

JUAN MARSAL GUILLAMET

EL NEGOCI JURIDIC
TESTAMENTARI
EN EL DRET CIVIL
DE CATALUNYA

Tesi doctoral dirigida pel Prof. DR. FERRAN BADOSA COLL

INTRODUCCIO

PART I.- EL TESTAMENT EN GENERAL

CAPITOL I.- LA DESTINACIÓ DE LES RELACIONS JURIDIQUES DEL CAUSANT QUE NO S'EXTINGEIXEN AMB LA SEVA MORT.

1.- Successió i liquidació, en general.	1
2. Successió i liquidació en el dret català.	4
3. Un supòsit específic. Els testaments successoris sense institució d'hereu. La distribució de tota l'herència en llegats.	5

CAPITOL II.- ELS NEGOCIS JURIDICS PER CAUSA DE MORT EN EL CODI DE SUCCESSIONS

1.- Els fonaments successoris.	7
2.- Els mitjans tècnics per a fonamentar la successió.	8
2.1.- La institució d'hereu.	8
2.1.1.- Els heretaments.	9
2.1.2.- El testament successori amb institució d'hereu.	10
2.2.- La manca de béns vacants en els testaments successoris sense institució d'hereu.	11
2.3.- L'objecte universal en el testament liquidatori.	12
3.- Les relacions entre els fonaments successoris.	12
3.1.- L'ur incompatibilitat.	12
3.1.1.- La incompatibilitat entre successió intestada i voluntària.	16
3.1.2.- La incompatibilitat entre successions voluntàries.	17
3.1.2.1.- A la CDCEC.	17
3.1.2.2.- En el CS.	20
3.2.- La compatibilitat de testaments. L'art. 130,III CS.	21
3.2.1.- El testament parcialment revocatori a la tradició jurídica.	24
3.2.2.- L'origen de l'art. 130,III CS.	26
3.2.3.- La pluralitat de testaments en la successió testada universal.	27

[3.2.3.- La pluralitat de testaments en la successió testada universal.]	27
3.2.3.1.- El pressupòsit dels testaments confirmatoris.	28
3.2.3.2.- Els supòsits del testament confirmatori.	28
a) La revocació parcial del testament anterior.	28
b) L'addició del testament anterior.	29
b.1.- L'addició de disposicions patrimonials al testament successori amb institució d'hereu.	30
b.2.- L'addició de disposicions patrimonials al testament successori sense institució d'hereu.	32
b.3.- L'addició del testament liquidatori.	32
3.2.4.- La incidència dels testaments complementaris en el Dret successori.	32
3.3.- La jerarquia entre els fonaments successoris.	35
3.4.- La impermeabilitat de la jerarquia entre els fonaments successoris.	36
3.4.1.- El testament exclusivament revocatori.	37
3.4.2.- El testament revocatori a la tradició jurídica.	39
3.4.3.- <i>¿Semel testatus, semper testatus?</i> .	41
4.- Els fonaments successoris i els altres negocis per causa de mort de darrera voluntat.	
4.1.- El codicil.	44
4.1.1.- La distinció entre el testament i el codicil.	45
4.1.1.1.- La distinció a la CDCEC.	51
a.) Els testaments sense institució d'hereu.	52
b.) La substitució fideïcomissària universal.	53
4.1.1.2.- La distinció en el CS.	58
a.) L'art. 130 CS.	59
b.) Els altres casos dubtosos.	60
4.2.- La memòria testamentària.	62
4.2.1.- La memòria testamentària en el dret civil de Catalunya.	63
4.2.3.- L'autonomia de la memòria testamentària com negoci de darrera voluntat.	68
4.3.- La relació entre els fonaments successoris i els negocis amb "valor de codicil"	
4.3.1.- La revocació del fonament successori..	70
4.3.2.- La nul.litat del fonament successori.	70

CAPITOL III.- ELS TESTAMENTS EN EL CODI DE SUCCESSIONS.

1.- El testament successori amb institució d'hereu.	73
1.1.- « <i>Institutio hæredis caput et fundamentum totius testamenti</i> ».	74
1.1.1.- El significat originari de l'expressió.	74
1.1.1.1.- <i>Caput totius testamenti</i>	74
1.1.1.2.- <i>Fundamentum totius testamenti</i>	75
1.1.2.- El significat de l'expressió abans de la CDCEC.	77
1.1.2.1.- En el dret general de Catalunya.	78
1.1.2.2.- En els drets locals de Barcelona i Tortosa.	78
a) Barcelona	78
b) Tortosa.	80
1.1.2.3.- En els projectes oficials d'Apèndix i en el de Compilació.	80
a) La <i>Memòria</i> Duran i Bas.	80
b) El projecte d'Apèndix de 1930.	80
c) L'avantprojecte de Compilació de 1955.	81
d) El Proyecto de ley CDCEC 1959.	82
1.1.3.- L'expressió a la CDCEC.	83
1.1.4.- L'expressió en el CS.	85
1.2.- Els pseudo-hereus.	89
1.2.1.- L'hereu de confiança.	90
1.2.2.- L'hereu fiduciari pur.	93
1.3.- La formulació de la "institució d'hereu".	95
1.3.2.- Els casos dubtosos.	97
1.3.2.1.- La institució d'hereu en cosa certa.	98
a) El supòsit.	98
b) La norma interpretativa	99
c) L'assimetria entre els arts. 138 i 140,I,III.	101
1.3.2.2.- La institució d'hereu en l'usdefruit de l'herència.	104
1.3.3.- La institució d'hereu i els principis successoris.	105
1.3.3.1.- El principi <i>nemo pro parte</i>	106
1.3.3.2.- El principi <i>semel heres, semper heres</i>	106

[1.3.3.2.- El principi <i>semel heres, semper heres</i>]	106
a) El termini suspensiu	106.
b) El termini resolutori.	107
c) La condició resolutòria.	108
1.3.4.- La confirmació d'una institució d'hereu.	109
2.- El testament sense institució d'hereu del Dret local de Tortosa.	109
3.- Els testaments sense institució d'hereu en el Dret català general.	114
3.1.- Els marmessors universals de l'art. 315,II CS	114
3.2.- De « <i>manumissor habeatur loco hæredis</i> » a « <i>nominatio manumissoris habeatur loco hæredis institutionis</i> ».	119
3.3.- Els testaments de l'art. 315,II.	124
a) El testament liquidatori.	124
b) El testament successori sense institució d'hereu.	124
3.4.- Especial consideració del testament liquidatori	125
El testament parcialment liquidatori.	127

CAPITOL IV.- EL TESTAMENT COM A NEGOCI JURIDIC

1. Voluntat testamentària i voluntat de testar.	130
1.1.- La voluntat de testar	130
1.2.- La voluntat testamentària.	133
2.- La capacitat per a testar.	133
2.1.- L'edat.	137
2.1. La capacitat natural per a testar.	138
2.2.1.- L'art. 116 CS. El supòsit.	140
2.2.2.- Les modalitats testamentàries que pot emprar l'incapacitat.	144
3.- Les característiques del testament.	145
3.1.- El testament com a negoci per causa de mort.	145
3.2.- El testament com a negoci unilateral.	146
3.3.- El caràcter personalíssim del testament.	152
3.3.1.- La substitució pupilar.	153
3.3.2.- [La substitució exemplar].	174

[3.3.1.- La substitució pupil.lar.]	153
3.3.1.1.- El substituent.	153
A.- El canvi de subjecte substituït.	154
B.- La pluralitat de substitucions pupil.lars.	158
3.3.1.2.- L'objecte de la substitució.	162
A.- Les herències en la substitució pupil.lar.	162
B.- L'art. 174 CS.	164
3.3.1.3.- L·legítima i substitució pupil.lar.	168
3.3.1.4.- La configuració jurídica de la substitució pupil.lar en el CS.	170
3.3.1.5.- L'exercici de la testamentifacció activa per l'impúber a càrrec del titular de la pàtria potestat.	171
A.- La disposició expressa.	171
A.1.- La designació del substitut.	171
A.2.- La clàusula.	172
B.- La disposició presumpta.	174
3.3.2.- La substitució exemplar.	174
3.3.2.1.- Els substituents.	175
3.3.2.2.- El substituït.	176
3.3.2.3.- L'objecte de la substitució exemplar.	179
3.3.2.4.- Els requisits per a la validesa i els presupòsits per a l'efectivitat de la substitució exemplar.	182
A.- No haver atorgat el substituït ni testament ni heretament universal.	182
B.- L'atribució de la llegítima per part del substituent.	183
C.- La designació de determinats substituïts (art. 177).	184
D.- La incapacitació per a testar del substituït.	185
E.- La "realitat" de la incapacitat en el moment de la mort de l'incapacitat.	185
3.3.2.5.- El concepte de substitució exemplar en el CS.	185
4.- El testament com a negoci de darrera voluntat. La seva revocabilitat.	186
4.1.- Els negocis per causa de mort com a supòsits de fet de la revocació del testament.	188
4.1.1.- La «revocació expressa».	189
4.1.2.- La manca de declaració revocatòria. L'anomenada "revocació tàcita"	

4.1.2.1.- El fonament successori.	189
4.1.2.2.- El codicil i la memòria testamentària.	191
4.2.- Els altres supòsits de fet de la revocació.	192
4.2.1.- L'alienació voluntària del bé llegat.	192
4.2.2.- L'alteració del testament hològraf per part del testador. L'art. 131 CS	
4.3.- La presumpció de revocació de l'art. 132 CS.	193
5.- El testament com a negoci solemne. Remissió a la segona part.	194

CAPITOL V.- EL CONTINGUT DEL TESTAMENT.

1.- Les disposicions i les clàusules testamentàries.	195
2.- La classificació de les disposicions segons llur contingut.	196
2.1.- Les disposicions patrimonials.	197
2.1.1.- La disposició a títol universal.	198
2.1.2.- Les «disposicions a títol particular» (art. 126,V).	200
2.1.2.1.- El llegat.	201
2.1.2.2.- Les «altres disposicions a títol particular».	201
2.1.2.3.- Les recomanacions.	203
2.2.- Les disposicions no patrimonials.	203
2.3.- Les disposicions no successòries.	204
3.- La designació.	205
3.1.- La individualització dels subjectes. Les persones. Les finalitats.	205
3.2.- Les designacions incompletes.	207
3.2.1.- La designació genèrica.	207
3.2.2.- La designació alternativa.	208
3.3.- La pluralitat de designats en les disposicions patrimonials.	209
3.3.1.- La designació conjunta o simultània	209
3.3.2.- La designació gradual	210
3.3.2.1.- La substitució vulgar i la fideïcomissària	210
3.3.2.2.- La substitució preventiva de residu	210
3.3.2.3.- Les substitucions pupilar i exemplar	212
3.3.2.4.- El caràcter general de la substitució vulgar.	213
3.4.- La pluralitat de designats en les disposicions no patrimonials.	215
3.5.- La individualització de l'objecte de la disposició.	215

PART II.- LES MODALITATS TESTAMENTÀRIES EN EL CODI DE SUCCESSIONS

CAPITOL I. - INTRODUCCIÓ.

1.- La CDCEC.	217
2.- El Codi de Successions.	218

CAPITOL II.- ELS TIPUS TESTAMENTARIS (ART. 105 CS).

1.- Introducció.	223
2.- El testament davant fedatari públic.	224
2.1.- El testament davant notari.	225
Del testament nuncupatiu al testament notarial. La repercussió en la presència dels testimonis.	232
2.2.- El testament davant rector.	235
2.2.1.- El rector, fedatari públic en matèria testamentària.	235
2.2.2.- La competència del rector: « <i>les localitats sense notaria demarcada o amb notaria vacant</i> ».	239
2.2.2.1.- «Sense notaria demarcada»	242
2.2.2.2.- «Notaria vacant»	242
2.3.- Les formes del tipus testamentaris davant fedatari	243
2.3.1.- La forma oberta.	243
2.3.2.- La forma tancada.	244
2.3.2.1.- El testament tancat tradicional a Catalunya.	245
A.- La conservació notarial.	245
B.- L'obertura notarial del testament tancat.	246
2.3.2.2.- El testament tancat en el PrCS. La tramitació parlamentària.	248
A.- L'«autorització» del testament tancat.	248
B.- L'« <i>acta de otorgamiento</i> » del testament tancat (art. 707 CC).	250
C.- Les diligències a la legislació notarial.	252
D.- La diligència de l'art. 113,II CS.	253
2.3.2.3.- El testament notarial en forma tancada en el CS.	255
2.4.- « <i>Les formes especials de testaments notarians</i> » (Sec. 3. ^a Cap. I Tít. III)	256

3.- El testament sense fedatari públic.	257
3.1.- El testament sacramental.	257
3.2.- El testament " <i>parentum inter liberos</i> ".	258
4.- Conclusions	259

CAPITOL III.- LES FORMALITATS EXIGIDES EN L'ATORGAMENT DELS TESTAMENTS.

1.- Els testaments davant fedatari.	263
1.1.- En general	263
1.1.1.- La unitat d'acte.	263
1.1.2.- La intervenció dels testimonis com a formalitat.	266
1.1.2.1.- La intervenció necessària.. . . .	266
1.1.2.2.- La intervenció a instància de l'atorgant o del notari.	267
1.1.2.3.- El moment de la intervenció.	268
1.1.2.4.- La idoneïtat dels testimonis. Els seus requisits.	268
A.- Entendre el testador i el notari	269
B.- Saber signar.	269
C.- Les exclusions de l'art. 108,I final.	270
D.- Les causes d'inidoneïtat.	271
D.1.- Les causes generals.	271
D.2.- Les causes relatives.	272
D.3.- Conclusió: els testimonis idonis.	274
1.2.- El testament davant fedatari en forma oberta.	274
1.2.1.- L'atorgament simple.	276
1.2.1.1.- L'"expressió" « <i>de paraula</i> ».	276
A.- En llengua oficial a Catalunya.	276
B.- En llengua no oficial a Catalunya.	279
C.- En llenguatges no orals.	280
1.2.1.2.- L'"expressió" « <i>per escrit</i> ».	285
1.2.2.- La redacció del document pel fedatari.	288
1.2.2.1.- La identificació del testador.	291
A.- El mitjà principal d'identificació	291
B.- Els mitjans supletoris d'identificació.	292

[B.- Els mitjans supletoris d'identificació.]	292
B.1.- Els testimonis de coneixement (art. 23,I fin. der. LNot.).	293
B.2.- Els documents públics que acrediten la personalitat. . .	294
B.3.- La confrontació de signatures	297
1.2.2.2.- El judici de capacitat.	298
La dinàmica de l'art. 116.	301
1.2.2.3.- L'estructura del document-testament.	303
A.- La compareixença.	304
A.1.- Circumstàncies referents al document.	305
A.2.- Circumstàncies referents al fedatari autoritzant.	306
A.3.- Circumstàncies referents al testador.	307
B.- L'exposició.	310
C.- La part dispositiva.	313
D.- L'autorització.	315
1.2.2.4.- La llengua de redacció.	316
1.2.3.- L'autorització del document-testament.	319
1.2.3.1.- La lectura del document.	319
A.- La lectura pel testador.	320
B.- Els supòsits específics.	321
1.2.3.2.- La declaració de conformitat.	321
1.2.3.3.- La signatura del document pels qui han intervingut en l'atorgament del testament.	321
1.2.3.4.- L'autorització del document pel fedatari.	322
1.3.- El testament davant notari en forma tancada.	323
1.3.1.- Les fases de l'atorgament.	323
1.3.2.- La fase privada.	324
1.3.2.1.- La declaració de voluntat del testador.	325
1.3.2.2.- L'"escriptura" del document privat.	325
A.- L'escriptura per tercer.	327
B.- Els requisits de l'escriptura.	328
B.1.- El lloc i la data.	328
B.2.- Les signatures.	328
B.3.- La reserva del contingut del document.	330

1.3.3.- La fase pública. La protocol.lització del testament tancat.	331
1.3.3.1.- El requeriment.	331
1.3.3.2.- La diligència.	332
1.3.3.3.- L'acta de protocol.lització.	333
1.3.4.- Les incapacitats per a testar en forma tancada. Especial consideració del testador cec.	335
2.- El testament hològraf.	335
2.1.- El requisit de la "major edat".	336
2.2.- Les formalitats del testament hològraf.	338
2.2.1.- L'autografia.	339
2.2.2.- L'expressió del lloc i de la data.	339
2.2.2.1.- La data.	339
2.2.2.2.- El lloc.	340
2.2.3.- La signatura.	341
2.2.4.- Especial consideració de les esmenes i dels afegits.	342

CAPITOL IV.- LA CONSERVACIÓ DEL TESTAMENT.

1.- La conservació del testament notarial.	345
2.- La conservació del testament davant rector.	345
2.1.- La custòdia a la parròquia.	346
2.2.- La custòdia en un protocol notarial.	349
2.2.1.- La protocol.lització.	349
2.2.2.- L'eficàcia de la protocol.lització.	351
2.2.3.- Sobre la negativa a la protocol.lització.	351
3.- La conservació del testament hològraf.	353
3.1.- La constància de l'atorgament en el RGAUV.	354
3.2.- El dipòsit notarial del testament hològraf.	355

CAPITOL V.- LES SOLEMNITATS EXIGIDES A PARTIR DE L'OBERTURA DE LA SUCCESSION.

1.- L'obertura i la protocol.lització del testament tancat.	358
1.1.- El notari competent.	358
1.2.- El subjecte que insta l'obertura del sobre.	359
1.3.- Els testimonis.	359
1.4.- L'obertura del sobre i la protocol.lització del seu contingut.	360
1.5.- La publicació del contingut del testament tancat.	362
1.6.- La D.T. 4. ^a CS.	362
1.6.1.- L'aplicació immediata de l'art. 114 CS.	362
1.6.2.- Els altres supòsits.	364
2.- L'adveració i la protocol.lització del testament hològraf.	365
2.1.- El procediment per a l'adveració.	365
2.2.- Les etapes del procediment.	368
2.3.- L'adveració dels testaments hològrafs per conversió formal del testament tancat nul.	371
CONCLUSIONS	373

BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURES

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho civil
ADF	Anuario de Derecho foral
AJLB	Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona
AJLC	Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
Ap-30	Apéndice de Derecho catalán al Código civil. Proyecto formulado antes de la promulgación del Código por el eminente jurisconsulto Don Manuel Durán y Bas. Revisado y completado, después de información pública, por la actual Comisión, constituida de acuerdo con el R.D. de 14 de abril de 1899. 1930.
AvPC-55	Proyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña formado con arreglo a lo dispuesto en el Art. 6.º de la Ley de Bases del Código civil y en el Decreto de 23 de mayo de 1947, por la Comisión de juristas para el estudio y ordenación de las instituciones de Derecho foral de Cataluña nombrada por Orden del Ministerio de Justicia de 10 de febrero de 1948. Barcelona, 1955
BOPC	Botlletí Oficial del Parlament de Catalunya
CCGC	Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya
CJA	Comissió Jurídica Assessora
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
GN	Gaceta del Notariado
GRN	Gaceta de Registradores y Notarios
LFP	Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades
LN	La Notaría
LNot.	Ley del notariado 28-V-1862
LPMA	Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desamparats i de l'adopció.
LTIT	Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars
PrCS	Projecte de Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya (BOPC Núm. 271 3-VI-1991)
PrLC-59	Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña: Proyecto de Ley. BOCE Núm. 633 (30-VI-1959)
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDNot	Revista de Derecho y del Notariado
RDP	Revista de Derecho Privado
RGAVU	Registro General de Actos de Ultima voluntad
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RNot.	Reglamento de la organización y régimen del notariado R.D. 2-VI-1994

INTRODUCCIO

En el dret civil català, existeixen estudis monogràfics de la major part de les institucions jurídiques del dret successori. Tanmateix, i a diferència de la successió anomenada contractual, no s'havia parat una especial atenció en el negoci mitjançant el qual s'ordenen les esmentades institucions. Aquesta constatació fou determinant en l'elecció del tema d'estudi per a meritar al grau de doctor, El negoci jurídic testamentari en el Dret civil de Catalunya, sota la direcció del Prof. Dr. Ferran Badosa i Coll.

El testament és un negoci de darrera voluntat, en el qual la mort del testador actua com a pressupòsit d'adquisició del valor negocial. Fins la mort del testador, tot i que s'el nomeni testament, aquest no és sinò una declaració de voluntat sense valor negocial. Malgrat que en el títol del treball aparegui l'expressió «*negoci jurídic*», el seu objecte prioritari és l'etapa prèvia a l'adquisició de valor negocial.

Estudiar el testament, un dels mitjans per a ordenar la destinació de la pròpia herència, pressuposa haver-se familiaritzat amb les diverses possibilitats que l'ordenament jurídic ofereix al testador per a fer-ho. Tanmateix, el treball no podia esdevenir un tractat de dret successori en què, a més d'analitzar-se el negoci, es desenvolupés cadascuna de les seves eventuais disposicions.

Durant l'elaboració d'aquesta tesi s'ha produït un important canvi legislatiu: la L. 40/1991, de 30 de desembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, que ha «*substituir*» els arts. 63-276 CDCC i la Llei 9/1987, del 25 de maig, de successió intestada (DF Primera CS). La regulació prevista a la Compilació del Dret civil de Catalunya pressuposava la del Codi civil, a la qual el dret català es limitava a introduir excepcions o a regular peculiaritats. En canvi, el Codi de Successions preveu en el Títol III una regulació completa del testament, dels codicils i de les memòries testamentàries.

S'ha dividit la memòria en dues parts, cadascuna de cinc capítols. L'objecte de la primera part és el concepte de testament en el Codi de successions. S'ha intentat englobar totes les modalitats testamentàries dins d'una única categoria, i relacionar-la amb els altres negocis amb què es pot destinar, totalment o parcial, l'herència relictiva.

