por otro, a nuestro sistema decimal, al mul-

el *semis*, la mitad — para *Secundus*). Para mantener esta proporción inicial, en definitiva el doble para *Secundus*, de lo que reciba *Primus* en la nueva cantidad a repartir, y siendo ésta, lo hemos dicho, 15, las fracciones serán $1/3$ y $2/3$, respectivamente, lo que, en definitiva representaría 5 para *Primus*; 10 para *Secundus* (total, 15) que con las otras (15) que corresponden a las cuotas de *Quartus* = 7'5 y *Quinctus* = 7'5, agotarían el haz hereditario.

4.8. Como cierre del comentario a este art. pasamos a formular algunas observaciones asentadas, en especial, en el de Derecho Romano.

A) El art. 168.I, *ab initio*, gramaticalmente, dice algo que no quiere decir y lo que quiere decir no dice ⁽¹¹²⁾; *deinde*, recoge las combinaciones, *plures in locum unius* y *unus in locum plurium*, de las que nos dan reiterada noticia las fuentes jurídico romanas pero, a diferencia de ellas, sistemática y sintácticamente, no incluye el supuesto más simple y lógico, el de *unus in locum unius* y, obviamente, el que esta sustitución singular, se pueda repetir varias veces, *vel singulis singuli*. En definitiva, la enumeración que ofrece es menos completa que la legada por sus precedentes históricos romanos, que cabe representar

tiplicarlas por 10.

⁽¹¹²⁾ Al trata *De rebus dubis*, nos parece oportuno, aplicar, advertir y recordar a los redactores del CS, en este *initium* del art. 168.III, un conocido texto de Paulo, 24 *quaest.* D. 34.5.3, que, *in fine*, nos recuerda: *qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur*.

⁽¹¹³⁾ Gai 2.175: *Et licet nobis vel unum in unius locum substituere pluresve et contra in plurium vel unum vel plures substituere*. J. IGLESIAS REDONDO, en la traducción del fragmento, *Gayo Instituciones*, Madrid, 1985,166, omite, sin duda por error editorial, su segunda parte, apareciendo sólo: También podemos sustituir uno o varios en lugar de uno.

⁽¹¹⁴⁾ También Marciano, se pronuncia en igual sentido y completa los dos supuestos anteriores, con otros tantos, pues en los casos de pluralidad de herederos y sustitutos, alude, además: a) por un lado, a posibles sustituciones singulares, *vel singulis singuli*, lo que, en suma, es repetir la sustitución, varias veces, en forma independiente y b) por otro lado, a posibles sustituciones recíprocas entre los mismos que fueron instituidos herederos, Así, nos dice en 4 *Inst.* D. 28,6,36, pr.1.: *Potest quis in testamento plures gradus heredum facere, puta: "si ille heres (non erit ille heres) esto» et deinceps plures, ut novissimo loco, in subsidium vel servum necessarium heredem instituat. 1. Et vel plures in unius locum, possunt sustitui. vel unus in plurium, vel singulis singuli, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt*.

⁽¹¹⁵⁾ El fragmento de MARCIANO, al que se alude en el texto y n. anterior, se repite, con idénticas palabras, por JUSTINIANO en I. 2.15.1, lo que no debe causar extrañeza: a) por el tipo de obras en que se inspiran; b) el concreto autor al que se atribuye el fragmento de Digesto y c) la más que posible, probable, influencia, que pudieron representar, aquellas — *Institutiones* — y su autor — MARCIANO — como base y precedente de las justi-

en: GAYO, 2.175 ⁽¹¹³⁾; MARCIANO, 4 *inst.* D. 28.6.36.pr-1 ⁽¹¹⁴⁾ e *Institutiones*, 2.15.1 ⁽¹¹⁵⁾.

B) También en 168.I, hay dos puntos a destacar: 1.º) El aplauso que merece, a nuestro modo de ver, la canonización, *de iure*, de la máxima *substitutus substitutio intelligitur (est)-censetur — substitutus instituto*, y la consecuencia lógica que comporta: que aquél no recibe la herencia del primer sustituto, sino del *de cuius* y la lógica consecuencia de que cada sustituto, lo es de los anteriores y directo del instituido, por lo que sólo es necesario que a él sobreviva ⁽¹¹⁶⁾. 2.º) Que omite decir, en forma expresa ⁽¹¹⁷⁾, que si los herederos sustituidos, recíprocamente, son solo dos, cualesquiera fueren las posibles cuotas de ambos, faltando uno, percibirá la totalidad de su parte el otro. Con menos palabras, que cada uno sustituye, por el todo, al otro o que, uno y otro, son, recíprocamente, sustitutos por la cuota, porción o cuantía en que fuera instituido su coheredero ⁽¹¹⁸⁾.

C) La regla de proporcionalidad, en vez de la de igualdad, que establece el art. 168, II y III, sin duda: merece aplauso y calificarse de reconocimiento histórico político si se quiere, y una y otra cosa serán justas. Pero tanto más justos serán tales elogios, como injusto sería no recordar al hacerlos que,

nianeas.

⁽¹¹⁶⁾ Sin embargo, permítasenos apuntar que la *sustitución*, valga el juego de palabras, del término latino *institutus*, en castellano instituido, o si se quiere heredero, (en catalán *instituit* o *hereu*) por el participio adjetivado *sustituido*, puede dificultar una comunicación que siendo correcta, podría, a la manera romana, ser más fluida y en nuestra opinión más clara, ya que la grafía, derivación y paralelismo con sustituto es evidente y su equívoca y rápida lectura disculpable.

⁽¹¹⁷⁾ Se puede argüir que no hace falta que el CS se detenga en ello, por la incompatibilidad de títulos sucesorios que refleja en Preámbulo, II, bajo el epígrafe, *Els principis de la Llei*, lo que es cierto, pero no, creemos, determinante para impedir su inclusión o exclusión de conformidad, por caso, con el proclamarlo en los arts. 3, 41, 322, que hayan adecuado complemento en los: 138, 139 y 140.