El CS, com ja succeïa amb la CDCC, centra la seva atenció en un determinat testament: el testament successori amb institució d'hereu. La regulació del CS està essencialment orientada cap aquesta mena de testament, tot i que en alguns casos s'admetin excepcions. En el primer capítol ja es fa palès que sota aquestes excepcions es troba el règim jurídic d'altres possibilitats d'organitzar la destinació de l'herència: ordenar la seva distribució en llegats i àdhuc evitar la successió. Així apareixen altres testaments successoris, sense institució d'hereu, i el que s'ha anomenat testament liquidatori. L'existència d'aquests altres testaments condiciona qualsevol afirmació que es pugui en relació al concepte i funcions del testament en general.

En el segon capítol es situa el testament dins l'àmbit dels altres negocis per causa de mort admesos pel Dret civil català. S'els classifica en dues categories. Es qualifiquen com a *fonaments successoris* els negocis aptes per a regular la destinació de tota l'herència del causant. Són l'heretament i el testament, els quals s'han de relacionar amb un altre fonament successori que no té caràcter voluntari: la llei (art. 3 CS). La polivalència distingeix el testament de l'heretament i de la llei. Si aquests darrers són sempre fonaments successoris en sentit estricte, el testador pot valdre's del testament tant per ordenar la successió com la liquidació del cabal relicte.

Després d'analitzar els mitjans tècnics que permeten fonamentar la destinació universal d'una herència, es posa a prova el concepte de fonament successori, en el qual hi incideix determinantment la possibilitat de morir amb més d'un testament. Finalment, s'intenten ubicar les relacions existents entre els fonaments successoris en sentit estricte.

Tot seguit, encara en el mateix capítol, s'analitzen els altres negocis per causa de mort que són accessoris d'algun fonament successori: el codicil i la memòria testamentària. Testament, codicil i memòria testamentària són, juntament amb la donació per causa de mort, els negocis de darrera voluntat admesos pel Dret civil català. Es busquen els criteris que permetin llur diferenciació i les relacions entre ells.

El capítol tercer és el corolari dels anteriors. S'hi exposen separatament el testament successori per antonomàsia, el testament amb institució d'hereu, i els altres testaments que possibiliten una successió sense hereu i àdhuc la liquidació de l'herència.

El testament sense institució d'hereu del dret local de Tortosa permet distribuir tota l'herència en llegats. Aquest resultat, en el dret català general, només es pot aconseguir atorgant un testament en què es nomeni un marmessor universal de lliurament del romanent dels béns.

El testament amb marmessor universal de realització dinerària de l'herència és l'instrument a què ha de recórrer el testador que vol evitar que es produeixi la successió en les titularitats que deixarà vacants com a conseqüència de la seva mort.

En el quart capítol s'analitzen les característiques pròpies de qualsevol testament. En primer lloc, la distinció entre voluntat testamentària i voluntat de testar. Es continua amb la capacitat necessària per a testar. El caràcter mortis causa fa que el testament no sigui un negoci de disposició sinò de destinació. D'ací es deriva una regulació pròpia en seu de capacitat. Mereix una especial consideració la novetat introduïda pel CS que consisteix en preveure un dictamen pericial sobre la capacitat del testador en tots els casos en què aquest, sense estar incapacitat, té habitualment disminuïda la seva capacitat natural (art. 116 CS).

Del caràcter personalíssim del testament en resulta la impossibilitat de testar mitjançant representant. Tanmateix, existeixen supòsits excepcionals en els que es legitima a determinades persones per a que exerceixin la testamentifacció dels incapaços per a testar, ja ho siguin per raó de l'edat (substitució pupil·lar) com de la manca de capacitat per a testar (substitució exemplar). Reben una especial anàlisi perquè formen part de l'objecte de la tesi, en la mesura en què consisteixin el testament d'algu.

La revocabilitat del testament resulta de la seva condició de negoci de darrera voluntat. Ací s'estudien els diversos supòsits de fet que provoquen l'efecte revocatori. La revocabilitat del testament, però, es contempla reiteradament al llarg de la aquesta primera part, en la mesura que incideix tant en el concepte de fonament successori com en la jerarquia existent entre aquests.

Les conseqüències que es deriven del caràcter solemne del testament no s'analitzen en el capítol quart, sinò en la segona part del treball. El motiu és que el Codi de Successions tipifica els testaments segons els requisits i formalitats exigits en el seu atorgament.

El capítol amb què clou la primera part del treball al·ludeix al contingut del testament.

En la segona part del treball s'estudien les modalitats testamentàries previstes en el Codi de successions (art. 105). En el primer capítol es fixa la terminologia i els criteris de classificació emprats pel CS. Segons la presència o absència de fedatari en el seu atorgament, els testaments es classifiquen en tipus. Dins de cada tipus

testamentari, existeix una segona classificació en funció de la manera com el testador hagi exterioritzat la seva darrera voluntat: donant a conèixer la seva voluntat testamentària (forma oberta) o exclusivament la seva voluntat de testar (forma tancada).

El capítol segon s'ocupa dels tipus testamentaris. El testament davant fedatari té dos subtipus, segons que l'investit amb la fe pública sigui el notari o el rector. En relació amb la CDCC, el subtipus testament davant notari ha estat sensiblement modificat. Amb caràcter general, en el CS no cal la presència de testimonis per a l'atorgament del testament notarial (art. 107,I). Per a l'adequada valoració de la reforma s'analitza breument com el testament en forma oberta, atorgat exclusivament davant testimonis, ha esdevingut un testament exclusivament davant notari. Quant a la forma tancada, la regulació del CS s'inspira en la regulació vigent a Catalunya abans de l'entrada en vigor de la primera LEC, de 1855.

En el subtipus testament davant rector, es fa una especial incidència en el caràcter de fedatari públic en matèria testamentària de què està investit el rector.

En contrast amb l'altre tipus testamentari, el testament atorgat sense la intervenció de fedatari públic s'admet de manera molt limitada. Només en una forma: l'hològrafa. El CS ha "suprimit" o "prescindit" de dues modalitats testamentàries que s'integraven dins del tipus en la CDCC: el testament sacramental, privilegiat per raó dels atorgants, i el testament *parentum inter liberos*, modalitat hològrafa privilegiada per raó dels afavorits. Per això no han estat objecte d'estudi.

En els capítols següents, s'analitzen les etapes del testament des de l'exteriorització de la voluntat del testador fins a l'adquisició de valor negocial com a conseqüència de la mort del testador. La *perspectiva dinàmica* del testament, en terminologia de J.B. Vallet de Goytisolo. S'ha distingit l'atorgament del testament (capítol tercer), la seva conservació (capítol quart) i les solemnitats exigides a partir de l'obertura de la successió (capítol cinquè). S'ha estudiat cadascuna d'aquestes etapes des de cada modalitat testamentària. En els testaments atorgats davant de fedatari públic notari, s'ha tingut una especial cura en esbrinar el significat de les remissions a la legislació notarial i processal.

PART I.-

EL TESTAMENT EN GENERAL

CAPITOL I. LA DESTINACIÓ DE LES RELACIONS JURÍDIQUES DEL CAUSANT QUE NO S'EXTINGEIXEN AMB LA SEVA MORT.

1.- Successió i liquidació, en general

L'art. 33 CE reconeix el dret a la propietat privada i a l'herència. S'ha interpretat que el constituent contempla l'herència com la manifestació *post mortem* de la propietat privada¹. En efecte, la mort provoca en els subjectes la pèrdua de la titularitat dels béns. Aquesta vacància de titular no suposa, en la major part dels casos, l'extinció de les relacions jurídiques actives i passives del finat, sinó que es conserven. El seu conjunt forma l'herència del causant.

Les titularitats vacants per la mort del titular acostumen a ésser ocupades per un altre subjecte, el seu successor per causa de mort². En els ordenaments jurídics en què es segueix el model de successió romà, aquest successor ho és per un títol universal, el títol d'hereu.

El testador té la facultat d'escollir els subjectes que el succeiran universalment. En aquest cas, si l'instituït hereu accepta, la successió es qualificarà com a voluntària. Si el testador no ha exercit la facultat, o l'instituït hereu no vol o no pot ésser hereu, és la llei la que crida els successors universals del causant. Llavors, la successió és legal o intestada.

En el dret català, l'art. 3,I CS estableix que la «*la successió es defereix per heretament, testament o pel que disposa la llei*». La successió serà contractual, testada o intestada, segons que l'hereu hagi estat cridat a la successió per un heretament, per un testament, o per la llei.

La llibertat de què gaudeix el subjecte per ordenar la destinació per causa de

(1) José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, [Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVARRIA, Francisco RIVERO HERNANDEZ, Joaquín RAMS ALBESA], *Elementos de Derecho civil Patrimonial, V. Derecho de Sucesiones*, José María Bosch, Editor S.A., Barcelona 1988 (reimpr. 1980) [Barcelona 1993^{5ª}] §.1 pàg. 15 [pàg. 13].

(2) Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones, I Fundamentos [II Perspectiva dinámica]* Ed. Civitas, Madrid, 1982 [1984], defineix de manera genèrica la successió com «[e]l tránsito producido por causa de muerte del sujeto titular» (I,1 pàg. 20).

mort del seu patrimoni és notable, fins al punt que pot optar àdhuc per la completa extinció de les relacions jurídiques de què era titular. És a dir, el causant pot preveure la seva "no successió". Per aconseguir-ho, a més d'extingir el passiu de l'herència, també caldrà transformar l'actiu, liquidar-lo. En aquests casos, per comptes de nomenar successors, nomena un liquidador.

S'empra la mateixa terminologia que J.B. VALLET DE GOYTISOLO³, encara que la significació que s'atribueix al mot "liquidador" no és plenament coincident.

VALLET DE GOYTISOLO preveu aquesta figura per a la successió sense hereu, en què el testador ordena la distribució de tota l'herència en llegats. Es tracta d'un supòsit admès sense reserves en el Codi civil (art. 891 CC).

En el dret civil de Catalunya existeixen dos mecanismes per a distribuir la totalitat de l'herència en llegats. En el dret general, mitjançant el nomenament d'un liquidador, anomenat «*marmessor universal de lliurament directe del romanent dels béns hereditaris*» (arts. 315,III; 316,III CS). La funció primordial d'aquest liquidador és extingir el passiu hereditari i lliurar el cabal relicte net a les persones afavorides pel testador. Aquest liquidador exclou la successió universal (a títol d'hereu)⁴, però no la particular (els legataris)⁵. En el dret local de Tortosa, es pot prescindir del nomenament de liquidador (art. 271,IV final CS).

El liquidador al qual es vol fer referència va més enllà que el marmessor

(3) J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Panorama (N.2) I, pàgs. 88 i seg.

(4) Tingui's en compte, però, que el nomenament d'aquest marmessor universal només exclou l'existència d'hereu (voluntari o intestat) quan es distribueix tota l'herència en llegats. En aquest sentit, José María PUIG SALELLAS, Sobre el albaceazgo en la Compilación catalana y en el Código civil, a: Càtedra Duran i Bas, *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia IX (1971)*, pàgs. 73-131: «... de acuerdo con el texto compilado no es lícito entender que aquella virtualidad supletoria del albaceazgo universal respecto de la institución de heredero implique necesariamente la desaparición de ésta. Cabe, pues, que, habiendo albacea universal en una sucesión, haya heredero; en cambio, lo que es indudable es que la no existencia de éste es sólo posible si el albaceazgo es universal» (pàg. 95).

(5) Malgrat l'homonímia, successió universal i successió particular no es refereixen al mateix fenòmen. Pablo SALVADOR CODERCH, El título de heredero, a: *RDN* 127 (gen.-març 1985), pàgs. 399-423 ha assenyalat que «*el heredero sucede en el título de su causante y, sólo a través de éste, en la titularidad*»; en canvi, «*[e]l mal llamado sucesor particular, ni sucede en la relación ni sucede en el título: sucede en su caso en la titularidad o tendrá una nueva titularidad consituída por el causante*» (pàgs. 414-415).

universal de lliurament del romanent dels béns hereditaris, perquè després d'extingir el passiu hereditari, també transforma l'actiu, convertint-lo en diners. En principi, hom podria pensar que aquest fet exclou la successió.

En efecte, qui compri els béns que formen el cabal hereditari, adquirirà llur titularitat mitjançant un títol entre vius, el de comprador. No hi ha dubte que no és successor.

No és tan fàcil qualificar el títol en virtut del qual adquireix qui rep els diners obtinguts pel liquidador en les alienacions de l'actiu hereditari. L'adquirent no succeeix en una titularitat ostentada pel causant. No hi hauria successió perquè, encara que l'adquisició es fonamentés en una titularitat prèvia del causant, es trencaria la identitat de l'objecte⁶.

La consideració del fideïcomissari com a successor del fideïcomitent (arts. 181,II; 236 pr.) obliga a reflexionar la inexistència de successió en aquest cas. El fideïcomissari és hereu tot i que rebí un actiu hereditari diferent del que va deixar el causant (art. 1,I), com a conseqüència de l'actuació de la subrogació real i de l'accessió continua⁷. Aquests mecanismes de manteniment i cohesió d'un patrimoni dinàmic, i d'altres⁸, provoquen que l'hereu fideïcomissari adquireixi la mateixa universalitat que l'hereu fiduciari, tot i que els elements que la composin siguin diferents. Per tant, l'hereu fideïcomissari no succeeix al causant perquè adquireixi la titularitat dels béns relictos, sinó perquè adquireix la seva herència com a universalitat, amb independència de quins siguin els seus elements components.

Aquest mateix argument es podria utilitzar per a considerar com a successors els destinataris dels diners obtinguts pel liquidador. Tanmateix, els supòsits no són equivalents. En la substitució fidicomissària, allò que es persegueix és el manteniment de l'actiu hereditari sense privar de manera absoluta de poder de disposició al fiduciari. En canvi, l'activitat que realitza el liquidador consisteix en fer-lo desaparèixer.

(6) Segons Ferran BADOSA i COLL, Tema 40 (inèdit), la successió és un mode d'adquirir derivatiu i immediat: «No basta la "fonamentació" en la titularitat del causant per haver successió. Aquesta només és "derivativa-translativa"».

(7) Els arts. 213,I i 233,II final exclouen de l'herència fideïcomesa l'accessió discreta (arts. 13; 50; 64,IV; 379,I,2.n)

(8) Art. 213,I final: «allò que adquireix que no siguin fruits o rendes». Ex. tresor, art. 351,I CC

Per tant, el liquidador impedeix sempre la successió.

El dret català nomena aquest liquidador del passiu i de l'actiu hereditari «*marmessor de realització dinerària de l'herència*» (arts. 315,III; 316,II CS).

2. Successió i liquidació en el dret català.

Segons el Preàmbul de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort a Catalunya, el principi bàsic sobre el qual s'articula el dret successori català és la necessitat d'hereu en la successió⁹. Per això no ha d'estranyar que el CS comenci (Tit. I *Disposicions generals* Cap. I *La successió hereditària* art. 1) centrant-se en la figura de l'hereu.

Nogensmenys, tal i com s'ha vist, existeix una segona possibilitat: el causant pot ordenar la liquidació del seu patrimoni¹⁰. El CS també s'ocupa d'aquest supòsit, en què no hi ha successió (arts. 315,II; 316,III).

Successió i liquidació són quantitativament compatibles: el testador pot ordenar la liquidació d'una part de les relacions jurídiques que no s'extingeixen amb la seva mort, i la successió en la resta (art. 315,III: *marmessoria universal de realització dinerària «de tota l'herència o d'una part d'aquesta»*).

Ja s'ha esmentat que el causant pot regular la successió en la seva herència mitjançant dos negocis jurídics: l'heretament i el testament (art. 3,I). En canvi, el causant només pot ordenar en testament la liquidació universal de les relacions jurídiques que no s'extingeixen amb la seva mort (art. 315,II). Per distingir el testament en què es preveu la successió del testament en què s'ordena la liquidació del cabal hereditari, es qualifiquen, respectivament, com a *testament successori* i *testament liquidatori*.

Si el causant no ha previst la destinació *mortis causa* del seu patrimoni, sempre

(9) Preàmbul §.II,1, que cita els articles 1, 3, 67, 102, 125, 136 i 323.

(10) A més, el CS també regula la donació per causa de mort (Títol VI, arts. 392-396). Tal com ha posat de relleu Anna CASANOVAS MUSSONS, *Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el Títol VI del Codi de successions*, a: AREA DE DRET CIVIL UdG [coord.], *Setenes Jornades de Dret català a Tossa, El nou Dret successori a Catalunya, 24-26 de setembre de 1992*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pàgs. 171-205, la donació per causa de mort *no es tracta d'una institució de Dret successori*. Tanmateix, justifica la seva inclusió en el CS *pel fet que respon al criteri de la causa de mort com a motiu causalitzat o tipificador d'aquestes donacions* (pàg. 175).

hi ha una successió, a títol d'hereu, regulada per la llei (successió abintestat) (arts. 3,I; 250,II; 322 en relació amb l'art. 323,I).

No existeix una regulació sistemàtica de la liquidació de l'herència del causant, la qual s'ha de trobar en les matisacions que s'introdueixen en la regulació del fenòmen successori.

La reglamentació de l'únic negoci amb què es pot ordenar la liquidació universal, el testament, segueix aquesta regla. Està pensada gaire bé de manera exclusiva per al supòsit en què el causant ordena la successió mitjançant la institució de com a mínim un hereu, el testament successori amb institució d'hereu. Quan el testament conté una voluntat liquidadora (testament liquidatori) s'adapten les normes previstes per al testament successori amb institució d'hereu, introduint-hi excepcions¹¹. En aquest sentit, és paradigmàtic l'art. 125,III CS, que estableix una prescripció per al testament successori amb institució d'hereu, per la qual cosa n'exceptua les altres modalitats testamentàries: el testament en què es nomena marmessor universal (art. 315,II) i el testament atorgat pel ciutadà de Tortosa (art. 136 final).

No hi ha cap referència expressa al testament parcialment successori i parcialment liquidatori en el CS.

3. Un supòsit específic. Els testaments successoris sense institució d'hereu. La distribució de tota l'herència en llegats.

L'esmentat art. 125,III CS fa referència a una peculiaritat del Dret local de Tortosa, aparentment en matèria testamentària. Però la interpretació sistemàtica del CS posa de relleu que allò que es presenta com una excepció al principi de necessitat

(11) Així ho planteja la doctrina, ex. per a la CDCEC, Francisco GINOT LLOBATERAS, La antigua cláusula codicilar y la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, a: Junta de Decanos de los Colegios notariales de España, *Centenario de la Ley del notariado, Sec. 2.a. Estudios de Derecho notarial*. Vol. I., pàgs. 591-672, qui afirma que l'art. 236,II CDCEC «*implica la quiebra del principio de la necesidad de institución de heredero para la eficacia del testamento*» (pàg. 641).

Però hi ha supòsits que no queden resolts. L'objecció d'Anna CASANOVAS I MUSSONS, Entorn de la Llei 9/1987, de 25 de maig, de successió intestada: aspectes problemàtics, a: *RJC 1990*, pàgs. 298-324, a l'art. 1 LSI es pot reiterar per a l'art. 322 CS: «*l'èmfasi que l'art. 1 LSI posa sobre la institució voluntària d'hereu potser no té prou en compte el supòsit ja esmentat de l'art. 236.2 CDCC [315,II CS], en què el nomenament de marmessor universal substitueix la manca d'institució d'hereu en el testament i que, per tant, una persona pot morir sense deixar hereu testamentari (art. 1 LSI) sense que això comporti l'obertura de la successió intestada*». (pàgs. 300-301).

d'institució d'hereu en el testament (arts. 125,III; 136) no és sinò la conseqüència de la possibilitat de distribuir tota l'herència en llegats que té el testador sotmès al dret local de Tortosa. Així ho palesa l'art. 271,IV final.

En el dret general de Catalunya, la distribució de tota l'herència en llegats necessita la presència d'un marmessor de lliurament del romanent dels béns (arts. 315,III; 316,III). És un supòsit de destinació del patrimoni del testador per causa de mort que provoca l'entrada del patrimoni hereditari en administració, amb la finalitat de liquidar el passiu¹². Tanmateix, el cabal hereditari net no s'ha de transformar en diners, sinò que els afavorits amb llegats d'eficàcia real (art. 253,II) succeiran en la titularitat que el testador tingués sobre els béns i drets del cabal hereditari net, encara que a títol particular (art. 253,II).

En canvi, en el dret local de Tortosa, el testador pot realitzar la distribució de tota l'herència en llegats sense haver de nomenar marmessor.

Dins de la bipartició dels testaments entre successoris i liquidatoris, el testament sense institució d'hereu del dret local de Tortosa s'ha de situar entre els primers. El testament amb nomenament de marmessor (de lliurament del romanent dels béns) per a la distribució de tota l'herència en llegats també és successori.

L'objecte d'aquest treball no és ni l'anàlisi del fenòmen successori ni l'estudi de la successió en o la liquidació del patrimoni del causant, sinò d'un dels negocis jurídics mitjançant els quals aquell ordena la destinació de «*tot el seu dret*» (art. 1,I CS), el testament.

(12) Per al Codi civil, vegeu M.^a Paz GARCIA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Col. Civitas monografías, Ed. Cívitas -Univ. de León, Madrid, 1989, pàg. 382.