⁽¹¹⁸⁾ Bastaría excluir del régimen de proporcionalidad que establece el supuesto que tratamos en el texto, como en su momento hicieron las Partidas, P.6.5.3: *Cuando muchos herederos son establecidos en el testamento, e sustitutos entre sí, quanta parte acresce a cada uno dellos, si alguno de ellos non quisiere ser heredero*.

⁽¹¹⁹⁾ Así los recuerda L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 378, en donde, por error tipográfico, sin duda, aparece el texto como D. 26.1.78 y el jurista como “Sacevola”.

⁽¹²⁰⁾ D. 36.1.78.4. *Pater puerum et puellas heredes instituit, eosque invicem substituit, et si neuter heres esset, iis plures substituit, substitutosque invicem substituit his verbis: “substitutos*

jurídicamente, tal regla tuvo precedentes romanos ⁽¹¹⁹⁾ destacados, como se desprende de: ESCÉVOLA, 21 *dig.* D. 36.1.78.4 ⁽¹²⁰⁾; ULPIANO, 4 *disp.* D. 28.6.24 ⁽¹²¹⁾ e *Impp. Titius Aelius Antoninus A Secundo, dat.* 146, en C. 6.26.1 ⁽¹²²⁾.

D) Al hilo de lo anterior y en cuanto se refiere a la sustitución recíproca, sus diferentes modalidades y régimen proporcional que el art. 168, regula en II y III, nos limitaremos a matizar que: 1.º) No excluye, como hemos reiterado, del régimen proporcional, siendo inaplicable, el supuesto que sólo haya dos coherederos sustitutos entre sí ⁽¹²³⁾; 2.º) Nada dice, como también en su momento se anticipó, cuando los instituidos que, a su vez, son sustitutos recíprocamente, lo han sido en partes iguales, aunque la solución sea clara ⁽¹²⁴⁾; 3.º) La utilización del singular *otra persona* ⁽¹²⁵⁾ añadido, como matiz, a la eventual pluralidad de herederos sustitutos recíprocos, parece circunscribir en teoría, no siéndolo en la práctica, el número de sustitutos no herederos, al de un solo “extraño” a la sucesión; 4.º) Silencia un amplio casuismo, no del todo infre-

heredes invicem substituo”; eorundum filiorum fidei commisit, ut qui eorum vita superasset, et sine liberis intra annum trigessimum moreretur, hereditatem iis, quos heredes substituerat restituat: filius vita sororem superavit, et intra trigesimum annum sine liberis decessit; quaesitum est, ex substitutis uno defuncto ante filium, pars eius, quae ad ceteros substitutos, qui super-viverent, pertinet, utrum pro virilibus, an pro hereditariis portionibus, quibus sunt substituti, pertineat. Respondit, consequens esse, pro his partibus, quibus substituti essent, fideicommissum pertinere.

⁽¹²¹⁾ D. 28.6.24: *Si plures sint instituti ex diversis partibus, et omnes invicem substituti, plerumque credendum, et ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti sint, ut, si forte unus ex uncia, secundus ex octo, tertius ex quadrante sit institutos, repudiante tertio, in novem partes dividatur quadrans, feratque octo partes, qui ex besse institutus fuerat, unam partem, qui ex uncia scriptus est, nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est, nisi evi-denter fuerit expressum.*

⁽¹²²⁾ C. 6.26.1: *Quum heredes ex disparibus partibus instituti et invicem substituti sunt, nec in substitutione facta est ullarum partium mentio, verum est, non alias partes tes-tatorem substitutioni tacite inseruisse — quam quae manifeste in institutione expressae sunt.*

⁽¹²³⁾ Así se hizo, en su momento en, P. 6.5.3: *Cuando muchos herederos son establecidos en el testamento, e sustitutos entre sí, quanta parte acresce a cada uno dellos, si alguno de ellos non quisiere ser heredero*

⁽¹²⁴⁾ Los sustitutos heredarán la parte del sustituido o sustituidos que falten por partes iguales.

⁽¹²⁵⁾ No entendemos porqué renunciar a una tradición tan arraigada como podría ser el uso de *extraneus*, mejor en plural *extranei*, extraños, como no sea por un intento de diferenciación, formal, respecto al CC.

⁽¹²⁶⁾ M. ALBADALEJO, *Sustituciones*, cit., 69, utiliza “imposible”, que hemos dulci-

cuenta, ya que las singularidades, serían difíciles de agotar ⁽¹²⁶⁾, respecto a que ocurriría, por ejemplo: *a)* si además de llamarse como sustituto a un no heredero instituido, se omite como sustituto a alguno de los instituidos; *b)* si son varios los extraños nombrados por un solo instituido no sustituto; *c)* si es uno el extraño nombrado en lugar de varios instituidos no sustitutos; y *d)* si son varios los extraños y varios los instituidos no sustitutos ⁽¹²⁷⁾.

E) Como cierre a estas observaciones del régimen de la *invicem vulgaris substitutio*, y aunque no se refleje, explícitamente, en el artículo objeto de examen, y sí en el 25 del CS, cuyo contenido rescata del *Avantprojecte*, debe precisarse que el heredero que, primero, aceptó *ex institutione*, no podrá, después, repudiar *ex substitutione* y, *a contrario*, si hubiera rehusado *ex institutione* no podrá, después, aceptar *ex substitutione*, por que esta cuota, viene a ser adquirida *ipso iure* ⁽¹²⁸⁾. Los romanístas, representados por BIONDI ⁽¹²⁹⁾, justifican este principio, doctrinalmente, manifestando que obedece a que la cuota de sustitución es siempre cuota de herencia. Por ello, si alguno es instituido por una cuota y sustituido por otra, aceptada la herencia, no es necesario de nuevo otro aceptar para la cuota de sustitución que, después, pueda deferirse, y no es posible renuncia alguna, por ya haber sido aceptada la herencia. También VOCI ⁽¹³⁰⁾, recuerda que esta es la postura que acoge el *CIC* ⁽¹³¹⁾ lo que se demuestra, nos dice, no sólo por el número de textos en que se refleja,

ficado en el texto.

⁽¹²⁷⁾ El que, en: *a)* el extraño sea llamado a la sustitución en el puesto del instituido, que no fue nombrado sustituto, recibiendo su parte; en *b)* se divida entre los extraños la porción del instituido no sustituto por partes iguales; en *c)* que el extraño sustituto reciba la suma de las porciones de los varios instituidos no sustitutos y en *d)* la suma de las porciones de los herederos no sustitutos, se dividan por igual entre los extraños, son las contestaciones que esgrime A. CALATAYUD, a quien seguimos, *Comentarios*, cit., 667, y sobre las que no nos sustraemos a destacar el empleo, por su parte, del término “extraño”.

⁽¹²⁸⁾ Art. 25,II: “Salvo voluntad contraria del testador, se entiende que el llamado en cuotas diferentes, que acepta cualquiera de éstas, también acepta las restantes, aunque le sean deferidas con posterioridad por vía de sustitución vulgar o por cumplimiento de condiciones suspensivas”.

⁽¹²⁹⁾ B. BIONDI, *Sucesión*, cit., 252.

⁽¹³⁰⁾ P. VOCI, *Diritto*, cit., 166

⁽¹³¹⁾ *Ibidem*, 164, s. y 168 respecto a una teoría independiente, que diferencia la suerte y destino de la cuota de institución y la de sustitución, por lo que admite que se pueda aceptar uno y repudiar otra y viceversa, esgrimiendo, sobre todo un texto de JAVOLENO, 4. ep. D. 29.2.76, al que B. BIONDI, *Sucesión*, cit., 252, n. 6, no otorga singularidad alguna.

⁽¹³²⁾ Iul. 28 dig. D. 38.15.4.pr.: *Si coheredi tuo substitutus fuisses, et bonorum pos-*

sino porque JUSTINIANO la aplica, también, al supuesto del heredero instituido en varias cuotas ⁽¹³²⁾. Comentando el CS, PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS ⁽¹³³⁾ justifican esta postura por el principio de carácter universal del título de heredero en derecho catalán ⁽¹³⁴⁾ a lo que debe unirse, que la aceptación, como lo sería la renuncia, ha de ser plena ⁽¹³⁵⁾. En suma, Roma y su Derecho vuelven a suministrar la base y fundamento de la Tradición jurídico catalana y su vigencia actual, merced, entre otros, a textos como los de: PAULO, 2 *Sab. D.* 29.2.1 ⁽¹³⁶⁾; ULPIANO, 4 *Sab. D.* 29.2.2-3 ⁽¹³⁷⁾; PAULO, 5 *leg. Iul. Pap. D.* 29.2.80 pr-1 ⁽¹³⁸⁾ o ULPIANO, 13 *ad leg. Iul. et Pap. D.* 29.2.81 ⁽¹³⁹⁾.

5. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 169

Art. 169

sessionem acceperis, quando coheres tuus constituerit, nolle petere bonorum possessionem, tibi data tota intelligitur, coheres tuus amplius petendae bonorum possessionis facultatem non habebit. Cfr. también, Ulp. 9 *Sab. D.* 29.2.35 pr.; Iul., 24 *dig. D.* 37.11.8.pr. cuya claridad corre pareja a su extensión, por lo que nos remitimos a sus respectivos textos sin reproducirlos y ya en Codex; C. 6.26.6. *Imppp. Dioclecianus et Maximinus AA Quintiano sdc. Testamento iure facto multis institutos heredibus et invicem substitutis, adeuntibus suma portionem etiam invitis coheredem repudiantium accrescit portio* y, en fin, *Imp Iustinianus A Ioanni pp* C. 6.30.20, año 531, que contempla también la sustitución pupilar.

⁽¹³³⁾ Un error tipográfico hace A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 666, citar a la jurista: ENCARNA TRÍAS.

⁽¹³⁴⁾ M. ALBADALEJO, mantiene la posición contraria para el CC, en *Sustituciones*, cit., 46 ss

⁽¹³⁵⁾ Art. 25.I CS: “La aceptación y repudiación de la herencia no pueden hacerse parcialmente, ni bajo término o condición. Las condiciones y las restricciones se deben tener por no formuladas”.

⁽¹³⁶⁾ D. 29.2.1: *Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.*

⁽¹³⁷⁾ D. 29.2.2: *Sed etsi quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere;* Ulp. 6 *Sab, D.* 29.2.3. *Quamdiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest.*

⁽¹³⁸⁾ D. 29.2.80.pr-1: *Si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem ommittere non possum, nec interest, in quibusdam habeas substitutum necne. 1. Idem puto, etiam si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem, omnem acquirō, si tamen delatae sint.*

⁽¹³⁹⁾ D. 29.2.81. *Toties videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quo-*

La sustitución vulgar podrá ser expresa o tácita.

Las sustituciones pupilar, ejemplar, fideicomisaria y preventiva de residuo incluyen siempre la vulgar tácita, pero en cuanto a las dos primeras, solamente, respecto a los bienes procedentes de la herencia del sustituyente ⁽¹⁴⁰⁾.

5.1. El artículo que pasamos a examinar, en su primer punto (I), reproduce, literalmente, la frase con la que se iniciaba el único existente sobre la *vulgaris substitutio* en la anterior CDCC, admitiendo para ella dos tipos, según la forma, expresa o tácita, de manifestarse la voluntad del testador. En el segundo punto (II), que también se inspira, en viejo art. 155 de la CDCC, ahora en su párrafo 3, recoge una serie de supuestos, que considera sustituciones vulgares tácitas, en los que el testador, de haber reflexionado más, los habría establecido en forma expresa y no haberlo hecho obedece a su falta de previsión. En síntesis se trata de normas interpretativas de la voluntad del testador que decaen ante su contraria voluntad, que cabe obtener por los medios de interpretación propios de las disposiciones *mortis causa*.