CAPITOL II.- ELS NEGOCIS JURIDICS PER CAUSA DE MORT EN EL CODI DE SUCCESSIONS

1.- Els fonaments successoris¹³

L'art. 3,I CS estableix que la «*la successió es defereix per heretament, testament o pel que disposa la llei*». L'heretament, el testament i la llei són els tres possibles fonaments de la successió, perquè en ells es crida un hereu a la successió del causant. La successió serà contractual, testada o intestada, segons l'hereu hagi sigut cridat a la successió per un heretament, per un testament (art. 101), o per la llei («*lleis*», art. 323,I; «*normes*», art. 349 pr.). La successió també serà «*testada universal*» (art. 3,II,III) si el causant ha ordenat en el seu testament que es distribueixi tota l'herència en llegats (arts. 136,I i 271,IV per al testador sotmès al dret local de Tortosa; per al dret general, nomenant un marmessor de lliurament del romanent, art. 315,II rel. amb arts. 315,III; 316,III).

A més, també és possible la liquidació testamentària, nomenant un marmessor universal de realització dinerària de l'herència (art. 315,II rel. 315,III i 316,II).

Amb l'expressió "fonament successori" es vol indicar l'aptitud per a regular la completa destinació de les titularitats del causant que no s'extingeixen com a conseqüència de la seva mort («*ordenar la seva successió*», art. 102)¹⁴.

Per al testament, ho expressa l'art. 101¹⁵. En efecte, així com l'art. 102 fa

(13) Per poder incloure-hi tant els testaments successoris com el testament liquidatori entengui's en aquest capítol fonament *successori* en sentit ampli.

(14) Julius BINDER, *Derecho de sucesiones. Traducido de la segunda edición alemana y anotado conforme al derecho español por José Luis LACRUZ BERDEJO*, Edit. Labor S.A. 1953, anomena «*fundamento de vocación*» a «*un supuesto de hecho de determinada clase, al cual la ley une la consecuencia de que la persona que se encuentra en esta relación de hecho puede ser heredero del fallecido. Se distinguen ordinariamente dos clases de fundamentos de vocación: la ley y la disposición por causa de muerte, consista ésta en una simple disposición de última voluntad o en un contrato sucesorio*» (pàg. 25).

(15) Aquest concepte de fonament successori s'ha obtingut de diverses definicions de testament en el dret català. Marià Josep Sala (s/XIX), *Elementos de Notaria*. Estampa del Brusi. Barcelona, 1834, afirmava que el testament «*es un acte d'última voluntat, ab lo qual se disposa, per despues de la mort de tots los bens*» (pàg. 30). Similarment, Joan MARTI MIRALLES (1866-1949), *Principis del dret successori aplicats a fórmules*

referència exclusivament al testament successori amb institució d'hereu, l'art. 101 conté un concepte genèric, que també abasta totes les altres modalitats.

L'art. 101 no té equivalents en la successió regida per heretament o per la llei. En el cas de la successió intestada, l'art. 323,I va més enllà, perquè es refereix als subjectes que «*la llei crida com a hereus*». En el cas de l'heretament, l'art. 67 s'ocupa directament del requisits i solemnitats necessaris per consider-lo «*atorgat conforme a la llei*».

2.- Els mitjans tècnics per a fonamentar la successió.

El pressupòsit inspirador de la regulació del fenomen successori és impedir que els béns esdevinguin *res nullius* com a conseqüència de la mort del seu titular. Aquest resultat es pot aconseguir de dues maneres: atribuir específicament a cadascun dels béns un destinatari, o bé fixar un destinatari de tots els béns que no tinguin una atribució específica. La successió que es defereix per testament (art. 3,I) és una «*successió testada universal*» (art. 3,II,III). La universalitat es pot aconseguir ja sigui mitjançant la creació d'un títol universal (el d'hereu), ja sigui preveient una destinació específica per a tots els béns que composin l'herència (distribució en llegats).

Aquesta regla només opera en els testaments successoris. Com a conseqüència de la compatibilitat quantitativa entre successió i liquidació (art. 315,III), el testament liquidatori no ha de preveure la destinació de tota l'herència.

2.1.- La institució d'hereu.

Allò que permet que l'heretament, el testament successori amb institució d'hereu i la llei siguin fonaments de la successió és que permeten atribuir l'herència mitjançant un títol universal, el d'hereu. D'ací la consubstancialitat de la institució d'hereu en l'heretament (arts. 67,I; 79,I; 84,I,II; 99,I) i en el testament successori amb institució d'hereu (arts. 102; 125,III; 136), i que en la successió intestada la llei cridi als successors com a hereus (art. 323,I,III; 327,II; 322). «Instituir» significa equival a

d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia, Impr. La Renaixença, Barcelona, 1925 [facsimil 1985], considerava que la institució d'hereu era consubstancial al testament per a fer possible «*a tota disposición de darrera voluntat que sigui testament en el sentit clàssic i ortodoxe de la paraula; és a dir, en el sentit de constituir títol de transmissió de la universalitat dels drets i obligacions de l'atorgant, o sigui de la seva herència*» (pàg. 102)

realitzar un nomenament¹⁶.

2.1.1.- Els heretaments.

L'art. 67,I defineix l'heretament com a «*institució contractual d'hereu*», mentre que les eventuais disposicions de l'heretant en relació amb la seva successió es troben en l'art. 68¹⁷. En l'heretament a favor dels contraents (Tit. II, Cap. II) i en l'heretament mutual (Tit. II, Cap. IV) hi ha quelcom més que una institució d'hereu, perquè atribueixen a l'instituit la «*qualitat d'hereu contractual*» (arts. 71,I; 79,I; 84,I,III; i art. 99,I, respectivament)¹⁸. En aquests casos, l'heretant mor amb «*successor universal contractual*» (art.93,I).

L'heretament a favor dels fills dels contraents, en les seves modalitats de pur i preventiu, és exclusivament una institució d'hereu. En virtut d'aquest heretament, l'heretat està exclusivament «*instituit*» (art. 92,I, per al pur; arts. 93; 94, per al preventiu). Per això haurà d'acceptar o repudiar (art. 93,II) la seva delació en el moment de la mort del causant, llevat que hagués adquirit la qualitat d'hereu com a conseqüència d'un heretament complementari (art. 92,I).

En aquests casos la successió estarà regida per heretament. Així ho prova l'art. 92,I perquè, fins i tot en el cas que l'heretant elegeixi a un dels fills en testament, aquest és «*complementari*» de l'heretament pur. Tanmateix, no es pot parlar pròpiament de successió contractual, com a mínim en el mateix sentit que en l'heretament a favor

(16) Josephus COMES Centilliensis (1655-1729), *Viridiarum artis notariatus sive tabellionum viretum ex odoriferus doctorum et huiusce Artis Authorum floribus quibusque optioribus compactum, sacræque Romæ Rotæ, utriusque Senatus affluentibus a quis perutiliter sæcundatum...*, Tomus Primus, Ex. Typ. Francisco Oliva, Gerundæ MDCCIV, P.2 c.3 n.2 (pàg. 258): «*Hæredem autem instituere, nihil aliud est, quam aliquem iuris successorem nobis nominare, atque constituere, qui post mortem nostram omni in re nostra, bonorumque nostrorum plene potiat, ut in authentica de iureiur. a maiore præstito §.1 col.5*».

(17) Joan EGEA FERNANDEZ, Els heretaments, a: Area de Dret civil UdG [coord.], *Setenes Jornades de Dret català a Tossa, El nou Dret successori a Catalunya, 24-26 de setembre de 1992*, Ed. PPU, Barcelona, pàgs. 149-170, el qualifica de "contingut atípic de l'heretament", derivat d'«*una marcada tendència a l'assimilació del possible contingut dels heretaments al dels testaments*», encara que «*[a]questa assimilació presenta, en ocasions, alguna dificultat*» (pàg. 158).

(18) A l'heretament mutual, aquesta qualitat es troba condicionada a la supervivència en relació l'altre cònjuge («*a favor del que sobrevisqui*», art. 99,I).

dels contraents i en el mutual. Si en aquests darrers el pacte successori és entre heretant i heretat, en l'heretament a favor dels fills dels contraents *_pur o preventiu_* el pacte pot eventualment existir entre els (futurs) consorts heretants.

Si l'heretament a favor dels contraents i el mutual són més que una institució d'hereu, l'heretament a favor dels fills dels contraents prelatiu no arriba a institució d'hereu, perquè simplement *«constitueix una limitació de la facultat de designar hereu que els contraents s'imposen a favor de certs fills, però sense atribuir-los cap dret successori directe»* (art. 95,I). L'eficàcia de l'heretament prelatiu és inferior al d'una crida genèrica, perquè en el cas que morís un dels contraents sense haver instituït hereu (en testament o en heretament, aquesta vegada cap d'ells complementari), s'hauria d'obrir la successió intestada¹⁹.

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

El testament successori amb institució d'hereu, en canvi, no es presenta com la institució unilateral d'hereu, sinó que aquest element del tipus negocial (la institució d'hereu) apareix esmentat amb el contingut eventual del negoci (art. 102), o bé com a part del contingut del testament (*«no contenen institució d'hereu»*, art. 125,III; *«contenir necessàriament institució d'hereu»*, art 136).

Un motiu que podria explicar aquest diferent tractament entre l'heretament i el testament successori amb institució d'hereu seria el caràcter contractual dels heretaments a favor dels contraents. El consentiment de l'heretat a les disposicions de l'heretant que disminueixen quantitativament (llegats) o qualitativa (fideïcomisos) l'herència provoca que l'art. 68 CS hagi de presentar el contingut eventual de l'heretament com a modalització de la institució (contractual) d'hereu, circumstància que no succeeix amb el testament en l'art. 102 CS.

Nogensmenys, aquesta raó no justifica la diferent presentació de testament i heretament. En el dret romà, i en el dret general de Catalunya fins l'entrada en vigor de la CDCEC, el contingut eventual del testament depenia de l'existència de la institució d'hereu i de la posterior eficàcia del títol d'hereu. Aquesta subordinació s'expressava amb l'aforisme *«institutio haeredis caput et fundamentum totium testamenti»*. Quan s'analitzi el testament successori amb institució d'hereu, es posarà

(19) Per a la negació de la contractualitat de totes les classes d'heretament, vegeu J. EGEA FERNANDEZ, Els heretaments (N.17), pàgs. 152-153.

de relleu el significat de l'expressió en el CS²⁰.

2.2.- La manca de béns vacants en els testaments successoris sense institució d'hereu

En els testaments successoris sense institució d'hereu, la inexistència d'un títol universal obliga al testador que opta per aquesta modalitat testamentària a no deixar béns vacants, és a dir, a preveure un destinatari per a cadascun dels béns que formaran el cabal relicte. Altrament, no hi hauria «*successió testada universal*», per la qual cosa la llei cridaria com a hereus els parents i el cònjuge del causant (art. 323,I). Seria la llei la que fonamentaria la successió universal del causant, per comptes del testament²¹.

En relació amb el dret general, l'afirmació del paràgraf anterior no és necessàriament contradictòria amb la postura doctrinal que considera que la universalitat del marmessor (aquí de lliurament del romanent dels béns) no ve determinada per l'objecte sinò per les facultats que el testador li atribueix²². El que es defensa és que el negoci en què es nomena un marmessor universal que no estigui legitimat per actuar sobre la totalitat del patrimoni no pot ésser qualificat com a fonament successori

(20) Vegeu l'epígraf 1.1 del Cap. III d'aquesta part del treball.

(21) Per al Codi civil, J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Panorama (N.2) I,87 pàg. 212, entén que, quan el testador ha volgut excloure el títol d'hereu de la seva successió, els successors intestats serien cridats com a legataris als béns vacants per frustració de la crida al llegat. M.^a Paz GARCIA RUBIO, La distribución (N.12), pàg. 237, també considera que en aquest cas els successors intestats serien cridats com a legataris.

A diferència del CC, el CS preveu específicament la crida com a legataris dels que serien successors intestats del testador: es tracta de la caducitat parcial de l'herència de confiança, art. 135,II. Tanmateix, és una solució excepcional per evitar la infracció del «*nemo pro parte*».

(22) Lluís PUIG FERRIOL a: Lluís PUIG FERRIOL, Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya II. Dret de Successions*. Ed. Tirant lo Blanch llibres, València, 1992, pàg. 187: «*El criteri objectiu que s'ha d'entendre que adopta el Codi de successions per tal de diferenciar els marmessors universals dels particulars, és el que es deriva de les facultats que es reconeixen a totes dues categories de marmessors*» (pàg. 187).

Per a la CDCEC, Luis PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1967, pàgs. 129-134. Ho reitera a: Arts. 235 a 241 CDCEC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXIX-2.º*. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid, 1984, pàgs. 180-272, pàgs. 204-207.

(testament) en els casos en què el testador no hagi instituït hereu(s). Si el negoci no crea un títol que es pugui expandir als béns no destinats específicament, serà la llei la que ordeni la destinació dels béns vacants (arts. 3,II,III; 322). No es pot qualificar com a testament el negoci que originàriament no pot ésser fonament de la «*successió testada universal*» (art. 3,II,III).

La mateixa raó és vàlida per al testament atorgat per un ciutadà amb veïnatge civil tortosí en què es distribueix tota l'herència en llegats (arts. 136; 125,IV; 271,III).

2.3.- L'objecte universal en el testament liquidatori.

Com a conseqüència de la compatibilitat entre la successió i la liquidació (art. 315,III), el testament liquidatori no ha d'atribuir totes les titularitats del causant que no s'extingeixen amb la seva mort.

El testament liquidatori necessita el nomenament d'un marmessor universal (art. 315,II), de realització dinerària d'herència. L'art. 315,III especifica que la realització dinerària pot recaure sobre tota l'herència o sobre una «part» d'aquesta. Per això, per a la validesa del testament liquidatori, n'hi ha prou amb què sigui universal l'objecte sobre el qual recaiguin les facultats del marmessor de realització dinerària, encara que no abasti la totalitat de l'herència.

El testament liquidatori de només una quota part de l'herència és possible (art. 315,III). Com es veurà tot seguit, la incompatibilitat establerta en l'art. 3,II;III CS es refereix a títols successoris i, per tant, no pot impedir la concurrència entre successió i liquidació.

3.- Les relacions entre els fonaments successoris.

3.1.- L'ur incompatibilitat.

A la successió del mateix causant no poden concòrrer alhora hereus cridats per heretament, per testament o per la llei. Es tracta del principi que el Preàmbul (§.II,2) presenta com «*d'incompatibilitat dels títols successoris*»²³, evolució²⁴ del «*nemo pro*

(23) Tot i que també ho sigui el llegat real no constitutiu (art. 267,I), ací «*títol successoris*» s'ha d'entendre com a "títol d'hereu". Així es desprèn de les remissions que fa aquest paràgraf del Preàmbul tant per explicar el «*principi d'incompatibilitat de títols successoris*» i el de «*perdurabilitat del títol successoris*». Es fa aquesta advertència perquè una part de la doctrina (ex. J.B. Vallet de Goytisolo, Panorama (N.2) I,400 i seg.) empra el terme «títol successoris» per referir-lo als negocis formals en els que es

parte testatus, pro parte intestatus decedere potest», formulat a D. 50,17,7²⁵.

Es tracta d'un principi axiomàtic, acceptat sense discussió pels autors del *ius commune*. Dels pocs arguments que s'empren per justificar el principi *nemo pro parte* es pot concloure que el *nemo pro parte* no era sinò la reflexió de la indivisibilitat dels objectes de la successió en el dret romano-canònic, l'herència i la personalitat dels causant²⁶. La *regula iuris uni duo pro solido heredes non possunt* (D. 50,17,141,1)

regula la successió. L'observació no és banal: si els esmentats principis s'entenguessin en la accepció segonament esmentada, el codicil ab intestat (originàriament o com a conseqüència de la conversió en codicil del testament nul per manca d'institució d'hereu) anirien contra la incompatibilitat de títols successoris. D'altra banda, però, s'eliminaria el problema que representa el manteniment del principi «*semel hæres, semper hæres*» amb l'actual conceptualització del fideïcomissari d'herència com hereu successiu.

(24) L'afirmació amb que comença aquest paràgraf del Preàmbul, «[n]o es modifiquen, per tant, els grans principis propis del Dret Romà, tan arrelats en el Dret successori català», no és del tot correcta: el dret romà no admetia que la successió es podés regir per pacte; per això, l'heretament apareixia tipificat inicialment com una donació universal, que s'admetia sempre i quan no exclogués la llibertat de testar (heretaments preventius; reserva per a testar). La CDCEC va tipificar la successió regida per heretament (a favor dels contraents o mutual) com contractual, qüestió que el CS ha reafirmat i desenvoluat. La regulació dels heretaments s'ha adaptat als principis successoris romans així com aquests als heretaments.

(25) *Pomponius libro tertio ad Sabinum. Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est "testatus" et "intestatus"*.

(26) Ex. Franciscus CURTIUS senior (+ 1533), *Consilia Domini Francisci Curtii senioris ...hac in sculptione novissima curiose repurgata: egregiis cuiuslibet consilii Frontispitio numeratim appositis præpositoque familiari notabilium sententiarum alphabeticoque repertorio...* Lugduni: Giunta, 1534. Cons. 74 incip. *Andreas de Casanova. n.2: ...ex auctoritate iuris etiam invito testatore procedit ius accrescendi ne contingat habere hæredem pro parte non. Quia ius habendi hæredem est indivisibile neque potest dividi a testatore neque ab hærede ne contingat testatorem decedere pro parte testatum & pro parte intestatum quod ius civile non patitur* l.ius nostrum ff de reg. iur. glo. in l.quoties. C. de hæred. inst. l.1 & 2 ff de acqui. hæred. & d. l.si servus communis ab extero. *Et ratio rationis est. Quia successio est representatio unius substantiæ personæ defuncti quæ non potest scindi in opposita existente unico subiecto tam in representatione quam in representato. Cum sit impossibile quod pro parte fiat representatio et pro parte non secundum iuris subtilitatem...* [fol. 143].

El mateix principi impedia morir amb més d'un testament vàlid. Ex. PERALTA, Petrus de (1498/99-1561), *Relectionis præcellentis ... in titulis ff de hæredis inst.* [D. 28,5] *et ff de legatis secundo* [D. 31] *et de legatis tertio* [D. 32]. Joannes Maria a Terranova, Salamantica, MDLXIII, *Relectio in l.si quis in principio testamenti ff de legatis tertio* (D. 32,22) núm. 12-13, pàgs. 366-367: «..., [12] *et hæres res in totum*

seria una altra mostra d'aquesta indivisibilitat²⁷. El requisit de l'unitat d'acte també es trobaria relacionat amb la indivisibilitat dels objectes de la successió²⁸.

repræsentet personam defuncti, si fuit in solidum scriptus, vel pro parte quota si pro parte, et agnovit inquam, partem suam altero hærede agnoscente etiam suam, et sic quando non est unicus et solus hæres institutus, per eum repræsentatur insolidum persona defuncti: et quando sunt plures hæredes scripti, et adeunt suas portiones, omnes repræsentant respective testatoris personam, tamen non potest proculdubio ex duobus testamentis in quibus essent plures instituti in solidum, vel esset unus fieri coniunctio et concursus, ad hoc ut ambo valerent, et omnes hæredes in eis scripti repræsentarent defuncti personam hac ratione perspicua. [13] Nam cum persona disponentis sit una, et representatio respective debeat esse etiam una, sic etiam voluntas dispositiva, ex qua cum aditione hæredis vel hæredum scriptorum debet procedere, et insurgere representatio universalis, et insolidum, debet necessario esse unica et indivisibilis. Et cum institutio universalis non possit fieri (ut est dictum) per modum duplicitatis, et sic quod unus, duo, vel plures sint hæredes in solidum, consimiliter neque possit dividi seu scindi voluntas defuncti, respectu ipsius iuris hæreditarii universalis, neque induci validitas plurium testamentorum, quum ex utrisque non possit resultare unica repræsentatio, sive (ut dixi) unus et idem institutus esset in pluribus testamentis, sive plures. ...».

(27) Aquesta afirmació es troba explícita en J. MARTI MIRALLES, Principis (N.15), pàg. 26: «...lo que no consent el Dret romà, és que hi hagi a la vegada dos títuls contradictoris de successió, segons el principi de la incompatibilitat de les dues classes de successió que després examinarem; i que, en virtut de dos títuls contradictoris, es transmeti la successió universal d'una mateixa persona. Lo que no permet el Dret romà, és que hi hagi dualitat d'hereus in solidum d'una mateixa herència, d'una mateixa universalitat, i que un hereu ho sigui per testament i l'altre ho sigui ab-intestat».

(28) Ex. Carolus RUINUS (1456-1536), *Consiliorum seu responsorum... Regiensis Iuris Consulti sua tempestate celeberrimi. Tomus Primus/Secundus ... Additæ sunt Doctissimæ Adnotationes Præstantissimi Iurisconsulti Domini Hieronymus ZANCHI Bergomensis. Venetiis, Apud Felicem Valgrisium, MDLXXXI, T. II cons. 15 núm. 14 (fol. 20-2) [per remissió de Jacobus CANCERIUS (1549-1629), Variarum Resolutionum Iuris Cæsarei, Pontificii, et Municipalis Principatus Cathalonie. Partes Prima, Secunda et Tertia. Sumptibus Laur. Arnaud et Petri Borde. Lugduni 1670. I,4,76 (pàg. 87), en relació amb les solemnitats del testament]: «[14] Circa autem formam probatoriam omnis solennitatis iuris civilis est relaxata inter liberos. Et sufficit probatio iuris gentium, ut habetur dict. §. ex imperfecto. et in l. fin C. de familia erisc. Sed circa formam substantialem, quæ consistit voluntate et consensu, non est recessum a solennitate iuris civilis. Et hinc est, quod si testator velle decedere pro parte testatus et pro parte intestatus, etiam inter liberos, non posset, quia hoc non reperitur concessum, et tamen ista est prohibitio iuris civilis. l. ius nostrum. de reg. iur. ... [15] ... Et hoc, ut dixi, quia prædictæ solennitates quamvis sint iuris civilis, respiciunt ipsam voluntatem et consensum testatoris, et sic formam substantialem, circa qual nil est remissum patre testanti inter liberos, sed militi sic. Ita igitur in proposito, quod testamentum unico contextu compleatur, et sic quod voluntas non dividitur tempore, respicit solennitatem substantialem, idest ipsum consensum, propterea patri non intelligitur dicta solennitas remissa. Nam sicut re ipsa non potest confectionem*

Tot i que es tracti d'una incompatibilitat recolzada inicialment en el títol d'hereu, l'art. 3 CS no la formula com a tal. En efecte, en aquest article es predica indistintament la incompatibilitat entre successions («*successió intestada*», «*successió testada universal*») i fonaments successoris («*heretament*»). Aquesta formulació provoca que els testaments successoris sense institució d'hereu no es trobin exceptuats de la regla d'incompatibilitat entre fonaments successoris.

La incompatibilitat és lògica en el testament en què es distribueix tota l'herència en llegats. La destinació de la universalitat de l'herència és incompatible amb la destinació ordenada mitjançant títol universal.

En canvi, el testament liquidatori no es veu afectat per la incompatibilitat establerta per l'art. 3,II,III, perquè successió i liquidació són compatibles (art. 315,III), àdhuc quan no s'ordenen en el mateix fonament successori.

Encara que la incompatibilitat entre fonaments successoris es trobi formulada de manera absoluta, l'anàlisi del CS palesa que els fonaments successoris només són incompatibles amb els de diferent classe que no els siguin complementaris. S'admet que hi hagi un «*testament complementari*» d'un heretament (art. 92,I). Els arts. 92,I i 130,III admeten expressament que la successió contractual i la «*successió testada universal*» estiguin ordenades per més d'un heretament o d'un testament, respectivament.

La incompatibilitat entre les successions no significa que a la successió regida per heretament o per la llei no hi pugui intervenir la voluntat unilateral del causant. Per això no s'infringeix el principi²⁹ quan a la successió intestada o a la regida per heretament hi intervenen disposicions de la voluntat unilateral del causant en què no

testamenti inter liberos dividere, idest pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere, secundum IMO. in loco praellegat. Eodem modo non debet debet illam posse dividere tempore, arguendo de re ad tps. l.miles ita. in pr. de testament. milit.»

(29) En contra, Xavier ROCA FERRER, tant a la CDCEC (Arts. 105 y 106 CDCEC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXVIII-1.º*. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid, 1982, pàgs. 130-153), com en el CS (Arts. 101 a 124 CS, a: Lluís Jou (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1994, I, pàgs. 415-475). Considera que el codicil ab intestat infringeix el principi «*nemo por parte*». En el règim de la CDCC es podia admetre aquesta objecció, perquè en codicil es podia ordenar un fideïcomís universal (art. 105,I CDCEC). En la regulació vigent (art. 122,II CS) l'objecció és inconsistent.

s'institueixi hereu, el codicil abintestat en el primer cas (art. 122,I); el codicil i/o la memòria testamentària en el segon (arts. 82,I; 122,I).

3.1.1.- La incompatibilitat entre successió intestada i voluntària.

La incompatibilitat entre la successió intestada i la voluntària es troba establerta amb caràcter general a l'art. 3,II. Els arts. 38,I; 41; 42,III en són aplicació concreta. També els arts. 72,III; 82,II, per a la successió regida per heretament.

Tanmateix, en els arts. 88,II i 135,II pr. es crida als que serien successors intestats del causant en una successió inicialment voluntària. No es tracta de supòsits equivalents. L'art. 88,II és una norma interpretativa per determinar qui són els «*hereus dels heretants*» a favor dels quals es va establir el pacte reversional. La successió inicialment regida per heretament no esdevé intestada.

L'art. 135,II pr. preveu la caducitat total de l'herència de confiança. En aquests casos, són cridats a l'herència els que en aquell moment fossin successors intestats del causant³⁰. A l'epígraf 1.2.1 del Capítol III es palesa que l'hereu de confiança és un pseudo-hereu (art. 153,I), un fiduciari del testador amb la finalitat d'impedir que la seva voluntat testamentària sigui coneguda en el moment en què s'obre la successió (arts. 153,II; 152,III). En el moment en què la mort de l'hereu de confiança faci impossible esbrinar la voluntat del testador, s'obrirà la successió intestada (art. 135,II pr.). Tot i que fins aquell moment l'hereu de confiança tingués la qualitat d'hereu (art. 153,I), no es pot considerar que una successió inicialment voluntària hagi esdevingut intestada. L'hereu de confiança no és un veritable successor del testador³¹.

(30) Tanmateix, en el cas de caducitat parcial de l'herència de confiança es salva la incompatibilitat dels títols, perquè els que en aquell moment serien hereus intestats del causant són cridats com a «*legataris de part alíquota*».

(31) A la CDCC existia un altre supòsit de concurrència de successors testamentaris i intestats: l'art. 166, quan el testador havia expressat inequívocament la seva voluntat que els instituïts en cosa certa s'acontentessin amb el que els havia atribuït expressament. La sacralització de la paraula "hereu" no impedia l'eficàcia de la regla de l'art. 110,I final CDCC, però la matisava entenent ordenada una substitució fideïcomissària a favor dels altres hereus instituïts en cosa certa sense clàusula d'acontentament (art. 166,II) o, en el seu defecte, dels qui *en morir els citats hereus [instituïts amb la clàusula d'acontentament] fossin successors intestats del testador*. Formalment, es tracava d'una norma interpretativa de la voluntat del testador.

L'art. 166, així com l'art. 105,II, estaven presos del dret romà sense tenir en compte l'evolució experimentada pel fideïcomís, de mecanisme per transmetre béns mitjançant algú a mecanisme per transmetre béns per després d'algú (Nacherbe). En

3.1.2.- La incompatibilitat entre successions voluntàries.

L'efectiva incompatibilitat entre la successió regida per heretament i la testamentària és més problemàtica. Hi té molt a veure l'evolució de la tipificació de l'heretament. Considerat inicialment com una donació universal, només s'admetia l'heretament si el testador es reservava alguna quantitat de béns per a testar³².

3.1.2.1.- A la CDCEC.

La CDCEC va donar un pas endavant en la tipificació de l'heretament com a contracte successori. Tanmateix, la incompatibilitat de la successió testamentària i de la regida per heretament era dubtosa. L'art. 97,I CDCC establia la incompatibilitat de la successió intestada amb «*la testada i la contractual universals*», però no es pronunciava sobre la compatibilitat entre els fonaments successoris voluntaris.

La doctrina més estesa deduia la incompatibilitat entre la successió testamentària i la regida per heretament a partir de dos arguments: la tipificació de l'heretament bàsicament com a successió contractual i l'expansivitat del títol d'hereu de l'heretat³³.

l'esquema d'un jurista romà, el fideïcomissari no era hereu, per la qual cosa no es trencava cap principi successori. En l'actualitat, concebut el fideïcomissari com a hereu successiu, aquestes dues normes no eren de fàcil comprensió, perquè s'aconseguia indirectament allò que s'impedia obtenir de manera directa. El CS no conté un equivalent a l'art. 166 CDCC, com a conseqüència de l'adequació de la regulació del codicil al concepte modern de fideïcomís.

(32) Aquesta era la tesi majoritària. En canvi, Franciscus MOLINUS (1535/55-1610/17), *Tractatus celebris et insignis de ritu nuptiarum, et pactis in matrimonio coventis*, Barcinone 1617, III,II,2 núms. 71-91, no considerava imprescindible la reserva de béns per a testar. Si existia, qualificava l'heretament com a donació entre vius; si mancava, com a donació *mortis causa*: «*Donationem omnium bonorum præsentium et futurorum factam filiis, validam fore, etiam nullæ factæ reservatione, ratio quoniam sustinetur ut donatio causa mortis, cum nisi patre moriente vim habere possit l.si donatio C. de cona. cau. mor. (n.75)*»

(33) L. PUIG FERRIOL, Arts. 63 a 96 CDCC, a: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXVII-2.º*. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid 1990^{2ª}, pàgs. 125-420: «*En primer lugar, porque han dejado de tener vigencia las razones que podían justificar la existencia de un heredero con respecto a los bienes reservados. Y en segundo lugar, porque en sede de heredamientos la Compilación no excluye el principio de universalidad de la sucesión del heredero, de suerte que debe pensarse acoge el referido principio, con la natural consecuencia de que el instituido en heredamiento cierra el paso a todo posible heredero testamentario en méritos del referido principio*» (pàgs. 268-269).

D'aquesta incompatibilitat entre successions, resultava la impossibilitat de coexistència d'heretament i de testament eficaços.

La segona conclusió xocava amb la literalitat dels arts. 66; 78 i 85,III CDCC, els quals preveïen en una successió regida per heretament la presència d'un testament eficaç, tot i no ésser «*complementari*» de l'heretament (art. 88,I CDCC). A més, l'art. 84,II CDCC preveïa la presència d'un testament («*hereus testamentaris*») quan l'heretament esdevenia ineficaç, encara que això no prejudicava l'eficàcia del testament mentre l'heretament ho era. Aquestes objeccions es resolien interpretant correctorament els arts. 66 i 78³⁴, i restrictivament l'art. 84,II³⁵. No es feia referència al testament de l'art. 85,III³⁶.

Tanmateix, un dels arguments emprats per "confirmar" la tesi demostrava que el negoci mitjançant el qual s'exercitava la reserva per a testar podia ésser un testament.

Contràriament, J.B. VALLET DE GOYTISOLO, Panorama (N.2) I, pàgs. 105-106, considerava que «*son compatibles la sucesión contractual y la testamentaria en cuanto aquélla haya autorizado ésta*», i ho recolzava en l'art. 66 CDCEC.

(34) Quant a l'art. 78, L. PUIG FERRIOL, Arts. 63-96 CDCC (N.33), pàg. 269, afirmava: «*...aunque con la terminología tradicional el artículo 78 faculta al heredante para disponer en testamento de los bienes o cantidad que se hubiese reservado para testar, como que aquí no hay institución de heredero por las razones expuestas hace un momento, no puede en rigor hablarse de testamento (cfr. art. 109-1). En consecuencia, la disposición mortis causa de la reserva para testar sólo puede hacerse en codicilo (cfr. art. 105), y si se hace en testamento, el mismo será ineficaz, pero valdrá como codicilo a tenor del artículo 106*».

En relació amb l'art. 66 CDCC, la correcció és més discreta: «*[d]udosa puede ser igualmente la oportunidad de admitir que una disposición testamentaria posterior pueda completar sin contradecirlo un heredamiento, como también que una disposición testamentaria posterior pueda tomarse en consideración para interpretar las cláusulas de un heredamiento*» (pàg. 170).

(35) L. PUIG FERRIOL, Arts. 63-96 CDCC (N.33), pàg. 327: «*...establece el artículo 84-2 que "la reversión ordenada a favor de herederos de los heredantes se entenderá otorgada a favor de los testamentarios", disposición ésta que debe relacionarse con el giro que aparece en el propio artículo de que lo sean "en el momento de tener lugar la reversión", que si bien literalmente sólo parece referirse a los herederos abintestato del heredante, creo vale también para el supuesto de designación testamentaria de los favorecidos con el pacto reversional*»

(36) L. PUIG FERRIOL, Arts. 63-96 CDCC (N.33), pàg. 332, considerava que la solució de la CDCC només era "acceptable" en alguns casos però en cap cas es va qüestionar la validesa i eficàcia del testament amb què es podia reduir o deixar sense efectes el pacte reversional.

Amb el presupòsit que l'esmentada reserva havia de consistir en béns determinats (ex. una quantitat de diners), s'afirmava que el destinatari de la reserva per a testar seria un instituït hereu en cosa certa, per la qual cosa tindria la consideració de legatari (arts. 68 i 110)³⁷. Els béns objecte de la reserva per a testar sense destinació específica serien adquirits per l'heretat (art. 78). Els «*hereus testamentaris*» de l'art. 84 serien els instituïts hereus en un testament atorgat exclusivament per al cas que l'heretament esdevingués ineficaç.

Ací no es discutia l'aptitud del testament per exercitar la reserva per a testar (admesa expressament pels arts. 66,I final i 78), sinò la seva eficàcia. Si s'acceptava que els béns compresos dins de la reserva per a testar es podien atribuir mitjançant una institució d'hereu en cosa certa, es negava implícitament que s'atorgués un codicil³⁸.

En efecte, en codicil no es podia ordenar una institució d'hereu. En canvi, era suficient una institució d'hereu en cosa certa (ex. arts. 110,I final; 166,I), o en una quota de béns (art. 166,I) per a la validesa del testament successori (arts. 109; 242,I CDCC)³⁹.

Admesa la possibilitat d'exercitar la reserva per a testar mitjançant un testament (àdhuc amb instituït hereu en cosa certa), dictaminar sobre l'eficàcia d'aquest vindrà condicionat per un prejudici sobre la compatibilitat o incompatibilitat entre les successions voluntàries. Si s'opta per la compatibilitat, l'instituït hereu (àdhuc en cosa certa) que acceptés la seva crida adquiriria els béns que, tot i formar part de la reserva per a testar, no haguessin rebut una destinació específica per part del testador. Si l'heretant destinés la reserva per a testar mitjançant testament, els «*hereus testamentaris*» de l'art. 84 podrien ésser els nomenats en aquest testament.

(37) L. PUIG FERRIOL, Arts. 63-96 CDCC (N.33), pàg. 269: «..., tesis que estimo confirma el artículo 68, que admite con respecto a los heredamientos las misma reglas que rigen la institución en cosa cierta conforme al artículo 110. Por tanto, como el destinatario de la cosa cierta concurre siempre a la herencia con un sucesor universal - el que lo sea en virtud del heredamiento-, tendrá el carácter de legatario, de acuerdo con lo prevenido en los mentados artículos 68 y 100».

(38) En contra, L. PUIG FERRIOL, Arts. 63-96 CDCC (N.33), pàg. 369: «...y si se dispone de la misma [reserva per a testar] en testamento, el mismo será ineficaz, pero valdrá como codicilo a tenor del artículo 106».

(39) Es l'únic supòsit que planteja dificultats. En els testaments en que no s'institueix hereu no es plantegen els problemes d'incompatibilitat de títols universals.

3.1.2.2.- En el CS.

El CS ha establert definitivament la incompatibilitat entre els dos fonaments de la successió voluntària (art. 3,III; 70,I). S'ha exclòs el testament dels negocis amb què es pot exercitar la -malgrat tot encara anomenada- «*reserva per a testar*» (art. 82,I; 122,I).

Però queden supòsits en què el CS preveu la presència d'un testament en una successió regida per un heretament. Són els arts. 83,I; 89,III i 92,I CS en els quals, respectivament, l'heretant designa quin dels fills hereus de l'heretat serà cridat com a substitut en l'heretament, elimina el pacte reversional que gravava l'heretat, i elegeix quin dels fills serà cridat com hereu.

Els tres articles no es refereixen al mateix heretament: en els dos primers, es tracta d'un heretament a favor dels contraents, per la qual cosa l'heretat ja ha acceptat; en el darrer, d'un heretament a favor dels fills dels contraents pur, en què només hi ha una institució genèrica d'hereu.

En tots tres casos, el testador fa alguna disposició bé quant al títol d'hereu de l'heretat (art. 89,I), bé quant a la institució d'hereu (arts. 83,I; 92,I).

En l'art. 92,I, el testador elegeix hereu entre els fills instituïts hereus en l'heretament pur: ho pot fer en heretament o testaments complementaris. És un supòsit idèntic al de la institució d'hereu per fiduciari (arts. 148; 149), encara que en cap dels tres articles es prevegui de manera homogènia la manera com fer l'elecció: en heretament o testament, quan l'elector és el mateix heretant; en testament, heretament o escriptura pública, si l'elector és el seu cònjuge (art. 148,I,2.^a,2); o en escriptura pública, quan l'elecció corre a càrrec de dos parents (art. 149,4.^a).

L'art. 83,I contempla un supòsit similar a l'anterior. L'heretant tria el substitut en l'heretament entre els fills que siguin hereus de l'heretat premort abintestat. Ho pot fer tant en testament com en escriptura pública⁴⁰. L'elecció de substitut de l'heretat feta en escriptura pública és irrevocable⁴¹. En canvi, si s'efectua en testament serà

(40) A diferència de l'art. 92,I CS no es preveu expressament que l'elecció s'efectui en un «*heretament complementari*». L'heretament es troba inclòs en «*escriptura pública irrevocable*» (cfr. art. 12.1,I CDCC), que es pot emprar especialment en els casos en què els fills de l'heretat premort «*treballin tant com puguin per a la utilitat de la casa*» (art. 75,II CS), quan l'heretament hagués estat atorgat sota pacte d'unitat econòmica familiar (art. 75,I CS).

(41) Literalment, l'art. 83,I predica la irrevocabilitat de l'escriptura pública i no de

revocable.

L'art. 89,III preveu que el pacte reversional es deixi sense efecte en «*testament o en qualsevol altra forma autèntica*». Encara que no s'indiqui les diferències resultants d'optar per un o altre mitjà, sembla que ha d'ésser anàloga als supòsits anteriors. Perseguir la revocabilitat de l'ordenada en testament.

Sempre es tracta de matèries que no pot contenir un codicil, perquè afecten la institució d'hereu (art. 122,II)⁴². Per això es recorre al testament.

La concurrència de testament i heretament és possible quan llurs continguts no són contradictoris. El testament posterior no revoca sinò que precisa l'heretament anterior. El testament és accessori de l'heretament. La successió estarà regida per heretament, malgrat l'existència del testament. Per això no es trenca la incompatibilitat formulada sense excepcions en l'art. 3,III CS. En efecte, en aquest paràgraf no es formula la incompatibilitat entre heretament i testament sinò entre heretament i successió testada universal. En aquests casos, la presència de testament no significa existència de «*successió testada universal*». La manera com es troba formulat el principi *nemo pro parte* en el CS permet conservar una regulació uniforme del codicil en les tres menes de successions en què pot intervenir.

Aquests «*testaments complementaris*» d'heretaments (art. 92,I) no es troben exempts de problemes. Ex. necessita institució d'hereu el testament en què es confirma l'heretament lliure del pacte reversional o, aplicant l'art. 130,III final per analogia, hom pot considerar suficient la referència a l'anteriorment heretat?.

3.2.- La compatibilitat de testaments. L'art. 130,III CS.

L'art. 130,III CS permet que un testador sotmès al dret civil català mori amb més d'un testament eficaç. En aquest article es dóna entrada en el dret català al "testament parcialment revocatori" («*el testament anterior subsisteixi... parcialment*»)

l'elecció («*en escriptura pública irrevocable*»). Si es compara amb els arts. 148,I,2.^a, 2 i 149,4.^a, es pot considerar una expressió inadequada.

(42) En el cas del pacte reversional, perquè té la consideració de substitució fideïcomissària quan no s'ha atorgat a favor del consort o dels hereus de l'heretant (art. 88,I). En el règim de la CDCC, que admetia l'ordenació de fideïcomisos universals (i, per tant, també la seva revocació), la confirmació de l'heretament com a lliure del pacte reversional s'havia de fer també en testament (art. 85,III), tot i que també s'hauria pogut establir que s'efectués en codicil.

i al que es podria anomenar "testament complementari" («el testament anterior subsisteixi totalment»). Ambdós no són sinó modalitats del «testament confirmatori» (parcialment o total) de l'atorgat previament (art. 89,III CS). Si s'altera alguna de les disposicions testamentàries, es tractarà de revocació; altrament, el segon testament serà complementari.

A priori podria pensar-se que aquests testaments són possibles en la mesura que el testament liquidatori no conté un títol universal amb eficàcia expansiva (el títol d'hereu). Això permetria:

- 1.- atorgar dos testaments liquidatoris sobre diferents quotes de l'herència (el segon seria un testament complementari);
- 2.- recórrer a un testament successori (complementari) per nomenar els successors de la porció de béns no destinada a la liquidació;
- 3.- atorgar un segon testament, liquidatori, que modifiqués només parcialment l'anteriorment atorgat, successori o liquidatori (testament parcialment revocatori).

Amb aquesta interpretació es salvaria el principi en què s'inspira el *nemo pro parte*, en la mesura en què es limités a reflectir la compatibilitat entre successió i liquidació (art. 315,III). Un únic testament successori regularia la destinació de l'herència en la part no destinada a la liquidació.

La defensa de l'anterior interpretació fóra possible si la previsió d'una pluralitat de testaments compatibles entre si només fos prevista en l'art. 130,III. Tanmateix, hi ha d'altres articles del CS que permeten l'existència d'un segon testament, i fins i tot algun que el pressuposa. Són els següents:

- 1.- l'art. 39,II preveu que un dels instituïts hereus conjuntament (§.I) no arribi a ésser hereu «per revocació de la institució» «en una altra clàusula». Aquesta clàusula pot estar continguda en el mateix testament, o, més versemblantment⁴³,

(43) És ben possible que el testador canviï d'opinió durant l'acte de manifestació oral de la seva darrera voluntat. Aquest pot ésser un dels motius de l'exigència de la unitat d'acte (en el CS, art. 105,I). La revocació, és a dir, desdir-se de quelcom manifestat anteriorment, és del tot possible en l'exposició oral de la darrera voluntat. Tanmateix, no és versablant la seva existència en un testament atorgat davant fedatari públic (notari o rector) en forma oberta, perquè aquest ja ho tindrà en compte abans o en el moment de «redactar el testament» (art. 111,I). La probabilitat d'existència en un mateix testament de clàusules revocatòries d'altres és superior quan l'expressió escrita de la voluntat testamentària sigui realitzada pel mateix testador (arts. 112,I; 120,1^r.) o

en un de posterior parcialment revocatori. La possibilitat de revocar exclusivament una institució d'hereu està prevista expressament a l'art. 129,I. 2.- L'art. 306,II preveu que en testament es revoquin de manera genèrica tots els llegats ordenats anteriorment. Aquests llegats podrien haver estat ordenats en codicils, però també en un testament anterior, que subsistiria en allò no revocat expressament. El testament posterior revoca qualsevol altre negoci de darrera voluntat atorgat anteriorment (testament, art. 130,II; codicils i memòries testamentàries, art. 133,II). La clàusula testamentària de revocació genèrica de tots els llegats ordenats amb anterioritat és supèrflua llevat dels casos en què el testador ordeni la subsistència d'alguna disposició prevista en el negoci jurídic anteriorment atorgat.