5.2. Los precedentes más inmediatos del art. 169, se encuentran en algunos textos de la antigua CDCC. En concreto: *a)* en el 155.1, lo que ya habíamos anticipado, en cuanto a la distinción entre sustituciones expresas y tácitas, coincidentes, ambos, en su literalidad y en su ubicación sistemática, *primo loco*; *b)* en el 155.3, respecto a los dos supuestos de sustitución pupilar y fideicomisaria, cuya limitación en aquella, a los bienes procedentes de la herencia del sustituyente, reproduce; *c)* en los 171 y 172, en lo que afecta a la sustitución vulgar en fideicomiso, asentada, a su vez, sobre los 4 casos que contemplaba el 175.2 ⁽¹⁴¹⁾, referentes a los hijos puestos bajo condición, en

ties acquirere sibi possit; nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem.

⁽¹⁴⁰⁾ *La substitució vulgar pot ésser expresa o tàcita. Les substitucions pupi-lar, ejem-plar, fideïcomissària i preventiva de residu enclouen sempre la vulgar tàcita; però, quant a les dues primeres, solament respecte als bens procedentes de l'herència del substituent.*

⁽¹⁴¹⁾ El art. 175, CDCC establecía una regla general, que: “En las sustituciones fideicomisarias, dispuestas para el caso de fallecer el fiduciario, sin dejar hijos, sean o no con pluralidad de llamamientos fideicomisarios, los hijos puestos en condición no se considerarán sustitutos fideicomisarios de no ser llamados, expresamente, como fideicomisarios o sustitutos vulgares”. Excepciones a esta regla general, y teniendo el carácter de sustitutos vulgares en fideicomiso, serán los hijos puestos en condición en los 4 casos que detalla... para finalizar diciendo que: “Estos hijos se entenderán llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso o como fideicomisarios, según que los hijos del fiduciario

que resuelve, de manera afirmativa, el problema de si tales hijos en la sustitución fideicomisaria, *si sine liberis decesserit*, son llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso ⁽¹⁴²⁾ y, en fin, *d*) en el 216.3 respecto a la sustitución preventiva de residuo.

5.3. (art. 169.I). El presente artículo reconoce *ab initio*, dos tipos de sustituciones. Uno, es la sustitución expresa, que, siendo innecesario, no explica y que, todos entendemos, se produce cuando la voluntad del testador se encamina, directa e inmediatamente, al logro de los efectos que le son propios, o sea, a designar un heredero de segundo o ulterior grado, para el supuesto que el primero, o anterior, no llegue a serlo y para lo cual, según parece desprenderse del texto, no se necesita el empleo de expresión técnica alguna ⁽¹⁴³⁾. El segundo tipo de sustitución que, 169.I, opone al anterior, es la que denomina tácita, por la que, también todos entendemos, o deberíamos entender, es la que se obtiene de una interpretación de la voluntad del *de cuius*, que al formular, una determinada disposición *mortis causa*, su intención fue, en el fondo, que no en la forma (que insistimos no se explicita), actuara, en su caso, también, la mecánica propia de la sustitución vulgar. En definitiva, y con menos palabras, la *conditio substitutionis*, si se prefiere, el *si heres non erit*, se presume implícito en la voluntad del *de cuius*, que de haberlo previsto, lo habría explicitado. No se trata, pues, de una sustitución vulgar incompleta, sino de un mero problema interpretativo y, precisamente, de la propia *conditio substitutionis* ⁽¹⁴⁴⁾.

5.4. (art. 169.II). A) El segundo punto del artículo del CS recoge una serie de casos que califica de sustituciones tácitas y se inspira, como lo hacía el primero, y ya habíamos anticipado, en el antiguo art. 155.3 de la CDCC, al que, no sólo completa, sino que, en principio, clarifica, acabando con alguna de las dudas que, en su momento, suscitó, su interpretación. En todo

o del último fideicomisario hayan sido llamados con uno u otro carácter”.

⁽¹⁴²⁾ El art. 175, CDCC, concluía, diciendo: “Serán llamados como sustitutos vulgares en fideicomiso o fideicomisarios, según que los hijos del fiduciario o del último fideicomisario hayan sido llamados con uno u otro carácter”.

⁽¹⁴³⁾ A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 667, recuerda que se ha llegado a utilizar la expresión “derecho de representación”, que hasta el CS no era, en teoría aplicable, en la sucesión testada y por el que había que entender una sustitución vulgar a favor de los hijos que actuara igual que si de aquel derecho se tratara. Respecto al CC, seguiría teniendo actualidad las referencias de M. ALBADALEJO, *Sustituciones*, 101 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ En este sentido coinciden, tanto romanistas, caso de B. BIONDI, *Sucesión*, cit., 253 (que niega y combate la admisión de sustituciones tácitas; reitera ser, en todo caso, *quaestio voluntatis* y reflexiona, en fin, sobre lo que, en realidad, quiere el disponente, es la no apertura de la sucesión *ab intestato*, con independencia de la causa) como civilistas, caso de L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 374.

caso, el CS alude a ciertos supuestos en que el testador, de haber reflexionado más, los habría establecido como sustituciones vulgares ⁽¹⁴⁵⁾.

5.5. (art. 169.II). *B)* La principal novedad del art. 169.II, es incluir, como supuesto de sustitución vulgar tácita, y junto al de la sustitución pupilar, la ejemplar. Algo que: *a)* había silenciado la CDCC, en su art. 155; *b)* interpretado, de forma excluyente, la doctrina catalana ⁽¹⁴⁶⁾ y *c)* justificado, así lo hacía ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en aras a lo difícil que era obtener una voluntad tácita del *de cuius*, de una disposición sucesoria de carácter tan excepcional ⁽¹⁴⁷⁾. Destacado lo nuevo, aludamos, brevemente, a los supuestos que como sustituciones vulgares tácitas figuran en 169.II y que centraremos en cuatro puntos: 1) Que las sustituciones pupilar y ejemplar, sufren el lógico límite de ceñirse a los bienes procedentes de la herencia del sustituyente, ya que, recuerda CALATAYUD ⁽¹⁴⁸⁾, aunque en derecho catalán, tales sustituciones se extiendan, también, a los bienes del pupilo, impúber o incapacitado, de admitirse, a otros bienes del pupilo, desde un punto de vista técnico-jurídico, podría interpretarse como dotar de eficacia a una disposición de testamento hecha por una persona sobre herencia ajena ⁽¹⁴⁹⁾; 2) Que este límite, lo que también es lógico, desaparece en los demás supuestos, referidos en el art., cuyo carácter de sustitución vulgar “tácita” se reitera, en otros preceptos del texto legislativo ⁽¹⁵⁰⁾; 3) Que en los casos de sustitución fideicomisaria o, si se prefiere, de sustitución sucesiva de herederos, el CS establece que, también, implica una sustitución vulgar tácita, o sea que se considera al sustituto llamado,

⁽¹⁴⁵⁾ A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 668.