3.- El testador pot realitzar la partició de l'herència mitjançant un acte d'última voluntat (art. 55,I) que no ha d'ésser coetani («*acte separat*») a «*l'acte mateix de disposició hereditària*» (art. 55,II). Reuneixen aquestes característiques el testament i el codicil⁴⁴. Si la partició continguda en el segon testament no altera les proporcions establertes en el primer, el testament anterior subsistirà totalment, éssent el segon complementari del primer. Si les altera, podria ésser un testament parcialment revocatori.

4.- El supòsit de l'art. 26,II pressuposa necessàriament un segon testament complementari de l'anterior. Altrament, el «*testament desconegut*» impediria que el primer testament arribés a adquirir valor negocial (art. 130,II pr.), amb la qual cosa no tindria sentit impugnar l'acceptació o repudiació d'una delació inexistent.

5.- El fideïcomitent pot nomenar «*en testament o codicil posteriors un o diversos curadors i llurs suplents*» per a que «*exerceixin la representació i defensa dels interessos*» dels fideïcomissaris la identitat dels quals «*només és determinable per*

per una altra persona per encàrrec seu (art. 112,I).

(44) La diferència entre realitzar-la en un o altre negoci és que si el testador opta pel testament, la partició serà eficaç encara que no servi les quotes o les proporcions fixades en la crida. En canvi, la partició ordenada en codicil no pot alterar les quotes establertes en testament. Les «*clàusules dispositives*» són les diverses institucions d'hereu, que no «*poden ésser efectivament revocades per l'acte de partició*» (art. 55,II fin), entenent per «*acte de partició*» el negoci (ex. «*acte entre vius o d'última voluntat*», art. 55,I) que conté la partició.

algun esdeveniment futur» (art. 226,I). En el cas que el testador no alterés la resta del contingut del testament anterior, es tractaria d'un testament complementari.

6.- L'art. 269,I preveu que el mateix objecte del llegat hagi estat atribuït al mateix subjecte en dues «*disposicions de darrera voluntat subsistents*». Les combinacions són múltiples: testament i codicil; testament i memòria testamentària; dos codicils; codicil i memòria testamentària. Atès l'art. 130,III, també podrien ésser dos testaments complementaris.

7.- L'expressió «*en testament o codicil*»⁴⁵, sense article determinat, dels arts. 43,I i 359,II permet que en un segon testament es faci l'exclusió del caràcter col·locacionable de béns del testador adquirits a títol lucratiu pel legitimari (o el seu ascendent, art. 43,II) mitjançant negocis entre vius, i que es declari una donació per causa de mort no imputable al pagament de la llegítima.

Encara que sembli paradoxal, la regulació del testament parcialment revocatori i del complementari per part de l'art. 130,III no havia de comportar necessàriament que qui els hagués atorgat morís amb més d'un testament eficaç.

3.2.1.- El testament parcialment revocatori a la tradició jurídica.

El supòsit del segon testament en què el testador ordena que valgui el testament anterior en allò que no ha modificat no constitueix cap novetat. Els autors del dret intermedi ja se l'havien trobat. La solució era unànime: el causant moria amb un sol testament, el posterior, la institució d'hereu del qual revocava el testament anterior. Les disposicions d'aquest testament revocat podien arribar a ésser eficaces perquè s'entien ordenades en codicil confirmat pel testament posterior⁴⁶.

(45) La possibilitat d'un testament parcialment revocatori, introduïda per l'art. 130,III pr., provoca que l'expressió «*en testament o codicil*», en allò referit al testament, sigui molt més àmplia que «*en el testament*», expressió emprada per l'art 231,I per a la prohibició de la detracció de la quarta trebel·liància. A la CDCC, en canvi, ambdues expressions eren sinònimes.

(46) Ex. la doctrina que exposa Lælius ALTOGRADUS [*Consiliorum sive responsorum in celebrioribus controversiis coram iudicibus diversorum Italiæ Tribunalium agitatis redditorum & rerum super iis Judicatum*], qui es pronuncia la qüestió en el dictamen 79. El supòsit de fet consistia en un testament en què la testadora confirmava el contingut de l'atorgat anteriorment llevat la institució universal d'hereu. El dubte es plantejava en relació amb l'eficàcia de la institució d'hereu en cosa certa continguda en el primer testament.

«[2]..., confirmans autem non dicitur aliquid de novo facere, nec aliquid novi dare, sed omnia confirmare (...) [3] natura confirmationis est, ut non extendatur ultra quam sit actus confirmabilis, quem semper supponit... [4] unde si quis posset decedere cum duobus testamentis validis, uti accidit in milite ad l.quærebatur ff de milit. testament. (...) [5] Sed quia nemo paganus potest decere cum duobus testamentis, Glossa & Doctores omnes in §.posteriore Inst. quibus modis testament. infirm. hinc sit, ut confirmetur quidem talis particularis institutio, de qua in primo testamento, & virtute confirmationis pars secundi evadat, sed non amplius iure directo, & uti institutio, sed per obliquum iure fideicommissi; [6] cum primum testamentum in partibus per secundum non revocatis, sed confirmatis valere amplius nequat, ut testamentum; sed solum codicillum, ut tradunt omnino videndi BARTOL. in l.posthumus §.si paganus in princ. ff de iniust. rupt. & irrit. testament. (...) Solve dic, quod hic loquitur in pagano, qui videtur facere testamento eo modo, quo potest; nec potest decedere duobus conditis testamentis. Noto ergo ex prædictis, quod si testamentum primum confirmatur per secundum, omnia, quæ ibi sunt scripta quæ possunt valere sine hæredis institutione, sunt confirmata; illa quæ hæredis institutionem requirunt, trahantur ad fideicommissum; ut hic, ita Bartol ibi, quod & repetit BARTOL in l.si quis priore n.1&2 ff ad Trebel ubi ait, agendum esse ex secundo testamento confirmante, non ex primo per secundo confirmato; quia nemo potest decedere duobus conditis testamentis, & subjungit vides ergo, quia primum testamentum non potest confirmari, ut testamentum; hoc idem tradit BALDUS in dicto §.si paganus [l.posthumus ff de iniust. rupt. & irrit. testament.], ubi optimè ad propositum nostrum, ita sumat textum, primum testamentum translatum in secundum habet vim codicillorum, et non habet vim institutionis hæredis; vel sic, confirmatio primi testamenti, facta in testamento secundo, videtur facta per fideicommissum, et non iure directo. Idem tradit ANGEL in dicto §.si paganus [l.posthumus ff de iniust. rupt. & irrit. testament.], ubi dicit, si in secundo testamento solemne confirmatur primum solemne, institutio facta in primo, et omnia reliqua ad causam fideicommissi trahuntur. Idem tradunt CASTR in l. si quis priore ubi movet questionem, quod institutus in secundo testamento in re certa debeat haberi loco legatarii; & respondet id procedere, si in eodem testamento fuisset institutus alius hæres universalis; nec obstat, inquit Castrensis, hæredem universalem esse institutum in primo testamento per secundo confirmato; quia confirmatio huiusmodi non potest operari, ultra quam iura disponat, & sic valere non potest, nisi obliquè et per fideicommissum, IMOLA. in dicto §.paganus n.4 [l.posthumus ff de iniust. rupt. & irrit. testament.], ubi, quod quando primum testamentum confirmatur per secundo, primum nihilominus rumpitur, licet valeat iure codicillorum vel non. Et ibi idem docet CUMAN n.1&2 ALBERIC CLAUD de SEYSELL & ALEXANDER in dicta l.si quis priore ff ad Trebel. Et docent ANGELUS ARETINUS, PORTIUS,... et alii in §.sed et si quis priore n.3&4 Inst. quibus mod. testament. infir. Franciscus de ARET in figurat. casus ad dictum §.sed quis priore, in margine ad lecturas Angeli Aretini, ibidem NATTA plenissime cons. 483 n.1.2.3.&4 et cons. 484 n.6&infra per totum et cons.527 n.9&10 MENOCH cons. 857 n.16 vers. quinto & ultimo SURD cons. 232 n.18 ...CEPHAL cons. 73 n.10.11&12 MENOCH cons. 1148 n.12 MARTA in summa tot succ legal par.4 q.4 art.5 n.1 quæ conclusio adeo vera est, ut iudicio meo nullam dubitationem patiat, & qua præsupposita silent, ni omnino fallor, omnia ex adverso deducta.»

començament del s/XX⁴⁷. Tanmateix, no es pot defensar en el CS perquè, com es veurà, l'eficàcia del testament ja no depèn de l'acceptació de l'instituït hereu. A més, també l'impedeix la nova regulació del codicil (art. 122,II).

3.2.2.- L'origen de l'art. 130,III CS

La interpretació que es refusa era la que corresponia a l'art. 473,III pr. AvPC-55 on, per comptes de donar-se eficàcia al negoci anterior («*val l'anterior*», art. 130,III CS), l'eficàcia es predicava del seu contingut («*valdrá lo dispuesto en éste*»).

L'art. 130,III CS no es pot considerar un error de traducció de l'art. 473,III AvPC-55, perquè no té en aquest el seu origen immediat. El text de l'art. 130,III CS és manllevat de l'art. 96,III d'un document de treball de la Conselleria de Justícia, de novembre de 1990, titulat «*Avantprojecte de llei de...*», que conté tres títols, sota les respectives rúbriques «*Disposicions generals*» (arts. 1-17); «*De la successió testada*» (arts. 18-229) i «*De les donacions per causa de mort*»⁴⁸.

L'art. 96,III s'havia de relacionar directament amb l'oració final de l'art. 42,II⁴⁹

(47) Antoni M.^a BORRELL I SOLER (1864-1956), *Dret civil vigent a Catalunya Volum V.- Successions per causa de mort. Primera part.* Impr. Casa de la Caritat, Barcelona, 1923 [*Derecho civil vigente en Cataluña, T. V. Sucesiones por causa de muerte.* Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1944^{2.a}], §.453 final, pàg. 126 [pàg. 116]: «...*quan el testador atorga dos testaments, disposant expressament que valguin tots dos: l'hereu del segundo es fiduciari, també d'un fideïcomís pur; i el del primer, fideïcomissari*»

(48) Aquest document deriva de dos «*avantprojectes de llei*»: un «*de disposicions generals sobre successió hereditària*» i un altre «*de successió testada (primera part)*», sobre els que la Comissió Jurídica Assessora va emetre un dictamen (el 42/90) aprovat pel ple el 13-XII-1990. No s'han obtingut aquests documents, però la confrontació del Dictamen de la CJA amb el document citat indica que els 100 primers articles del document que es posseix són la suma dels dos esmentats avantprojectes.

Es pot consultar el Dictamen de la CJA 42/90 sobre l'avantprojecte de llei sobre disposicions generals sobre successió hereditària i sobre l'avantprojecte de llei de successió testada (primera part) a: PARLAMENT DE CATALUNYA. Direcció d'estudis parlamentaris. Servei de documentació, biblioteca i arxiu. *Documentació parlamentària 4. Projecte de Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya.* Setembre, 1991, pàgs. 436-485. Sorprenentment, els avantprojectes sobre els que la CJA dictamina no formen part d'aquesta documentació.

L'«*Avantprojecte de llei de...*» s'ha obtingut mercès a l'amabilitat del Sr. Lluís Jou Mirabent.

(49) AVANTPROJECTE(N.48): «*En codicil hom no podrà instituir hereu[,] revocar la institució anteriorment atorgada, excloure cap hereu, establir substitucions de cap*

del mateix document, on es bilateralitzava la conversió legal de testament a codicil. En efecte, el codicil amb contingut testamentari tenia l'eficàcia de testament llevat de l'àmbit revocatori, en què conservava la pròpia del codicil.

Aquesta regulació era plenament coherent amb l'abandó del principi *nemo pro parte*, tant en l'aspecte coetani (art. 3) com en el successiu (art. 49 en relació amb el 64,I)⁵⁰. És a dir, que un fonament successori podia regular parcialment la successió del causant.

El precedent obliga a adoptar la interpretació literal de l'art. 130,III. És possible morir amb més d'un testament successori⁵¹. Tot seguit s'analitza aquest supòsit i la incidència en una regulació com la del CS que conserva els principis successoris del dret romano-canònic.

3.2.3.- La pluralitat de testaments en la successió testada universal.

L'existència de diversos testaments en l'única successió testamentària universal obliga a plantejar-se l'abast de cadascun dels testaments. Per aconseguir que el testament confirmatori no «s'oposi ni contradigui» alguna de les «parts» del testament

tipus, desheretar, ni imposar condicions. En cas que el codicil contingués disposicions pròpies del testament valdria com a tal, però no revocarà l'anterior sinò en allò que resulti incompatible»

El pronunciament de la CJA, Dictamen 42/90 (N.48), sobre aquest article fou el següent: «Sembla encertada la supressió que el codicil pugui contenir la institució d'hereu, cosa que descarta la hipòtesi prevista en l'esmentat paràgraf segon de l'article 105 [CDCEC], font de greus problemes, com la doctrina ha apuntat. La comissió entén, a més, que l'exclusió de l'actual regulació del codicil amb institució d'hereu és una mesura oportuna però incompleta, i possiblement provocaria resultats incongruents. Efectivament, si es diu que "cas que el codicil contingués disposicions pròpies del testament valdria com a tal, però no revocarà l'anterior sinò en allò que resulti incompatible", es vol dir que, en definitiva, un codicil pot revocar un testament en la institució d'hereu, que és una institució pròpia del testament. Aquesta no seria nul·la per estar continguda en codicil i revocaria, en el cas d'ésser incompatible, la institució feta en l'únic document adient. Per tant, en no afrontar-se la nul·litat parcial de les disposicions extralimitades, pot resultar la mateixa incongruència que l'actual regulació» (pàgs. 457-458).

(50) La LSI 7-VII-1936 (arts. 1; 2.1) ja havia eliminat aquest principi del dret successori català.

(51) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàgs. 35-48 dedueix el principi de «la unitat del títol successori» de la incompatibilitat entre successions intestada, testada i regida per heretament (art. 3 CS). L'art. 130,III obliga a matisar que la "unitat" de la successió testamentària no implica necessàriament un únic testament.

anterior, s'ha de pressuposar que el testament posterior no preveu una completa regulació de la successió del testador⁵².

3.2.3.1.- El pressupòsit dels testaments confirmatoris.

Per a que un testament es pugui considerar confirmatori d'un altre atorgat amb anterioritat, cal que el testador ordeni de «*forma expressa que el testament anterior subsisteixi totalment o parcialment*» (art. 130,III). Quant a la interpretació d'expressa, vegeu l'apartat 3.1.1.2. del Capítol IV.

3.2.3.2.- Els supòsits del testament confirmatori.

L'art. 130,III contempla dues possibles confirmacions del testament anterior: la que revoca parcialment el testament anterior i la que el complementa. Es tractaran separadament encara que sigui possible que en el mateix testament confirmatori es reformi i complementi alhora el testament anterior.

a) La revocació parcial del testament anterior.

La revocació parcial del testament atorgat anteriorment (art. 122,I; 133,I,III) es produeix quan s'altera alguna de les seves disposicions. La modificació pot recaure tant en l'objecte de l'atribució com en (algun d)els afavorits pel testador. També pot consistir en introduir elements accidentals a la disposició, o designar ulteriors adquirents (ex. art. 122,II).

Es revoca parcialment el testament anterior quan en el segon es destina un bé a un subjecte diferent d'aquell a qui s'havia atribuït inicialment: les dues atribucions són «*contradictòries*» (art. 130,III). En canvi, no hi ha revocació parcial quan en el segon testament s'estableix una disposició a favor d'algú que ja havia estat afavorit amb un altre bé en el testament subsistent. Llevat voluntat clara del testador, s'hauran de considerar disposicions compatibles (art. 130,III; l'art. 268,II,III exemplifica el supòsit

(52) L'art. 269,I preveu que el mateix objecte del llegat hagi estat atribuït a la mateixa persona en més d'una «*disposició de darrera voluntat subsistent*». D'ací no es pot deduir l'admissibilitat d'un testament complementari en què es reiterés la mateixa declaració de voluntat que el testament anterior. En aquest cas, malgrat la voluntat de subsistència expressada pel testador, el primer testament s'hauria de considerar revocat pel posterior (art. 130,II pr.). No té sentit que una successió es regeixi per dues declaracions de voluntat que, en realitat, és una duplicada.

de diferents atribucions a favor d'una mateixa persona).

El testador també pot revocar parcialment un testament anterior mitjançant l'atorgament d'un codicil (art. 122,I). En aquests casos, però, hi ha disposicions testamentàries que un codicil no pot modificar, les previstes a l'art. 122,II. La novetat introduïda per l'art. 130,III consisteix en fer possible qualsevol revocació parcial del testament. Qualsevol disposició testamentària es pot modificar o revocar amb un testament parcialment revocatori. A més, tingui's en compte que algunes clàusules s'interpreten diferentment segons s'hagin formulat en testament o en codicil (ex. la revocació genèrica de tots els llegats ordenats en el testament anterior, art. 306,II).

Per tant, existeixen dos mitjans per modificar el testament anterior: el testament i el codicil testamentari. Ambdós s'han d'atorgar amb les mateixes formalitats (art. 122,III). Tanmateix, allò que un codicil pot modificar és inferior a la matèria que es pot reformar amb un testament complementari. És versemblant que el testament complementari acabi desplaçant el codicil testamentari.

b) L'addició del testament anterior.

L'addició del testament anterior es produeix quan s'especifica o precisa una disposició anterior o quan se n'ordenen de noves⁵³. Pot tenir lloc tant en disposicions de caràcter patrimonial i com no patrimonial.

Les disposicions no patrimonials són compatibles amb les disposicions patrimonials del testament anterior i amb totes les no patrimonials que no regulin la mateixa matèria.

Quant a les disposicions patrimonials, es tracta d'un supòsit més complex. En principi, cap testament successori que regeixi una «*successió testada universal*» pot deixar béns sense atribuir. Com s'ha vist, el testador pot aconseguir aquest resultat bé mitjançant la institució d'hereu, bé distribuïnt tota l'herència en llegats mitjançant un marmessor universal de lliurament del romanent dels béns (art. 315,II; 125,III) o sense ell, si el testador està sotmès al dret local de Tortosa (arts. 271,IV; 125,III; 136).

(53) Per a Miquel TARRAGONA COROMINA, Arts. 125 a 135 CS, a: Lluís JOU (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1994, pàgs. 475-517, «*es poco probable la subsistencia del testamento anterior, salvo que uno y otro se limite a contener "nombramiento de albacea unviarsal o sea otorgado por persona sujeta al derecho de Tortosa" (art. 125.3)*» (pàg. 500)

El que diferencia el testament successori amb institució d'hereu del testament en què es distribueix tota l'herència en llegats és que en el segon no es pot deixar cap bé sense atribuir, mentre que el testador pot limitar la institució d'hereu a béns concrets. La raó deriva dels diferents títols que generen cada testament. En efecte, dels llegats que s'ordenen en neix el títol de legatari, el qual limita la seva eficàcia adquisitiva als béns expressament atribuïts. En canvi, el títol que genera la institució d'hereu, el d'hereu, estén la seva eficàcia a tots els béns que no hagin estat atribuïts de manera específica, àdhuc contra la voluntat del testador (art. 41). Per això presenta menys dificultats admetre un testament complementari d'un testament successori amb institució d'hereu.

b.1.- L'addició de disposicions patrimonials al testament successori amb institució d'hereu.

Les disposicions patrimonials de caràcter particular sobre béns no atribuïts específicament en el testament anterior incideixen sempre en el títol d'hereu, perquè redueixen el seu àmbit objectiu. Tanmateix, no repercuteixen en la institució d'hereu, perquè aquesta no es refereix a béns concrets (ex. art. 122,I,II). Per això existeix addició quan en el testament complementari es preveu una atribució singular per a béns sense una atribució específica en el testament anterior.

Tingui's en compte, però, que un testament complementari que només addicionés disposicions particulars realitzaria la mateixa funció que un codicil testamentari (art. 122,I). A més, la seva distinció (art. 122,III) seria molt difícil. Per això, la novetat que constitueix el testament purament complementari es justifica en la possibilitat d'addicionar un testament anterior en què s'ha instituit com a mínim un hereu. És a dir, que la institució d'hereu del testament posterior «*no s'oposi ni contradigui*» l'ordenada en el testament anterior.

Tractant-se d'addició, els supòsits que s'han de considerar constitueixen dos grups.

Primerament, les institucions d'hereu que no comprenen tots els béns que tenia el testador en atorgar el testament (la institució d'hereu en cosa certa, art. 138; la institució d'hereu en només una quota hereditària, art. 41 final), o que els atribueixen en una titularitat inferior (la institució d'hereu en l'usdefruit, art. 140,I), o que limiten temporalment l'atribució sense designar hereu successiu (la institució vitalícia d'hereu,

art. 140). En obrir-se la successió, el caràcter expansiu del títol d'hereu evitaria que els béns de què «*el testador no ha disposat*» (art. 41) quedessin sense atribuir, ja fos per l'increment forçós (art. 41), o per l'expansivitat del títol d'hereu (arts. 138,II; 139,II; 140,III).

Ambdues solucions es produeixen per manca de disposició dels béns o d'altres instituïts hereus. Abans de l'entrada en vigor del CS, la inexistència d'atribució per a determinats béns o l'eventual concurrència amb d'altres instituïts hereus es predicava exclusivament del mateix testament en què s'ordenava la clàusula d'acomentament (art. 166 CDCC) o la institució d'hereu en cosa certa, la institució vitalícia d'hereu o la institució d'hereu en l'usdefruit. L'art. 130,III CS permet que la disposició dels béns no atribuïts en el primer testament, o les institucions d'hereu que concorren les que no comprenen tota l'herència del testador, es puguin trobar en un testament posterior, complementari d'aquell.

Segonament, l'adquisició de nous béns per part del testador després d'haver atorgat el testament. El títol d'hereu s'estén a «*tots els béns i els drets de l'herència*» (art. 1,I) amb independència del moment de llur adquisició. El testador pot ignorar aquesta circumstància i, per aquesta raó, atorgar un nou testament per destinar exclusivament els béns adquirits amb posterioritat a l'atorgament del testament. En aquesta circumstància, la STS 7-V-1990 (RJA 3687) ha considerat que el segon testament és complementari de l'anterior. Es tractava d'un supòsit regulat pel Codi civil, però els arguments són extrapolables al Codi de successions⁵⁴.

(54) Una testadora va atorgar testament hològraf el 29-VII-1980 instituint hereu universal el seu germà. El 7-IX-1982 atorgaria un nou testament hològraf en què instituïa hereu el seu germà en uns béns adquirits per causa de mort el 30-I-1981. Una vegada oberta la successió, la germana de la testadora pretenia que es declarés revocat el testament atorgat el 1980 i, atès que en l'únic testament subsistent la institució d'hereu era en coses certes (art. 768 CC), que es declarés la mort intestada de la testadora en la resta de l'herència.

El TS va declarar (FD Sexto) que «...*de la literalidad de los términos de ambos testamentos ológrafos, resulta evidente que con el segundo de ellos (el de 7 de septiembre de 1982) lo único que hace la testadora es completar el primero, en el sentido de incluir también entre los bienes que deja a su referido hermano, como su único heredero, aquellos otros que pudieran no considerarse comprendidos en el anteriormente otorgado, a cuya conclusión hermenéutica ha de llegarse por las siguientes razones: 1.ª Porque el mero mantenimiento y conservación por la propia testadora de la subsistencia física o real del documento en que instrumentó el primero de sus testamentos ológrafos ya está revelando su intención de mantener la institución de heredero que el mismo expresa, ... 2.ª Porque el segundo testamento ológrafo no*

b.2.- L'addició de disposicions patrimonials al testament successori sense institució d'hereu.

El testador que persegueix distribuir tota l'herència en llegats (art. 315,II; 271,IV) vol excloure que la seva successió tingui un hereu. Per això no té sentit que en el moment d'atorgar el testament hagués deixat béns sense atribuir⁵⁵.

Nogensmenys, aquesta circumstància no impedeix que un testament complementari de l'anterior pugui addicionar-lo amb disposicions patrimonials. Això succeirà sempre que el testador adquireixi nous béns amb posterioritat i els destini en un testament complementari de l'anterior.

b.3.- L'addició del testament liquidatori.

El testament liquidatori no ha de preveure necessàriament la destinació per a tota l'herència sinò que n'hi ha prou que el seu objecte sigui universal (art. 315,III). Per això, el testament parcialment liquidatori es pot complementar ordenant la destinació de la resta d'herència, ja sigui en sentit liquidatori o successori. També es poden addicionar les facultats atribuïdes al marmessor universal (art. 316,IV).

3.2.4.- La incidència dels testaments complementaris en el Dret successori.

És evident que el manteniment de la redacció de l'art. 93,III del reiterat document en el definitiu projecte de llei de CS (art. 133,III), en què es conservaven els principis successoris romans, havia de provocar un seguit de disfuncions en el text definitivament aprovat pel Parlament.

L'art. 130,III obliga a limitar l'abast del principi d'incompatibilitat de fonaments successoris («*principi d'incompatibilitat de títols successoris*» Preàmbul II,2). Els

contradice en nada al primero, sino que simplemente lo complementa y refuerza, en el ya dicho sentido de expresar que entre los bienes que deja a su hermano, en su calidad de heredero único, han de entenderse comprendidos también aquellos de los que no podía disponer cuando otorgó el primero por no ser suyos, pues los adquirió a virtud de la ya referida partición de la herencia de sus padres, ..., sin que en ningún caso los referidos testamentos ológrafos permitan llegar a la conclusión de que la voluntad de la testadora fuera la de dar entrada en su herencia, por la vía de la sucesión intestada, a cualquier otra persona extraña a su referido hermano, ni, por tanto, revocar el primer testamento mediante el segundo. ...»

(55) El negoci mitjançant el qual un individu nomena un marmessor universal perquè compleixi determinats llegats no seria un testament sinò un codicil (art. 314,I).

fonaments successoris només són incompatibles amb els de diferent classe que no els siguin complementaris. Una successió es pot regir per més d'un testament (art. 130,III) o per més d'un heretament (art. 92,I). Per tant, allò que és incompatible ja no és el fonament successori, sinò la successió. L'art. 130,III obliga a una altra lectura de l'art. 3,I CS, per introduir el plural a «*per testament*». La «*successió testada universal*» pot deferir-se per més d'un testament.

Des de l'òptica actual, la possibilitat de morir amb més d'un testament no és extravagant. Tanmateix, fóra inconcebible per al dret romano-canònic. En aquest, la incompatibilitat entre successions es formulava com *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, perquè el testament era l'únic fonament successori voluntari. Però no significava tant la incompatibilitat entre fonaments successoris de diferent naturalesa (testament i llei), com la incompatibilitat d'un fonament successori amb qualsevol altre, àdhuc de la mateixa classe. Només el soldat romà podia morir amb més d'un testament eficaç, perquè en la seva successió no regien els principis successoris del *ius civile*⁵⁶.

En l'apartat 3.1. d'aquest mateix capítol s'ha afirmat que el principi *nemo pro parte* era una reflexió de la indivisibilitat de la successió o de l'herència. Aquesta indivisibilitat també incidia sobre la institució d'hereu de manera que no es podia concebre que en ordenar testament el testador limités la institució d'hereu a només alguns béns⁵⁷. Les solucions previstes en el dret intermedi per al testament posterior

(56) C. RUINUS, Consiliorum (N.28) II Cons.15 n.14 [esmentat per J. CANCERUS, Variarum resolutionum (N.28) I,4,76(87)]: «...*Nec similiter potest cum duobus testamentis decedere, etiam inter liberos, et tamen hoc a iure civili solum prohibetur. Quod patet, quia militi hoc licet. l.quærebatur, et in l.militis codicillis §.1 de testament. militis.*» (fol. 20v).

En el s/XIX, APUNTES de Notaría. Segundo curso. Tomados de las esplicaciones del catedrático de la propia asignatura, en la Universidad de Barcelona. Col. El estudiante de Barcelona. Imprenta de L. Obradors y P. Sulé. Barcelona, 1869: «*LECCION LXXXVII ...Axiomas. 1.º Nadie puede morir con muchos testamentos, y solo vale el último (menos los militares) (voluntas hominum ambulatoria usque ad mortem), ...*» (pàg. 377)

(57) P. de PERALTA, Relectionis (N.26), *Relectio in l.si quis in principio testamenti ff de legatis tertio* (D. 32.1.22) núm. 13 [pàg. 367]: «...*Nam quemadmodum ipsa hæreditas, quæ est ius indivisibile unicum hæreditarium, ut tradit BART & Doctores post eum in rubrica de acquir. hæred. non potest scindi l.prima, et l.si ex asse, cum aliis eodem titulo, ea potissimum ratione ne scindatur persona, et ex consequenti, neque voluntas defuncti, et ipsius representatio non faciat pro parte, prout neque fieri potest.*

complementari (vegeu apartat 3.2.1. d'aquest capítol) tenien com a finalitat aconseguir la màxima eficàcia per a l'impossible jurídic manifestat pel testador: l'adquisició de valor negocial de dos testaments, ontològicament incompatibles amb independència de quin fos llur contingut⁵⁸.

Cal aturar-se a reflexionar la raó per la qual el testament complementari es considerava contrari a la indivisibilitat de la successió en la tradició jurídica i, en canvi, el respecta en el dret vigent.

L'adequació de les disposicions del testador als principis successoris es pot aconseguir intervenint en la font del títol d'hereu o sobre el mateix títol. El CS empra les dues presentacions. Quan opera sobre la font del títol, elimina de la institució d'hereu els elements que impedeixen que el títol d'hereu s'adeqüi als principis successoris. Ex. en l'art. 154,I final, quan «*es tenen per no formulats en la institució d'hereu la condició resolutòria i els terminis suspensiu i resolutori*». S'actua directament sobre el títol quan s'estableix l'expansivitat del títol d'hereu (arts. 41 final; 42,III; 82,I) amb independència de (i àdhuc malgrat) la institució d'hereu que el faci nèixer.

La segona via constitueix una clàusula de tancament que preserva els principis successoris amb independència de la configuració del títol d'hereu efectuada pel testador. En el cas que ens ocupa, això permet que el testador pugui ordenar parcialment la seva successió en un testament. La modificació del títol d'hereu impedirà la successió intestada en aquells béns per als quals no es prevegui una destinació en les «*disposicions de darrera voluntat subsistents*» (art. 269,I).

Sic etiam per contrarium supposita rationis paritate, neque potest insolidum duplicatio fieri, neque voluntatis, neque repræsentationis personæ. ...)»

(58) Paulus DURAN (1580-1651), *Tractatus de conditionibus et modis impossibilibus ac iure prohibitis contractibus, et testamentis adscriptis*. Typis Thomæ Guerrerii. Interamnae, MDCXXXVIII, III,10,20 (pàg. 109) ho considera un supòsit de declaració perplexa que palesa l'existència d'un vici en la voluntat del testador: «*Demum, hoc unum non prætero quod perplexitas et repugnantia utcumque scripta reddit testamentum falsi suspectum, ut in specie respondet Cravet. cons.243 nu.4 et ante eum Oldrad. cons.242. quod maxime procedit, quando adest aliqua suspicio fraudis, et doli: ut in casu, quem Menoch. proponit in cons.1148, quando scilicet aliquis in secundo testamento instituit alios hæredes quam vocatos in primo testamento; atque ita mutavit primi testamenti substantiam, quæ in institutione hæredis consistit, §.ante hæred. Inst. de leg. et tamen in secundo testamento voluit primum valere, in qua specie, licet videatur, quod preplexitas ex testatoris voluntate potest dissolvi, tamen, quia magna est falsi suspicio, quæ ex hac perplexitate resultat, et ulterius aderant aliæ falsi præsumptiones, consuluit Menoch. secundum testamentum fuisse nullum.*»

A la tradició jurídica, en canvi, la salvaguarda dels principis successoris s'aconseguia intervenint exclusivament en la font del títol d'hereu, en la institució d'hereu. Tot allò que impedia que de la institució d'hereu neixés un títol d'hereu idoni es tenia per no formulat⁵⁹. Això provocava la necessària incompatibilitat entre testaments, perquè de les institucions d'hereu de cada testament neixien títols d'hereu a tota l'herència.

Vegem-ho amb un exemple: l'atorgament successiu de dos testaments, en cadascun dels quals s'institueix hereu en només una quota. Si la indivisibilitat de la successió es reflecteix en la institució d'hereu, ambdós testaments són incompatibles perquè s'entendria que en cadascun d'ells s'ha destinat la totalitat de l'herència.

Si, com en el CS, la indivisibilitat també es pot reflecteix en el títol, ambdues institucions no són necessàriament contradictòries. Si el testador es manifestés en el segon testament per la subsistència del testament anterior (art. 130,III), el testador moriria amb dos testaments, cadascun dels quals amb una institució d'hereu en una quota. Si la suma de les dues quotes excedís o no esgotés l'herència, s'adequaria proporcionalment l'abast dels títols (art. 141,III).

3.3.- La jerarquia entre els fonaments successoris.

El CS ordena jeràrquicament els fonaments successoris. Així ho estableixien els arts. 3,II,III; 70,I final rel. 82,I; 322; 93,I; 250,I,II.

L'art. 3,II fixa la prevalença de la successió voluntària («hereu voluntari», art. 250,I) sobre la intestada. Els arts. 3,III; 70,I final i 82,I han eliminat els dubtes sobre la incompatibilitat entre heretament i testament, amb les matisacions introduïdes

(59) Ex. Ioannes Dilectis DURANTIS (s/XVI), *De arte testandi, et cautelis ultimarum voluntatum Tractatus Clarissimi Iurisconsulti Ioannis dilecti Durantis. Cum summaris...* Venetiis MDXLI, Tit. VI [De Legatis] Cautela II [Quo remedio sustineantur relicta, ab eo qui scriptus est heres universalis hereditate non adita] núm. 2 (fol. 107v): «...Et paria sunt ab initio non fuisse, et postea definere. l.si quis sub conditione. ff de testament. tute. et qui non adivit hereditatem habetur perinde ac si ab initio heres scriptus non fuisset. l.1 in princ. ff de su. et legi. cum aliis allegatis per Bald. cons. 379. thema. lib. 4. Et si ab initio nullus fuisset heres scriptus ad institutum in re certa tota hereditas pertineret. l.1 .si ex fundo. ff de her. inst. et Barb. in cap. Raynutius. col. 63 de testa. Et quod herede universali non adeunte institutus in re certa ex asse sit heres. Communis est opinio ut testatur Alex. in l.quoties C. de here. inst. Et instituto in re certa adeunte quoad omnia testamentum confirmabitur, ut per Alex. cons. 68. habita super narratis. col.1 lib. 3».

anteriorment. Per tant, la jerarquia entre els fonaments successoris en el dret català és la següent: 1.r l'heretament; 2.n el testament; 3.r la llei.

S'ha de matisar el primer grau que ocupa l'heretament en l'esmentat ordre de prelación dels fonaments successoris. Això succeeix sempre si l'heretament és a favor d'un o dels contraents, mutual o a favor dels fills en les seves modalitats pur i prelatiu. L'heretament a favor dels fills preventiu (arts. 93; 94) es situa immediatament abans de la successió regida per la llei.

La jerarquia entre els fonaments successoris incideix decisivament en la compatibilitat entre successió i liquidació (art. 315,III), quan aquestes no s'ordenen alhora. En efecte, la successió universal es pot ordenar per heretament, per testaments o per la llei (arts. 3,I; 67,I; 102,I; 322). En canvi, la completa liquidació del cabal relicte només es pot preveure en testament (art. 305,II). La inexistència d'un heretament exclusivament liquidatori («heretament, institució contractual d'hereu», art. 67,I), compatible amb el successori, provoca que la liquidació d'una quota del patrimoni de l'heretant només sigui possible si s'ordena en el mateix heretament (arts. 68; 308) o en un codicil posterior (arts. 82,I; 308).

3.4.- La impermeabilitat de la jerarquia entre els fonaments successoris

La jerarquia entre els fonaments successoris hauria d'ésser impermeable, si no se la vol convertir en il.lusòria. Si una vegada s'ha previst la successió mitjançant un fonament successori fos possible ordenar que la successió es regís per un fonament de rang inferior, l'esmentada jerarquia seria paper mullat.

No hi ha dubte que qui ha atorgat heretament a favor dels contraents o mutual no pot transformar de manera voluntària i unilateral la seva successió en testamentària o intestada (art. 70,I; per a l'heretament a favor dels fills prelatiu, art. 95,II)⁶⁰.

Per tant, la qüestió es centra en relació a la permeabilitat o impermeabilitat entre la successió testada i la intestada. És a dir, si qui ha atorgat testament pot decidir morir intestat. Amb d'altres paraules, si és possible un testament exclusivament revocatori del

(60) L'art. 13,2.n CDCC constitueix l'excepció. Preveu la revocabilitat unilateral d'alguns heretaments en el cas de dissolució del matrimoni per divorci: (a) l'heretament a favor d'un dels contraents només en el cas que no hi hagi convivència amb l'heretant ni descendència de l'heretat, o si l'heretat contreu nou matrimoni; (b) els heretaments a favor dels descendents purs en tot cas.

testament anterior⁶¹.

3.4.1.- El testament exclusivament revocatori.

La major part de la doctrina catalana admet (*obiter dicta*) sense massa problemes el testament exclusivament revocatori⁶². X. ROCA s'ha ocupat d'aquesta qüestió de manera específica. Sembla que es pronuncia a favor de la seva admissibilitat, a partir de l'art. 130,III, que accepta el testament confirmatori encara que «*no contingui institució d'hereu*». Nogensmenys, assenyala que en són obstacles els arts 136 i 122,II⁶³.

L'art. 130,III no es pot emprar per a defensar la possibilitat del testament exclusivament revocatori. En el seu lloc (cap. IV 1.3.4.) s'exposa que «*no contingui institució d'hereu*» es refereix a la inexistència d'una determinada fórmula, però no a la clàusula en què s'institueix hereu. Com es pot confirmar un hereu instituït en un testament anterior sense esmentar-lo d'alguna manera?. Aquesta confirmació és una institució d'hereu, encara que no s'efectui amb la fórmula habitual.

El problema aparentment insalvable per admetre el testament exclusivament revocatori és la inexistència d'un negoci unilateral per causa de mort que permeti revocar el testament sense preveure una nova destinació per a l'herència (els esmentats arts. 136, testament; 122,II, codicil; als quals es pot afegir l'art. 123,II, memòria

(61) No es planteja la qüestió de la revocació real del testament, perquè aquesta no té caràcter general. El testador no pot destruir el document matriu que conté la que havia estat la seva darrera voluntat.

En el cas del testament holdgraf, el testador pot destruir-lo en qualsevol moment. Quant a la revocació real del testament en el CS, vegeu l'epígraf 4.2.2 del capítol IV d'aquesta primera part del treball. Per a l'AvPC-55, (N.76)

(62) Ex. Antonio PARA MARTIN, Legítima y sucesión intestada, a: AREA DE DRET CIVIL UdG [coord.], *Setenes Jornades de Dret català a Tossa, El nou Dret successori a Catalunya, 24-26 de setembre de 1992*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pàgs. 401-406: «*Para defraudar los derechos de futuros legitimarios al causante le bastaría no testar o revocar totalmente el testamento ya otorgado*» (pàg. 403).

(63) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàgs. 420-421. Es dedueix el seu posicionament favorable al testament revocatori perquè es dol que el Parlament de Catalunya no hagi tingut en compte per a la redacció de l'art. 136 CS el text que havia proposat quan era vigent la CDCEC [Arts. 101-102 CDCEC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXVIII-1.º*. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid, 1982, pàgs. 53-97]: «*El testamento, salvo que sea meramente revocatorio, habrá de contener institucion de heredero o desheredación expresa, excepto el otorgado por persona sujeta al Derecho especial de Tortosa*» (pàg. 153).

testamentària)⁶⁴. L'art. 473,I AvPC-55 preveia la revocació del testament anteriorment atorgat sense haver d'instituir hereu. El mitjà per fer-ho era una «escritura pública» atorgada amb gaire bé els mateixos requisits que un testament: capacitat per a testar i dos testimonis⁶⁵. L'art. 473,I AvPC-55 equivaldria a l'art. 738 CC. Com en aquest⁶⁶, es permetia revocar un testament sense haver de testar.

L'art. 473,I AvPC-55 no tenia un equivalent en el PrLC-59. Del comentari de Fr. Condomines i de R. Faus a l'art. 243,IV CDCEC, es pot deduir que l'intent de reintroduir-lo en el debat de la *Comisión de las Cortes* no va reeixir. L'admissió expressa del codicil exclusivament revocatori (art. 243,IV CDCEC) equivalia a excloure el testament exclusivament revocatori del text de la CDCEC⁶⁷. L'aplicació supletòria de l'art. 738 CC hauria estat difícil perquè entre les «solemnidades necesarias para

(64) Per a la CDCC, Pau SALVADOR CODERCH, Comentari als arts. 248, 249, 250 i 251, a: FERRAN BADOSA I COLL et alii, *Comentarios a les reformes del Dret civil de Catalunya. Volum I*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1987, pàgs. 663-711, pàg. 672, havia assenyalat que «el sistema successori català fa més difícil que el Codi civil la pura exclusió de successors intestats. en efecte: 1) D'una banda, el testament postula institució d'hereu i no ho serà, consegüentment, així només la disposició negativa (art. 109 Comp.). 2) De l'altra, el codicil (art. 105 Comp.) no sembla ser un negoci apte per contenir aquesta última declaració de voluntat». Els mateixos arguments es podrien utilitzar en relació al testament exclusivament revocatori, en que els exclosos són els instituïts hereus en el testament anterior.

(65) La unitat d'acte requerida en l'atorgament dels testaments a l'art. 227,I AvPC-55 no s'exigia a l'art. 473,I: «La revocación podrá ser expresa, mediante disponerla el testador en testamento o escritura pública, aunque sea con la expresión genérica de revocar el testamento o todo testamento anterior. Está escritura deberá ser otorgada personalmente y ante dos testigos por el testador y bastará que éste tenga la capacidad para testar».

(66) ALBALADEJO GARCIA, Manuel, Sección Décima. Arts. 737 a 743 CC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir.) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales IX-2.º*, Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid 1983, pàg. 398.