⁽¹⁴⁶⁾ Vid. por todos, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 374 s, que, bajo el prisma del derecho compilado, hace hincapié en lo forzado que, doctrinalmente, resultaría extraer una voluntad tácita de una disposición sucesoria mucho más excepcional que la sustitución pupilar y cuyo fundamento, moral, que no jurídico, no descansaría como en ésta en la patria potestad, sino en el presumible amor o cariño que pudieran profesar los ascendientes al sustituido.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, 375.

⁽¹⁴⁸⁾ A CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 669.

⁽¹⁴⁹⁾ L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 374.

⁽¹⁵⁰⁾ Sirva de ejemplo, los arts. 248.II y 251.III del CS para las sustituciones fideicomisarias y preventivas de residuo, respectivamente.

⁽¹⁵¹⁾ La frecuente utilización en la práctica, por un lado, y la eficacia sucesoria que comporta, por otro, para evitar la apertura de la sucesión *ab intestato*, son razones, esgrimidas, en su momento, por L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 375 s., al tratar en art. 216.3 de la CDCC de la sustitución preventiva de residuo y su valor como sustitución vulgar tácita, y que hacemos nuestros, ahora, al hacer lo propio con el CS, pues la intención del testador, en este último sentido es tan clara, como lógico y verosímil resulta que la

no sólo tras, o después, de un primer instituido, sino en defecto o a falta de éste, lo que es aplicable a la sustitución preventiva de residuo ⁽¹⁵¹⁾. Y por último, como 4), que, la enumeración que ofrece el artículo no comporta idea de *numerus clausus* ⁽¹⁵²⁾, lo que se deduce de la designación explícita de sustitución tácita, de otros supuestos en el propio articulado del CS, cuya especial consideración nos alejarían del objeto de nuestro trabajo ⁽¹⁵³⁾.

5.6. (I-II) CALATAYUD ⁽¹⁵⁴⁾ relacionando la general manifestación consignada en I y algunos supuestos y aplicaciones que aparecen en II, dice que “parte de la doctrina prefiere designar estos supuestos legales, en vez de con el nombre de sustituciones tácitas con el de sustituciones conjeturales” y que “en cualquier caso, de lo que se trata es que la ley presume que el testador de haberlo pensado mejor las habría establecido y que si no lo hizo fue debido a una imprevisión”. Estamos de acuerdo, en el fondo, con CALATAYUD, pero no en la forma, tal vez sería más adecuado decir en la terminología que emplea, puesto que si, como el mismo dice, “la ley presume”, no debería parecer forzado que si la “ley presume”, coherentemente, otorgáramos a estas sustituciones, que presume, la denominación y el carácter de presuntas. A ello se opone, radicalmente, ROCA-SASTRE MUNCUNILL ⁽¹⁵⁵⁾, que al comentar la vieja CDCC, dice que la denominación obedece a que en “buena técnica todos los supuestos que implican sustitución vulgar tácita resultan de normas de interpretación de la *voluntas testandi*”... “que la ley hace un esfuerzo interpretativo”... “de lo más verosímil y lógico”... para que “actuara... la mecánica de una sustitución vulgar”... y que en tales “casos el legislador sienta la regla... que existe una sustitución tácita... y no presunta”... “por concurrir en ellos

misma implique la vulgar tácita, lo que reitera el art. 251.III del propio CS.

⁽¹⁵²⁾ Así, baste recordar que: a) a tenor del art. 142 del CS, instituido heredero una persona determinada y sus hijos(nietos 670 cala 9, salvo parezca ser otra la voluntad del testador

⁽¹⁵³⁾ A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 671. A) Nos recuerda: que los casos previstos legalmente no agotan las posibilidades de la sustitución vulgar tácita, pues puede deducirse del conjunto de actos de disposición *mortis causa* del *de cuius*; que la interpretación del testamento esté dirigida a buscar la verdadera *voluntas testatoris*; que la sustitución vulgar tácita fuera de los casos legalmente regulados no puede presumirse ni tenerse como establecida, con carácter general, para todo un grupo de casos, exigiéndose, caso por caso, demostración cumplida, lo que será muy difícil salvo en circunstancias muy determinadas y B) Alude a los principales casos de sustituciones vulgares tácitas, fuera del art. 169, manifestando, por último, sus dudas y opinión, en materia de heredamientos (arts. 83 en relación a 73.I) y derecho de representación en la sucesión testada (art. 144.I y II).

⁽¹⁵⁴⁾ A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 668

una especie de *rationale vestigium voluntate*... de una “voluntad oculta del disponente que la ley... (se) ha encargado de publicar, aclarar y efectivizar”.

El que, en lo tácito, sea el *sujeto* el que obtiene un conocimiento a tenor de una cierta conducta (del declarante,) y sea él quien establece que encierra, *sin duda*, una determinada voluntad ⁽¹⁵⁶⁾, mientras que en lo presunto, sea la ley quien nos dice, (y no el sujeto quien deduce) que la conducta de una persona (declarante), encierra, *probablemente*, una concreta voluntad; el que esta *probabilidad*, declaración presunta (proponemos), como tal, admita prueba en contrario; el que esto, formalmente, plantee la inadecuación del adverbio *siempre* que figura en el precepto que analizamos y que, la doctrina catalana, se apresura a precisar ⁽¹⁵⁷⁾, que no debe vincularse a la posible voluntad contraria del testador y si a cualesquiera que fuera la causa por la que el heredero no llega heredar; y, en fin el que, no deba olvidarse, que la ley no establece la sustitución para suplir un olvido del *de cuius*, sino que exige que el testador la incluya en su testamento ⁽¹⁵⁸⁾, convirtiendo, lo anticipábamos, lo que es mera posibilidad reconocida “poder” — *potest* no se cansan de repetir las fuentes romanas — en realidad efectiva plasmada por él ... pueden ser, entre otras, razones a considerar sobre lo acertado o no, del uso del término sustitución tácita, cuya denominación en derecho romano, aunque conocida, no resulta frecuente en los textos ⁽¹⁵⁹⁾.