(67) Francisco de A. CONDOMINES VALLS, Ramon FAUS ESTEVE (1902-1987), *Derecho civil especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960*. Librería Bosch, Barcelona, 1960, pàg. 281: «Aun cuando el artículo 243 sólo se refiere a la revocación de los codicilos, siempre se había admitido, por aplicación del derecho romano, que la simple revocación de un testamento no requiere el otorgamiento de uno nuevo, que exigiría institución de heredero, sino que es suficiente una escritura pública de revocación, otorgada ante dos testigos y por persona que tenga la capacidad legal necesaria para testar, según resulta del Codex (Libro IV-23-27); pero este precepto fué uno de los eliminados por la Comisión de las Cortes».

testar» hi havia la institució d'hereu (art. 109 CDCEC) o el nomenament de marmessor universal (art. 236,II).

Malgrat el Preàmbul⁶⁸, el CS no ha innovat la regulació de la CDCC. Per tant, per a revocar un testament cal testar (o heretar).

Hi ha diversos articles del CS que es refereixen a la revocació de la institució d'hereu (arts. 122,II i 129,I) i a morir amb testament revocat (arts. 11,4.t i 250,II [art. 216,II CDCEC]). Els arts. 122,II i 129,I no prejuten que la institució d'hereu revocada fos l'única del testament, ni que la seva revocació sigui conseqüència d'un testament exclusivament revocatori. Revocar una institució d'hereu deixant subsistent el testament anterior es pot fer mitjançant un testament parcialment revocatori, que si no conté una nova institució d'hereu, haurà de confirmar alguna de les altres institucions d'hereu del testament subsistent (art. 130,III). Tampoc l'art. 11,4.t indica que la revocació del testament induïda per l'indigne s'hagi efectuat sense preveure una nova destinació de l'herència, ja en testament, ja en heretament.

Per tant, l'argument més sòlid per admetre el testament exclusivament revocatori s'hauria d'obtenir de l'art. 250,II, que considera un supòsit de mort intestada morir «amb testament que sigui nul, revocat, o ineficax».

El testament pot ésser revocat per un heretament (art. 70,II) o per un testament vàlid (130,I,II) posteriors. A més, encara que hi ha límits, el contingut del testament es pot revocar parcialment mitjançant codicils (art. 122,II) i memòries testamentàries (art. 123).

L'existència d'heretament exclou la successió intestada. Per tant, només un testament podria haver provocat la mort intestada amb «testament revocat» de l'art. 250,II. Per a la validesa del qualsevol testament (art. 130,II), també de l'exclusivament revocatori, s'ha d'instituir d'hereu (art. 136) o nomenar un marmessor universal (art. 315,II) a qui s'encarrega una determinada comesa.

3.4.2.- El testament revocatori a la tradició jurídica.

La qüestió del testament exclusivament revocatori no és nova. Ja se l'havien plantejat els autors del dret intermedi. La solució consistia en negar la qualificació de

(68) En el Preàmbul (IV c 5) s'afirma que s'ha regulat aquesta matèria «seguint l'avantprojecte del 1955».

testament a la declaració de voluntat del testador amb contingut exclusivament negatiu. En canvi, se l'admetia si la declaració anava acompanyada d'una *demonstratio*: quan el testador manifestava que revocava el testament anteriorment atorgat perquè vol morir intestat. En aquests casos, s'entenia que la declaració del testador no contenia una declaració exclusivament negativa, sinó que implícitament instituïa hereus als successors intestats⁶⁹. La successió era testada.

(69) Aquesta era la solució que donaven els autors del dret intermedi. I.D. DURANTIS, *De arte testandi* N.59, Títol X [*De mutatione testamenti*] Cautela III, [*Quo remedio testamentum etiam alio testamento non facto revocetur*, núms. 1-4 (fols. 180v-181v) [per remissió d'Accacius Antonius RIPOLL (1585-d.1655), RIPOLL, *Variae iuris resolutiones, multis diversorum decisionibus Senatuum illustratae*,... Sumptibus Iacobi, Andreae et Matthaei Prost. Lugduni MDCXXX, XIII,575 (pàg. 460), encara que (llevat errada tipogràfica) a la seva edició era la cautela IV]: *EX EO [1] solo quod testator post testamentum factum dixerit etiam coram septem testibus nolle valere testamentum iam factum, non propterea hereditas scriptis heredibus aufertur §.ex eo. Inst. quib. mo. testament. infir. BART. in l.si iure. ff de legat.3 BAL. cons.CCCLIV. ad evidentiam. lib.V. & ALEX in l.si ita scriptum. §.regula. ff de lib. & posth. & cons.CLIX. viso testamento. lib.VII. & IAS. cons.CXXXI. quam Helisabet. parte.I & cons.CXLI. visa longa. parte II [1]. Sed si [2] testator velit scriptum heredem hereditate carere, & eam deferri succedentibus ab intestato, Remedium est, quod testator adiiciat verba hec, quia volo decedere intestatus. His namque verbis adiectis valet ademptio hæreditatis, & revocatio testamenti facta coram septem testibus quasi instituti fuerint ab intestato successuri. l.I. §.si heres. ff si tab. testament. nul. exta. & hoc tenet BART. in d. l.iure. PAUL de CAST in auten. hoc inter liberos. C. de testament. BARB in c.Raynutius. fol.XXIV col.II de testament. LAUR. CALC. cons.XC. quantum ad primum. col. V cum sequentes. PETR. de ANCHA. & IMOL. in c.cum esses. de testament. & est communis opinio secundum ALEX. in l.sancimus. C. de testament. ubi dicit sufficere predicta fieri coram quinque testibus, si in testamento fuerit extraneo institutus, sequens BART. in l.militis codicillis. §.veteranus. ff. de milit. testament. qui ita tenent per l.hac consultissima. §.si quis autem. C. de testament. Tutius tamen est est adhibere numerum septem testium, quia dictus §.si quis autem loquitur quando expresse instituit venientes ab intestato. Ut ibi per Fulgo. & quod valeat revocatio facta dictis verbis adiectis tenet ALEX. cons.CIV paucis utar. lib.II & cons.XXX. ponderatis. lib.III. & cons.CLIX. viso testamento. lib.VII. & CORN. cons.XXXIX quamquam lib.II & cons.CXLIX. reperio ver. & insuper. lib.IV. Secundum remedium [3] (ut penitentia revocetur testamentum) est quod veniatur ad actum facti cancellando testamentum. l.cancellaverat. ff de his que in testament. delen. BAR. in d. l.si iure. Tertium remedium est, [4] quod in voluntate revocatoria adiiciatur clausula codicillaris. ut per BART. in d. l.si iure. Et si testator secundum testamentum perfectum faceret [1] cum heredis institutione, ad tollendum primum esset remedium carens omni scrupulo. d. §ex eo. Et si in priori testamento esset extraneus institutus, venientes ab intestato, coram quinque tantum testibus, possent institui d. §.si quis autem. Et explorati iuris est posteriore testamento prius tolli, etiam si ex secundo testamento non adeatur hereditas. l.cum in secundo. ff. de iniust. testament. l.pater filio. ff de hæred. inst. cum allegatis per ALEX cons. LXXXVII. in causa mota. col.I&II. lib.III dum tamen considerato*

En el s/XIX, en canvi, la revocació del testament s'admetia sense gaires límits. Per a revocar el testament nuncupatiu només calia una declaració davant notari. Per al testament tancat, n'hi havia prou amb retirar-lo del dipòsit notarial⁷⁰.

3.4.3.- *¿Semel testatus, semper testatus?*

Atès que en el CS no es pot revocar un testament sense testar (art. 130,I, o heretar, art. 70,I), entre el testament («*successió testada universal*») i la llei existiria la mateixa impermeabilitat que entre l'heretament i la llei, o l'heretament i el testament. Una vegada atorgat testament, el testador no podria provocar negocialment que la seva successió fos intestada⁷¹. La manifestació del testador en què expresés la seva voluntat de revocar el testament anteriorment atorgat només podria ésser qualificat com a testament si fés alguna referència als successors intestats que es pogués considerar una implícita institució d'hereu al seu favor.

Els arguments emprats per la doctrina del Codi civil per admetre el testament

tempore secundi testamenti adiri potuerit hereditas. ubi per ALEX. & ad probationem predictorum vide BARB. cons.LX illud lib.II.

(70) Félix María FALGUERA PUIGURIGUER (1811-1897), *Apuntes de Notaría conformes con las explicaciones del catedrático de la universidad de Barcelona Dr. D. Félix María Falguera*, Barcelona, 1871. explicava als aspirants al Notariat: «*Cuando el testador quiere revocar el testamento sin hacer otro nuevo, si el testamento hecho es nuncupativo basta que se presente al notario y diga que revoca el testamento que otorgó, cuya revocación hace constar el notario en el protocolo. Si el testamento que el testador quiere revocar es escrito, se presenta al notario y lo pide, y éste se lo entrega quedándose con la carpeta, y haciéndole firmar recibo en la carpeta misma*» (pàg. 390)

(71) Contràriament, sembla que J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama* (N.2) II,106, pàg. 229 s'adhereix a l'opinió de que no cal institució d'hereu en el testament exclusivament revocatori. L'atribueix a PUIG BRUTAU: «*a su juicio, esa exigencia [la institució d'hereu, arts. 109 i 242 CDCEC] sólo se refiere a los testamentos que regulen la sucesión testada, más no si sólo abren paso a la sucesión intestada, pues "no ha de servir para privarle de su derecho a fallecer abintestato", como ya había apreciado la S. 10 mayo 1898*». La reproducció de la sentència i uns arguments idèntics apareixen en un article anònim *Acerca de la revocación de disposiciones testamentarias*, a: *La Notaría* 1962, pàgs. 359-366 [*Boletín informativo núm. 7* (30-V-1962) pàgs. 7-14]. El plet que resol l'esmentada sentència no fou suscitat per un testament purament revocatori, sinó per un document públic amb les solemnitats exigides per a l'atorgament de testament, i amb contingut revocatori d'un testament anterior, supòsit admès en el s/XIX (vegeu N.70), i contemplat a l'art. 473,I AvPC-55 (N.65), però no pel PrLC-59. L'intent de reintroduir-lo a la CDCEC no va reeixir (N.67)

exclusivament revocatori només matisen aquesta interpretació. Es considera indubtable que en la declaració exclusivament revocària del testament hi ha un acte de destinació *mortis causa* perquè es vol que la successió sigui intestada⁷². Aquesta conclusió, que en el Codi civil porta a la successió intestada, es troba en el dret civil de Catalunya amb l'obstacle de la incompatibilitat entre successió testada i intestada, que fa impossible que un testament doni pas a la successió intestada. Entendre que el testador institueix els seus successors intestats, encara que no els esmenti, quan es limita a revocar el testament anterior no és possible⁷³.

La institució d'hereu implícita presentaria un problema interpretatiu, per determinar si la voluntat del testador era cridar als successors intestats vocats per la llei, sense «*limitació de grau*», o bé cridar exclusivament als cridats preferentment. En el segon cas, si els volia cridar a tots per parts iguals o de la mateixa manera que ho fa la llei (en l'usdefruit al cònjuge que concorre amb fills, art. 331). Possiblement s'hagués d'interpretar en aquest sentit, tot i que la norma interpretativa de l'art. 145 atribueix a l'expressió «*hereus intestats*» la no limitació de grau, llevat voluntat contrària del testador. En qualsevol cas, cal tenir present que aquests individus serien «*cridats com a hereus testamentaris*» (art. 145). Fins i tot en aquest cas el testador institueix hereu⁷⁴.

El text de l'art. 250,II CS, com el de l'art. 216,II CDCC, prové de l'art.

(72) Félix PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*. Col. Fides. Ediciones Nauta, Barcelona, 1964, pàg. 35; M. ALBALADEJO GARCIA, Arts. 737-743 CC (N.66), pàg. 398.

(73) Per P. SALVADOR CODERCH, Com. arts. 248-251 CDCC (N.64), pàg. 673, l'exclusió negocial d'alguns successors intestats «*no implica crida negocial, encara que tàcita, dels altres, ja que la idea de declaració de voluntat tàcita postula la consciència de la vàlua declaratòria del comportament de l'agent*».

(74) Abans de l'entrada en vigor del CS, M.^a Encarnación ROCA TRIAS, El testamento de Tortosa sin institución de heredero, a: J. Massip Fonollosa, *Costums de Tortosa. Estudis*. Centre Associat de Tortosa UNED. Tortosa, 1979, pàgs. 334-336 considerava que el testament atorgat per un ciutadà amb veïnatge local tortosí, en no haver d'instituir hereu, podia ésser exclusivament revocatori. Però l'afirmació no era tant absoluta: «*Creo que en Tortosa es posible la existencia de un testamento meramente revocatorio de los anteriores, basándome precisamente en la exclusión de la necesidad de institución de heredero; ello permitiría revocar la institución de heredero otorgada en un testamento anterior, excluyendo la sucesión testamentaria y remitiéndose el testador a la sucesión intestada*» (pàgs. 344-345).

415,II AvPC-55⁷⁵. A l'AvPC-55, la revocació del testament que provocava la successió intestada podia ésser resultat del tres supòsits: 1.- l'escriptura pública amb les formalitats exigides al testament (art. 473,I); 2.- quan el testador retirés el testament tancat de la custòdia del notari (art. 475,I pr.); i 3.- quan el testador amb capacitat per a testar destruís del testament no autoritzat per fedatari (art. 475,II) o alterés la coberta o signatures del testament tancat autoritzat per un Notari que fos del Col·legi de Barcelona (art. 475,I final)⁷⁶. Dels tres supòsits esmentats, en el CS, només el darrer podria provocar la mort intestada del causant per revocació del testament: la destrucció del testament hològraf per part del testador capaç per a testar (art. 131 CS)⁷⁷. Per tant, l'art. 250,II no donaria peu al testament exclusivament revocatori.

(75) Art. 415,II AvPC-55: *«Tendrá lugar la delación de los expresados bienes a favor de dicha persona o personas llamadas como substitutos preventivos de residuo, cuando los referidos heredero o legatario fallezcan intestados, y por tanto de no resultar ser otra la voluntad del testador, aunque fallezcan habiendo otorgado testamento que sea nulo, revocado o por otra causa haya perdido su eficacia o que el heredero por ellos instituido no llegue a sucederles; pero no si fallecen con heredero instituido en heredamiento y que llegue a sucederles. Sin embargo, de ser el heredero o legatario cónyuge del testador, que junto con éste hubieren otorgado heredamiento preventivo, prevalecerá sobre éste la substitución preventiva de residuo, caso de fallecer dichos heredero o legatario sin haber otorgado después otro acto de última voluntad».*

A l'art. 236 PrLC-59 no s'especificaven els supòsits en què es produïa el «fallecimiento intestado del heredero o legatario». La redacció de l'art. 216 CDCEC, per tant, tenia l'origen immediat en el dictamen de la *Comisión de Justicia* de les *Cortes Españolas*.

(76) Art. 475 AvPC-55: *«El testamento cerrado notarial quedará revocado de pleno derecho cuando el testador lo retire del poder del Notario que lo custodie, el cual consignará en acta este hecho, con expresión de su fecha y hora, sin perjuicio de lo dispuesto en el último § del art. 468. El testamento cerrado no autorizado por Notario del Colegio de Barcelona se presumirá revocado en los casos previstos en el art. 742 del Código civil. [II] Los testamentos no autorizados por Notario, Párroco u otro fedatario en materia testamentaria, se presumirán revocados si aparecieren rasgados o inutilizados, o borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas o fechas de los mismos, a menos que se probare que estos hechos han ocurrido sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose éste demente. Si apareciere borrado el nombre de algunos de los herederos instituidos, la revocación no alcanzará a los demás; pero si lo borrado fuese el nombre del único o de todos los herederos instituidos, quedará revocado totalmente el testamento, sin perjuicio de los efectos de la cláusula codicilar que acaso contuviere»*

(77) Sobre l'anomenada "revocació real", vegeu l'epígraf 4.2.2 del capítol IV d'aquesta primera part del treball.

4.- Els fonaments successoris i els altres negocis per causa de mort de darrera voluntat.

La configuració de l'heretament i del testament com a fonaments successoris permet diferenciar-los del codicil i de la memòria testamentària, els altres negocis jurídics *mortis causa* de darrera voluntat admesos pel dret català (arts. 122 i 123, respectivament)⁷⁸.

El CS planteja la distinció des de dos punts de vista: des de l'eficàcia del negoci, i des del seu contingut.

Els negocis que no ordenen efectivament la completa successió del causant tenen l'eficàcia del codicil («*valer com a codicil*»: codicil, art. 122,I; memòria testamentària, art. 123,I; testament sense institució d'hereu, art. 125,IV). Des del punt de vista de l'eficàcia, tot negoci que no fonamenta la successió té l'eficàcia del codicil.

Quant al contingut, el CS presenta el codicil i la memòria testamentària com a negocis originàriament no aptes per regular la destinació de totes les titularitats que el causant que no s'extingeixen amb la mort d'aquest (arts. 122,I,II; 123,I).

En el cas de les memòries testamentàries, existeix un límit quantitatiu (art. 123,II). En el codicil, en canvi, el límit és qualitatiu. El codicil (art. 122,I) pressuposa l'existència d'un fonament successori del qual neixi una crida al títol d'hereu, encara que el codicil pugui buidar-lo de contingut patrimonial.

Per tant, el codicil i la memòria testamentària tenen sempre caràcter accessori d'un fonament successori (arts. 122,I; 123,I)

4.1.- El codicil

El codicil és un negoci *mortis causa* de darrera voluntat que, sense ésser fonament de la successió, és apte per ordenar la destinació de totes les relacions jurídiques actives del causant que no s'extingeixen amb la seva mort (art. 122,I).

S'ha de matisar l'aptitud del codicil per ordenar la destinació de tot l'actiu hereditari. L'afirmació és plenament correcta quan els fonaments successoris són el testament liquidatori, el testament successori o la llei. En canvi, quan el codicil s'insereix en una successió regida per heretament, només pot ordenar la destinació

(78) No s'inclou la donació *mortis causa* perquè, malgrat la denominació, és un negoci entre vius post mortem. Sobre aquesta qüestió, vegeu N.10 i l'epígraf 3.1. del capítol IV d'aquesta primera part del treball.

mortis causa dels béns que l'heretant i l'heretat hagin pactat que el primer pugui disposar unilateralment (l'anomenada «reserva per a testar» arts. 122,I; 82,I)⁷⁹. Tanmateix, això no desvirtua la definició. Quan es fa referència a l'aptitud per ordenar la destinació de totes les relacions jurídiques que no s'extingeixen amb la mort de l'atorgant s'està presuposant que són totes aquelles sobre les quals conserva la facultat de destinar mortis causa. Quan el codicil es refereix a una successió regida per heretament, es produeix l'únic cas en què la facultat de destinar no comprén tot el patrimoni del causant.

En codicil es pot destinar totes les titularitats actives però no es pot incidir en les passives⁸⁰. Aquesta característica és el que impedeix que el codicil, a diferència del testament, sigui un fonament successori. En codicil no es pot crear un títol adquisitiu mitjançant l'acceptació del qual el cridat es subrogui ex lege en el passiu hereditari (art. 1,I), el títol d'hereu (art. 122,I pr.).

Existeix la possibilitat que el testador ordeni un «llegat oneros» (art. 268,II) en què imposi un legatari el pagament d'un determinat deute del causant. Però el legatari que l'acceptés no seria titular del deute. Es tractaria d'una obligació de pagar un deute aliè, de l'hereu. El llegat seria la causa (motiu) que provocaria el supòsit de l'art. 1158,I CC. A més, el causant no podria imposar al legatari el pagament d'un deute en allò que aquest excedís del valor de l'objecte del llegat (art. 273,I).

4.1.1- La distinció entre el testament i el codicil

En la doctrina romano-canònica, la distinció entre testament i codicil era prou simple. A més de diferents solemnitats en l'atorgament⁸¹, «*codicillis hæreditas nec dari*

(79) "Reserva" indica unilateralitat. És una terminologia pròpia de la conceptualització de l'heretament com a donació universal

(80) Ferran BADOSA I COLL, *Dret d'obligacions*, Publ. de la Universitat de Barcelona / Ed. Barcanova, Barcelona, 1990, pàg. 238, assenyala que el deutor no té facultat de disposició del passiu sinó que és la llei la que l'atribueix a l'hereu. Per això es fa referència a "incidència" en el passiu, perquè si bé és la llei la que imposa a l'hereu la subrogació en les relacions obligatòries, és el testador qui designa l'hereu.

(81) ROLANDINUS RODULPHINUS (Rolandinus Passagerius) (1207-1300): *Summa artis notariæ*. Lugduni, M D LIX: «*Item in testamento exiguntur regulariter septem testes et rogati: sed in codicillo sufficiunt quinque, etiam non rogati*» (pàg. 561).

A Catalunya, el §. *Duo testes* de l'Usatge *Accussatores* (3.^a CYADC I 3,15,3) va igualar el nombre de testimonis exigits en l'atorgament de testaments i codicils.

*nec adimi directo potest, sed per fideicommissum, §.codicillis autem n.6 Inst. de codicillis [I.J. 2,25,2] ne alias testamentorum et codicillorum ius confundantur*⁸².