5.7. Como cierre del comentario del presente art. y tomando como base algunos textos romanos que estimamos pueden ser traídas a colación, recordaremos:

A) Que el hecho de que la sustitución pupilar comprenda siempre, implícitamente, la vulgar, conscientemente eludimos el término tácita, es cuestión ya planteada y resuelta en sentido afirmativo, en Roma, durante el último siglo de la República, habiendo dado lugar, entonces, a la famosa Causa Curiana ⁽¹⁶⁰⁾, de la que nos informan, cumplidamente, fuentes jurídicas ⁽¹⁶¹⁾ y literarias ⁽¹⁶²⁾ y que vino a difuminar, en cuanto a su contraposición y efi-

⁽¹⁵⁵⁾ L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, cit., 373 s.

⁽¹⁵⁶⁾ Así, M. ALBADALEJO, ya en *Derecho civil* I, Vol. II, 6.ª Ed., Barcelona, 1980, 170 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ No debe, pues, estar tan claro su ordenación o el papel que juega en la estructura sintáctica

⁽¹⁵⁸⁾ L. PUIG FERRIOL, *Institutions*, cit., 266.

⁽¹⁵⁹⁾ Cels. 16 dig. D. 28.5.24 y Ulp. 6 reg. D. 28.5.25, ambos referidos en el texto en 3.9.C)

⁽¹⁶⁰⁾ Por todos: A. TORRENT, *Interpretación de la voluntas testatoris en la jurisprudencia republicana: la Causa Curiana*, AHDE, 39, 1969, 173 ss., y, también de TORRENT, “*De conservando iure civili*”, *los antagonismos en la causa curiana*, BIDR, 89, 1986, 145 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Mod. *l.s.* Heur. D. 28.6.4.pr.

⁽¹⁶²⁾ Sobre todo Cic.: *De Orat.*; *De inv.*; *Brutus*; *Topica*; *pro Caec.* Vid. referencias

cacia práctica, las substituciones, *duplex vel simples*, de las que sigue hablando MODESTINO, 2 *pand.* D. 28.6.1.1 y cristaliza, según testimonio del propio MODESTINO, s. *diff.* D. 28.6.4.pr. con un rescripto de los *divi fratres*, MARCO AURELIO y LUCIO VERO, en el que se reafirma que la substitución vulgar comprende la pupilar y viceversa (163).

B) Que, respecto, a la nueva postura del CS, de equiparar la substitución ejemplar a la pupilar, desde la óptica que nos ocupa, negada y justificada antes, y silenciado, después, el por qué del cambio en el Preámbulo del CS, baste evocar que, desde un origen justiniano de aquella, consagrado por los juristas medievales, y anudado a su propio nombre — que comparte con *quasi pupillaris* — la substitución ejemplar se configura y establece: *ad exemplum pupillaris substitutionis* (164).

En fin, por resumir: el que el art. 243.I del CS (= 210 CDCC), defina el fideicomiso de residuo, y en nada difiera de la concepción clásica romana, legada por sus fuentes; el que se distinga en el propio art. sus dos subtipos: en I, el fideicomiso *eo quod supererit* (= 210.1 CDCC), y en II, el *si quid supererit* (= 214-211.1); el que otro tanto se pueda decir sobre las facultades del fiduciario, normales o explícitamente autorizadas y de la *voluntas testatoris*, como suprema ley en materia sucesoria; y lo mismo del límite de quedar bienes disponibles y, de una evolución, en cuanto a ello, *inter vivos*, que no *mortis causa*, posibilitada ya por Justiniano y su Nov. 108... son puntualizaciones que destaca MURILLO (165) y asumimos, para, con él, por un lado, proclamar, la vigencia romana del fideicomiso de residuo en Cataluña, y por otro, *a contrario*, matizar, que la posible disposición *mortis causa*, a través de la substitución preventiva de residuo, regulada en los arts. 250-251 (= 216 CDCC), es figura ajena al Derecho Romano.

6. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 170

Art. 170

El sustituto sucederá al causante con las mismas limitaciones y cargas

concretas en P. VOICI, *Diritto*, cit., 215, n. 4.

(163) D. 28.6.4.pr. *Iam hoc iure utimur ex Divi Marci et Veri Constitutione, ut, quum pater impubere filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit.*

(164) Art. 161.2 CDCC: “Lo dispuesto para la substitución pupilar será aplicable a la ejemplar en cuanto lo permita su naturaleza”, que hoy reproduce al art. 179.I del CS.

(165) A. MURILLO, *El Fideicomiso de residuo en Derecho Romano*, Valladolid, 1989. Sus observaciones sobre el derecho catalán, se encuentran en 147 ss.

(166) “*El substitut succeeix el causant amb les mateixes limitacions i càrregues imposades a*

impuestas al instituido que no ha llegado a ser heredero, salvo que el testador haya dispuesto de forma diferente (166).

6

1

Trata este art., en un sentido amplio, de los efectos de la sustitución y, en otro más estricto, de cómo ha de producirse la adquisición del sustituto. Fija una regla general y una excepción con igual carácter. En la forma, es una novedad del CS, al no figurar en la CDCC, pero en el fondo, su contenido es parecido al del art. 780 del CC (167), por lo que a éste se aludirá, tangencialmente, anticipando que, antes vigente en Cataluña (168), su aplicabilidad, en la doctrina catalana no había planteado problema alguno.

6.2. El origen histórico de la regla y excepción se encuentra en el propio Derecho Romano, dando noticia de ambas, ULPIANO, 4, *disput.* D. 30.74, que, atribuye la implantación de la regla a un rescripto de SEPTIMIO SEVERO y CARACALLA, por el cual, *videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relictas*, en el que advierte (lo que es la excepción) como debe ser interpretada, *tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas* y apunta la manera de obtenerse: *quae ex multis colligetur*.

En la forma, el CS utiliza la expresión “limitaciones y cargas”, apartándose del art. 780 del CC que alude a “cargas y condiciones” (169) y de su precedente más remoto *Impp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae*, C. 6.51.9, donde aparece: *conditio vel aliud gravamen*, orden mantenido, en la versión castellana “condiciones y cargas” en el Proyecto de 1851, art. 634. En el fondo, se trata, en todos estos preceptos, como principio y regla general, de tener por repetidos para el sustituto los elementos accidentales contenidos en la institución, sin que pueda olvidarse la suprema ley que en los actos *mortis causa*, representa la voluntad del testador.

6.3. Esta regla, de equiparación entre *institutus* y *substitutus*, es por demás lógica, ya que: por un lado, no hay razón para presumir que el testador quisiera favorecer al sustituto más que al instituido, cuando es aquél el que suple a éste y no éste el que suple a aquél, y por otro lado, porque al existir

l'instituit que no ha arribat a ésser hereu, llevat que el testador hagi disposat de forma diferent”.

(167) Art. 780: “El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido”.

(168) L. FIGA FAURA, *Manual d Derecho Civil Catalán*, Barcelona, 1961, 436

(169) Art. 634 (Proyecto de 1851): “El sustituto queda sujeto a las mismas condiciones y cargas impuestas al instituido si no aparece claramente que el testador quiso

una sola delación, el sustituto vulgar se considera heredero, directamente, instituido por el causante y, por ello, con las mismas cargas que, en su caso, se hubieran impuesto al primer heredero. La excepción, que se establece, al igual que la regla a la que exceptúa, es también general, y descansa en la propia *voluntas testatoris*, pues precisa, que la anterior idea de reiteración, deja a “*salvo que el testador haya dispuesto de forma diferente*”. Este sentir recogido ya en CC 780, “a menos que el testador haya dispuesto, *expresamente*, lo contrario”, plantea, en este cuerpo legal, el dilema entre asumir la literalidad del adverbio “expresamente” o primar los valores de una “claridad”, o de un “claramente” que apareciendo como significantes en el artículo anterior 779 CC ⁽¹⁷⁰⁾, pudieron ser omitidos para evitar su reiteración. En síntesis, en la forma, al menos debe destacarse la sinonimia de “expresa” con significantes que comporten idea de “evidencia”, “conocimiento” o “certeza”, lo que es igual, “ausencia de duda”, y las posibles formas adverbiales de ellos derivadas ⁽¹⁷¹⁾ y, en todo caso, asumiendo esto para el CS y volviendo al particular análisis del art. 170, esta *diversa voluntas testatoris* puede comportar, en el fondo, desde: el eximir al sustituto de todas o algunas de dichas limitaciones o cargas, a que se le imponga alguna, o algunas, que no se habían establecido para el instituido.

6.4. Hoy, en Cataluña, con el nuevo art. 170 del CS vuelven a plantearse viejos interrogantes y, al menos en teoría, por ausencia de una formulación expresa, y scendiendo de lo general a lo particular, cabría preguntarse si hay, en derecho catalán algunos otros supuestos en los que no debieran aplicarse al sustituto las limitaciones o cargas impuestas al instituido, por ejemplo, como apunta CALATAYUD ⁽¹⁷²⁾ en los casos en que aquellas fueran meramente personales del instituido ⁽¹⁷³⁾ o aquellas otras que, ahora, el sustituto ya no puede cumplir, por haber sido ello desaprovechado, en su momento, por el instituido, lo que nos permitimos apostillar, utilizando moderna terminología civilista, sería haber establecido un término de cumplimiento esencial.

Respecto a la primera cuestión, debe observarse que, a su vez, se debe

limitarlas a la persona del instituido”.

⁽¹⁷⁰⁾ Art. 799 CC: Si los herederos instituidos, en partes desiguales fueren sustituidos, recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

⁽¹⁷¹⁾ M. ALBADALEJO, *Sustituciones*, cit., 75, opta por “indubitadamente”.

⁽¹⁷²⁾ A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 672.

⁽¹⁷³⁾ El caso se recoge en el art. 780 CC, que añade, como segunda excepción y posible alternativa a que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario: “que los gravámenes o condiciones sean personales del instituido”, cuya aplicación había sido admi-

matizar si las condiciones personales relativas al instituido son: las que, por su naturaleza, sólo pueden ser cumplidas por él; o, también, se comprenden, las que, pueden cumplirse por otros, aunque se hayan impuesto, no genéricamente, en atención a la mera liberalidad, sin consideración personal alguna, sino subjetivamente, concerniendo a condiciones propias de su persona: edad, profesión, oficio u otra circunstancia especial de la vida.

CALATAYUD (174), representando los autores catalanes: *a*) dice que “probablemente”, quepa entender que dicha (posible) excepción, esté, “en realidad”, incluida, en la regulada por el CS, tal y como piensa la mejor doctrina que ha interpretado el precepto del CC (175); *b*) defiende que el término “personal” tenga el segundo de los sentidos antes expuestos (= concerniente a la persona); *c*) funda su admisión, sobre la base de la “presumible” voluntad del testador contraria a la regla general y *d*) extiende este juicio, también, a la segunda hipótesis predicha (término de cumplimiento esencial) si bien, ahora, utiliza la forma adverbial “seguramente” (en vez de “probablemente”) y, ahora, alude a la “previsible” (en vez de “presumible”) voluntad del testador (176).

6.5. Acudamos al Derecho Romano; intentemos evitar el uso de ciertos significantes que, en puridad, podrían obstaculizar una fluida comunicación y reflexionemos, sobre si sería hoy, de aplicación, aquél, a través de los dos textos invocados en 6.2, en la realidad jurídica catalana e, incluso, si se nos permite, tal vez, resulta más claro, general y completo, pese a su contrastado casuismo. En síntesis, esos serían los tres puntos que vendrían a representar una doctrina, que estimamos vigente en Cataluña y que, por la naturaleza, del trabajo, y la longitud de los textos, nos permitimos fragmentar y alternar el latín y su traducción.

A) (C. 6.51.9) (177) Si la *conditio vel aliud gravamen... in faciendo* pudiera cumplirse, también, por otro, *si quidem hoc et per alium impleri possit* (178), debe ser soportado por el que se lucra, *simili modo et a lucrante agnoscí*, con independencia del destinatario (179) porque “en principio”, nada importa que

tida, en forma pacífica, por la doctrina catalana.

(174) A. CALATAYUD, *Comentarios*, cit., 672.

(175) El paréntesis y los entrecomillados son nuestros.

(176) Los entrecomillados son nuestros.

(177) En el comentario de L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, sin duda por error tipográfico, figura C. 5.51.9.

(178) ... *puta si honorata persona iubeatur insulam vel monumentum, vel aliud tale suis sumptibus facere, ...*

(179) ... *vel heredi, vel legatario, vel alii forte, cui testator voluerit vel rem ab herede*

esto sea ejecutado o por aquel de quien habló el testador o por otro sucesor del mismo lucro, *Nihil etenim refert, sive per eum, de quo testatur locutus est, sive per alium eiusdem lucri successorem adimpleatur.*

B) (C. 6.51.9) Si es tal el alcance de las palabras y tal la naturaleza del hecho, *Sin vero talis est verborum conceptio et facti naturali*, que lo que se dejó dispuesto (por el testador) no puede ser cumplido por otro, *ut quod relictum est, ab alio adimpleri non possit*, ⁽¹⁸⁰⁾ entonces aunque el lucro haya ido a poder de alguien, *tunc etsi lucrum ad aliquem pervenerit*, no le sigue también, el gravamen, *non tamen et gravamen sequi*, (la razón es convincente) *quia hoc neque ipsa natura concedit neque testator voluit.*

C) (D. 30.74) Si existió una causa cierta, — *Quid, si certa causa fuit* —, por la que se había dejado alguna cosa a cargo del (heredero) instituido, *cur ab instituto reliquerat*, que no tenía razón de ser ⁽¹⁸¹⁾ a cargo del sustituto — *quae in substituto cessaret.* — Habrá de decirse que: cuando la voluntad del testador no está clara se aplique el rescripto, — *In obscura igitur voluntate locum habere, Rescriptum dicendum est* —, de SEPTIMIO SEVERO y CARACALLA, según el cual: se considera, que parece voluntad del testador, se repitieron a cargo del sustituto, — *videri voluntate testatoris repetita a substituto* —, las cosas que se habían dejado a cargo del instituido, — *quae ab instituto fuerant relictas* —, con la advertencia que la repetición deberá entenderse, — *tamen hoc ita erit accipiendum* —, siempre que no fuera otra, evidentemente, la voluntad del testador, — *si non fuit evidens diversa voluntas* —, y el matiz, que ello se puede colegir de muchas circunstancias, — *quae ex multis colligetur* —.

En síntesis, a tenor de C. 6.2.9 y de D. 30.74, y volviendo ahora, otra vez, de lo particular a lo general, aprendemos que, en última instancia, los problemas deben reducirse a una *quaestio voluntatis*, si se prefiere, de interpretación de la voluntad del causante y, en ellos, no se impondrán al sustituto limitaciones y cargas, que material o jurídicamente sea imposible que cumpla, ni dejarán de exigirse por el mero hecho que aquellas o éstas tengan conexión con cualidades o circunstancias que se den en la persona del instituido.

7. CONCLUSIÓN

testatoris emere, vel locationem vel fideiussionem subire, et si quid huiusmodi facti simile sit; ...

⁽¹⁸⁰⁾ *Quid enim si iusserit eum in certum locum abire, vel liberalibus studiis imbui, vel domum suis manibus exstruere, vel pingere, vel uxorem ducere?*

Si se me permite, antes que nuestro actual vulgarismo jurídico, al menos en la esfera terminológica, nos convenza de cosas que, en términos de mi vieja geometría serían irreconciliables, como hablar de círculos cuadrados o cuadrados circulares y que; en el ámbito político, podría estar representado por federalismos que son asimétricos; en el financiero, por impuestos, con carácter voluntario y en el penal, lo que está asumido, por haber distintas violencias según el género, ante un único sujeto, sin matiz de sexo, al que jurídicamente, se ha de proteger, rompo una lanza en pro de la defensa del rigor en la terminología jurídica y en la ayuda que para ello puede suponer, el propio Derecho Romano y el vehículo que le sirvió de instrumento, el latín, que en Roma, y hasta hoy, en el ámbito del Derecho ha actuado no de mero espectador, sino como decidido interprete ⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸¹⁾ = había dejado de existir = faltara = no está presente...

⁽¹⁸²⁾ *Item* mas: Invito a una reflexión sobre ello y tomando de ejemplo a matrimonio, cuya etimología se discute, pero que como voz compuesta, parece pacífico mantener que una de las simples que lo forman procede de *mater*, el matrimonio será término perfecto y coherentemente utilizable, no ya como lo hacían MODESTINO 1. *reg.* D. 23.2.1 e I. 1.9.1 (identificado con *nuptiae*), para designar una *coniunctio maris et feminae*, sino incluso mucho más allá de lo que hoy se discute y postula, esto es, sin tener que acudir a Decretales, 3,33,2.^a o a Partidas, 4.2.2, como oficio de madre, para lo cual, sólo sería necesario una sola persona que actuara como tal, mientras que, cuando como hoy, se postula para aplicar a la unión de personas de igual género, bajo el prisma terminológico resulta forzado, lo que nada impediría, por otro lado, al no serlo, que pudiera hablarse de personas unidas, *coniuncti*, si se prefiere de su derivado cónyuges, o reflejar que comparten una misma