Cal aturar-se en la significació de «directo». En Dret romà i al llarg del dret intermedi s'havia distingit entre paraules («verba») directes, oblíques. Un tercer grup de paraules eren les comunes, que es podien interpretar en ambdós sentits. Com es

En el Dret romà, Constantí havia establert la igualació de formalitats entre testament i codicil, però Justinia tornà a diferenciar-les (Cfr. Biondo BIONDI, *Sucesión testamentaria y Donación*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960, pàg. 637)

(82) Joannes Paulo Xammar (s/XVII), *Rerum Iudicatarum in Sacro Regio Senatu Cathalonie sub diversis definitionibus cum rationalibus seu (si mavis) allegationibus...* Pars Prima. Typ. Narcisi Casas. Barcinonæ, 1657, Def. 35,29 (pàg. 201). Esmenta en el seu favor l.non codicillum 14 C. de testamentis (C.6,23,14) i l.si idem 7. C. de codicillis (C.6,36,7) i l'argument d'autoritat d'[Antonius] PICHARDUS [VINUESA (1565-1631), *In quatuor institutionum Imperatoris Iustiniani libros vetera recens hac novissima editione, cui eiusdem Iustiniani accessit contextus, in duos divisa Tomos Renovata Commentaria. Primus Commentaria in tres priores Libros; Secundus Commentaria in Quartum continet. ... Editio Sexta...* Genevæ, Sumptibus Samuelis Chouet, MDCLVII] §.codicillis autem [I.J. 2,25,2] n.3 [i n.6 a 35,28], pàgs. 347-348: «[3] *Eo tamen argumento non obstante dicendum est, codicillis hæreditas directo nec dari nec adimi posse, cuius rei rationem Imper. scripsit ne alias confundatur testamentorum et codicillorum ius, qua eadem ratione, nec exhereditatio utiliter in codicillis relinquatur, nam cum is testamenti finis sit, ut eo quis successorem post mortem suam relinquat, et ut bonorum hæreditas alicui deferatur, ut ex D. AMBR. lib.1 de Abel, & Cain, c.7 ad fin. Supra. ad rub. de hæred. inst. n.12 diximus si idem codicillis effici posset, eorum et testamentorum iura confunderentur, et quemadmodum testamentum non est quod hæredis institutionem non habet, ut ibidem late ostendimus, ita non potest esse testamentum si illam contineat, ut scripsimus in rubrica supra de testament. ordin. Recte etiam Imperat. Constant. in l.si idem 7. C. eodem, si idem codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentu vocabulum mandaretur quæ vis ac potestas una saciasset? Et ante eum Dioclet. & Maximia. A.A. argumentantur, non codicillum, sed testamentum testatricem facere voluisse, institutionem factam evidenter probare, in l.non codicillum 14 C. de testament. (...) [6] Verum quamvis superior doctrina verissima sit, quod tamen attinet ad textum, in d. l.asse toto, et Romanorum [!] us (sic) omnino tuta non videtur: requiritur enim pro forma in testamento directa institutio, et ut hæres proprio nomine a testatore, vel scribatur, vel nunciipetur, iuxte late scripta in d. §.sed cum paulatim. et in §.hæreditas, vers. neque enim supra de hæred. inst. Ergo per æquipollens fieri, sufficere non debet, ut contendunt IASONIS in l.hac consultissima §.fin C. qui testament fac pos. PERALTA in rubr. n.170 D. de hæredib. inst. TELLUS in l.31 Taur. n.3, et expressim videtur probari in l.37 Tauri ibi, quando el testador nombrada e señaladamente hizo heredero, quæ lex habetur in l.11 tit.4 lib.5 Recop. His accedit l.hæredes palam 21 §.1 ibi, vel nomen legatarii quod non scripserat, D. de testamentis ubi quamvis facto testamento, alia scriptura, idest codicillis, possit testator, quod ambiguum, sive dubium est explicari, item et legatarii nomen indicare, non tamen hæredis.»*

veurà tot seguit, en realitat, no eren qualsevol paraules (ex. sustantius) sinò verbs.

L'ús de paraules directes en l'atribució permetia que el cridat pogués prendre possessió dels béns per ell mateix⁸³. Eren les paraules adequades per a la institució l'hereu, la substitució vulgar i la pupilar. Les paraules oblíquies comportaven que el cridat havia de rebre de l'hereu la possessió dels béns atribuïts⁸⁴. Eren les paraules idònees per als llegats i els fideïcomisos, àdhuc universals. Les paraules comunes es podien interpretar en ambdós sentits⁸⁵.

(83) Sfortia ODDUS (1540-1610), *Compendiosæ substitutionis tractatus à domino... I.C. Perusio æditus*. Apud Benedictum Mammarellum, Ferrariæ 1592. Part.4 q.2 Art.1 n.2 (fol. 35): «*Directorum verborum cognoscendum regulæ plures afferentur. Prima est, quod illa sunt, quæ de sui natura hoc significant, ut ille cui relinquitur manu sua capiat, nec in alterius factum trahuntur, secundum BART. in dicta l.centurio n.43. Cum eo transeunt doctores ut inquit SOCIN. IUN. ibi n.327 et RIP. n.179. GALIA. n.502. CACCIALUP. n.96. Per l.eam quam. C. de fideicom. et ibi glossa in verbo Directis. Secunda est, quod omne verbum quod significat tale ius, ex quo possit adiri hæreditas de iure civili, vel bonorum possessio de iure pretorio dicitur directum: BALD. in l.fin. n.13. C. de sacros. eccles. Et sequuntur RIP. n.179, GALIAUL. in d. l.centurio n.502 et ARET. in §.extraneo Inst. de pup. Tertia est, quod omne verbum significans quod aliquid sine petitione ipso iure competat directum est, secundum AZZO. in rubr. C. de fideicom. liber. ARET. præall. et CACCIALUP. dicto n.99. Et quamvis reprehendatur per RIP. in dicta l.centurio n.179 quia potius ostendit quid sit ius directum, quam verbum directum. Tamen defenditur, quia sensus est, ut per tale verbum transferatur ius sine aliqua petitione. Quarta regula est, quod omne verbum, per quod immediate universaliter succeditur testatori dicatur directum. BALD. in d. l.fin. n.13 et ANG. in dicto §.extraneo n.2, CACCIALUP. præallegat.n.99. Quinta est, quod omne verbum, significans successionem immediate descendentem ab instituto in substitutum instituto moriente, dicitur directum: BALD. in dicta l.fin. et CACCIALUP. præallegat.n.99. Sexta est, quod verbum excludens ministerium alterius in universali substitutione, est directum. BALD. præall. n.13, per gloss. in l.si quis ita ff de usufruct. et transeunt simpliciter ARET. CACCIALUP. ET RIP. præall. Septima est, quod omne verbum relatum ad substitutum sit directum, glos. in dicta l.eam quam. ... Octava est, quod omne verbum continens dispositionem et executionem simul sit directum, BALD. et RIP. præallegati.»*

(84) Sfortia ODDUS, *Compendiosæ* (N.83), Part.4 q.2 Art.1 n.3 (fol. 35v): «*Obliqua autem quæ aint, colligitur ex prædictis regulis, nam cum sint contraria obliquum et directum, si convertas sensum regularum prædictarum, omnes convenirent obliquis verbis, secundum RIP. in dicta l.centurio n.185. Unde pro exemplo sufficiat illa regula, quod omne verbum significans, et disponens ut quis capiat hæreditatem manu alterius, est obliquum, secundum BART., BALD. et reliquos præall.»*

(85) Sfortia ODDUS, *Compendiosæ* (N.83), Part.4 q.2 Art.1 n.4 (fol. 35v): «*Communia denique ex prædictis constat esse verba illa, quæ vel ex propria eorum significatione, vel ex recepto more loquendi Iurisconsultorum significare possunt ita proprie ut quis accipiat manu sua sicut alterius; et hoc difficultatem non habet; pendet*

C.J. 6,23,15 va suprimir el caràcter sacramental de les paraules per a la institució d'hereu, que fins aleshores només es podia ordenar amb paraules directes. Tanmateix, «*cum ista lex loquatur de verbis directis et inflexis respectu institutionis, non respectu fideicommissi*»⁸⁶, la distinció es va conservar com el principal mitjà per a qualificar la substitució ordenada pel testador. Les substitucions es classificaven com a directes (vulgar, pupil.lar, exemplar, militar) o oblíques (la fideïcomissària) segons les paraules amb què estiguessin ordenades⁸⁷. Quan s'empraven les paraules comunes, la substitució podia ésser d'una o altra classe⁸⁸. Normalment, s'empraven les paraules comunes per ordenar la substitució anomenada "compendiosa", que no era pròpiament una substitució sinó un conjunt de substitucions, tant directes com oblíqües⁸⁹. La qualificació de les paraules amb què s'ordenaven les substitucions no era pacífica⁹⁰.

enim à regulis directorum et obliquorum...».

(86) BALDUS UBALDIS Perusini (1327-1400), In Sextum Codicis Librum Commentaria... Venetiis, 1586. l. quoniam C. de testamentis n.3 (fol. 63) [per remissió de Celsus HUGONIS DISSUTI, *Consilia... Iuris Utriusque Doctoris. In quibus omnes pene iuris controversiæ quæ in foro tam Pontificio quam Cæsareo quotidianus disceptationibus agitantur, enunciate et ad amussim decisæ, atque maiori quam ante hac diligentia emmendatæ et excusæ*, à Porta, Lugduni 1586, Cons. 48,10 (fol. 131)].

(87) J. COMES, *Viridiarum* (N.16), II,4 n.3-7, pàgs. 363-364: «*Et ea [substitutio] duplex est: Directa et obliqua. Directa est cum hæres directe vel immediate suo iure succedit testatori, vel aliter directa substitutio est, quis capit hæreditatem defuncti, nullo alio mediante; ... Obliqua est cum is, ad quem pertinet hæreditas non ex se ipso succedit, sed hæreditatem, ex manu alterius accipit. ... Supradicta vero differentia inter directam, et obliquam substitutionem ex verbis dignoscitur, quibus conceptæ sunt substitutiones*».

(88) 3.^a CYADCI 6,2,1 havia establert que s'entenguessin com a directes les paraules comunes «*torn, sie devolut, pervenga, substituesc*» amb què el pare havia ordenat la substitució del fill impúber. En conseqüència, la substitució seria pupil.lar i no fideïcomissària.

(89) Sobre la substitució compendiosa, vegeu l'apartat b) del següent subepígraf (4.1.1.1.).

(90) Sfortia ODDUS, *Compendiosæ* (N.83), Part.4 q.2 Art.1 n.4 (fols. 35v-53) féu una acurada anàlisi de les diferents paraules que podia haver emprat el testador, distingint la *communis opinio* de la seva.

PARAULES	COMMUNITER	S. ODDUS
----------	------------	----------

Accipiat	directa	comuna
Accrescat	directa	comuna
Addiiciatur	directa	comuna
Addiudicetur	directa	comuna
Adveniat	comuna	comuna
Assignetur	directa	directa
Capiat	directa	comuna
Cedo et Concedo	directes	directa i comuna
Detur	obliqua	comuna
Decurrat	comuna	comuna
Deferatur	domuna	comuna
Deveniat	comuna	comuna
Devolvatur	comuna	comuna
Distribuatur	oblíqua	comuna
Dividatur	directa	comuna
Dominus esto, vel sit, etc.	directa civil	directa civil
Erit, vel sit, vel similia verba substantivi Est	directa	directa, amb prevencions
Fiat	directa	directa o comuna, segons els casos
Habeat	comuna	comuna
Hæres esto	directa	directa civil
Hæreditet	directa	comuna
Ingrediatur	comuna	directa
Instituto	directa	directa
Iudico	comuna	comuna
Labatur	comuna	comuna

PARAULES	COMMUNITER	S. ODDUS
----------	------------	----------

Lego	oblíqua	oblíqua
Maneat	comuna	comuna
Moriatur	directa	directa o comuna, segons l'ús
Pertineat	comuna	comuna
Percipiat	comuna	comuna
Perveniat	comuna	comuna
Potiatur	directa	comuna
Redeat	comuna	directa
Reddat	oblíqua	comuna
Redigatur	comuna	comuna
Regrediatur	comuna	directa
Relinquo	comuna	comuna
Resignetur	directa	directa
Restituat	oblíqua	comuna
Remaneat	comuna	comuna
Revertatur	comuna	directa
Sequatur	comuna	comuna
Spectet	comuna	comuna
Sit	directa	directa, amb prevencions
Substitutio	comuna	comuna
Succedat	comuna	comuna
Suscipiat	comuna	comuna
Transeat	comuna	comuna
Vadat	directa	directa
Vendicet	comuna	directa
Veniat	comuna	comuna

En ordenar-se una substitució directa podia entendre's implícitament ordenada una altra de la mateixa classe (dins la vulgar es podia entendre enclosa la pupillar i viceversa), però no una de l'altra classe, és a dir, la fideïcomissària. En el mateix sentit, dins la fórmula d'una substitució fideïcomissària no es podia entendre ordenada una directa, com la vulgar. La coherència era absoluta: de la disposició en què s'ordena que algú rebi béns mitjançant una altra persona no es pot deduir que l'autorització per adquirir-los per un mateix.

A Catalunya, el manteniment de la distinció entre paraules directes, oblíquies i comunes es va mantenir fins el s/XIX . Falguera les va abandonar, després de criticar-les aferrissadament⁹¹.

4.1.1.1.- La distinció a la CDCEC.

La distinció entre testament i codicil no era fàcil a la CDCEC. El motiu no es devia a la transformació del concepte de codicil de la tradició jurídica, sinó a d'altres dues circumstàncies. En primer lloc, la incidència de la regulació de la marmessoria universal en el testament, que permet l'existència de testaments en què no es designa hereu (art. 236,II CDCEC). Segonament, la plasmació en el text legal de l'evolució experimentada pel fideïcomís, com institució successiva d'hereu (*Nacherbe*). El CS salva el segon obstacle (art. 122,II en relació amb el 180,I CS), però conserva el

(91) F.M. FALGUERA, a: Vicente GIBERT (s/XVIII), Teórica del Arte de Notaría, escrita en latín por D. ...notario de número de Barcelona; y traducida al castellano por D. Eugenio de Tapia, ...Tercera edición, con notas delo catedrático ...Dr. Félix María Falguera y adicionada con un tratado de laudemios del antiguo colegio de Barcelona y un compendio de la prescripción catalana por el Sr. Falguera, ...Manuel Saurí y Eduardo Puig, Editores. Barcelona, 1875, afirmava que l'abandó de les paraules oblíquies i llur substitució per les comunes és va produir «[d]esde que Augusto dio fuerza obligatoria a las palabras oblicuas»: «las palabras oblicuas vinieron á caer en desuso, porque siendo obligatorias, tanto valía usar las directas ó las comunes, y en Cataluña se adoptó en lugar del ruego ó encargo la palabra común sustituyo, mucho mas propia para expresar una sustitución que se verifica despues de la muerte del heredero instituido, que la de ruego que restituya ó entregue mi herencia, ya que el heredero despues de muerto no puede hacer semejante entrega» (pàg. 258, nota aa). El temps de la forma verbal "adoptó" no ha de portar a engany: feia al·lusió, el 1875, al seu formulari, publicat per primera vegada el 1836 [*Formulario de Notaría. Por D. Félix María Falguera, Notario Público y Real colegiado electo de número de Barcelona y Escribano de guerra del Ejército y Principado de Cataluña*, Impr. de José Rubió, Barcelona, 1836, pàgs. 173-182].

provocat per la regulació del testament (art. 315,II CS), incrementant-lo exponencialment (art. 130,III CS).

a.) Els testaments sense institució d'hereu

En el seu lloc es veurà l'origen de l'art. 235,II CDCEC [art. 315,II CS]. Aquest article obre la porta en el dret general de Catalunya al testament liquidatori i al testament successori sense institució d'hereu, en què es distribueix de tota l'herència en llegats.

En ambdós casos, es substitueix la institució d'hereu pel nomenament de marmessor universal, de realització dinerària de l'herència en el testament liquidatori; de lliurament del romanent dels béns en el testament en què es distribueix tota l'herència en llegats. Són excepcions al principi de necessitat d'hereu en tota successió. El testador atribueix facultats sobre un objecte universal, per comptes de preveure un títol universal (el títol d'hereu).

Però si l'art. 235,II [art. 315,II CS] establia que el nomenament de marmessor universal era suficient per a la validesa del testament, els arts. 235,I i 105,II a contrari CDCEC [arts. 308 i 122,II a contrari CS] permetien nomenar marmessor (de qualsevol classe) tant en fonaments successoris (testament, heretament) com en codicil.

Permetre que el fenomen successori prescindís del títol d'hereu significava haver d'admetre fonaments successoris (testaments) en què originàriament *hæreditas directo non datur*⁹². D'aquesta manera el testament sense institució d'hereu s'assimilava eventualment al codicil, encara que no s'arribés a la identitat. En efecte, el codicil pressuposa l'existència d'un fonament successori (art. 122,I). En canvi, el testament, malgrat la manca d'institució d'hereu, és fonament successori i, en conseqüència, impedeix la presència dels hereus abintestats en la successió, amb facultat de retenir una quarta part del valor del cabal hereditari net (arts. 229,I; 274,I; 282,II).

Per tant, serà molt complex qualificar com a testament o codicil el negoci en què el causant ha distribuït tota l'herència en llegats, tant si ha nomenant marmessor universal de lliurament del romanent dels béns (en el dret general) o no (en el dret local

(92) Aquesta afirmació és vàlida per al dret general de Catalunya. En el dret local de Tortosa, els arts. 222,III CDCEC i 271,IV CS legitimen els legataris per prendre possessió dels seus béns quan l'herència ha estat totalment distribuïda en llegats. Aquesta peculiaritat del Dret local de Tortosa possibilita que, malgrat la manca d'institució d'hereu, *hæreditas directo datur*.

de Tortosa). En aquests casos també és molt difícil poder fixar regles apriorístiques per determinar si el negoci és un testament o un codicil. Tanmateix, hi ha alguns elements que poden ajudar a esbrinar si el testador volia ordenar un fonament successori o no. Aquests indicis es poden obtenir de la qualificació del negoci que en el seu cas hagi fet el causant, com dels efectes revocatoris desitjats pel testador. En el cas dels llegats, alguna al.lusió als gravats per aquests podria indicar que el negoci és un codicil.

La compatibilitat entre successió i liquidació (art. 236,III CDCEC; art. 315,III CS) també fa pràcticament impossible distingir entre un testament liquidatori i un codicil liquidatori.

b.) La substitució fideïcomissària universal.

Les fronteres entre el codicil i el testament successori per antonomàsia, amb institució d'hereu, tampoc eren nítides a la CDCEC. En aquest cas, contràriament als anteriors, era la regulació del codicil la que s'immiscia en l'àmbit propi del testament. El motiu era la conservació de la regulació tradicional del codicil sense adaptar-la al concepte de fideïcomís contemplat en la CDCEC, en el qual el fideïcomissari té sempre la consideració d'hereu.

El fideïcomís romà va nèixer com un mitjà per atribuir mortis causa béns a algú, de manera indirecta, mitjançant un tercer (fiduciari). En els casos en què la CDCEC conservava el fideïcomís com mitjà per transmetre béns mitjançant algú (fideïcomís pur), la regulació de la CDCEC era la inversa de la del fideïcomís romà originari. En aquest, el fiduciari era hereu i el fideïcomissari un adquirent de béns. A la CDCEC, en canvi, qui tenia la consideració d'hereu és el fideïcomissari.

Tanmateix, aquest no fou el fideïcomís històricament més emprat. En la major part dels casos, el fideïcomís es va consolidar com un mitjà per transmetre béns per després d'algú (substitució fideïcomissària). El fideïcomissari d'herència va adquirir la consideració d'hereu successiu a partir del s/XIX⁹³.

(93) L'evolució del fideïcomís fou sumàriament explicada per Gottfried von SCHMITT (1827-?), *Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes*, a: Werner SCHUBERT, *Die Vorlagen des Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Erbrecht. Teil 1. Testament, Erbeinsetzungsvertrag, Gesetzerben, Pflichtteils-berechtigte*, Walter de Gruyter & Co. Berlin-New York, 1984: «Nach der Auffassung der modernen Rechte, wie des Entwurfs, bestehen die römischen Gründe der Einsetzungsunfähigkeit nicht mehr. Das Fideicommiss ist nicht mehr ein

En aquest procés evolutiu hi pot haver influït decisivament el mitjà notarial emprat per aconseguir independitzar l'eficàcia del fideïcomís de l'acceptació de l'hereu gravat. El Senat-Consult Pegasià (D. 36,1,9,2; entre 69 i 79 d.C.) va establir un mecanisme per aconseguir-ho: permetre que el pretor obligués a l'hereu (fiduciari) a acceptar amb l'única finalitat de lliurar els béns al fideïcomissari⁹⁴. En el dret intermedi, una solució notarial permetia aconseguir el mateix resultat extrajudicialment. El fideïcomís no s'ordenava de manera autònoma, sinò incardinat en un conjunt de substitucions, l'anomenada substitució compendiosa.

La substitució compendiosa no era pròpiament una substitució sinò una clàusula mitjançant la qual s'ordenaven de manera expressa totes les substitucions possibles: vulgar i fideïcomissària en tot cas, pupillar si el substituent era pare del substituït menor de 14 anys, i exemplar si el substituent era ascendent del substituït incapacitat⁹⁵.

Nothweg, um Jemandem durch einen Andern, sondern der Weg, um Jemandem nach einem Andern eine Zuwendung zu machen. Es besteht daher in dieser Beziehung keinerlei Hinderniss, den Vorerben als Mittelsperson fallen zu lassen» (pàg. 187) [pàg. 303].

A Catalunya, en el s/XVI J. CANCELIUS, Variarum resolutionum (N.28) I,1,228 (pàg. 40) postulava que el fideïcomissari «*hæres verus non est, licet quoad effectum hæreditatem consequatur*». En el s/XVII, Ioannis Paulus XAMMAR (s/XVII), Rerum Iudicatarum (N.82) Def.35,32 (pàg. 201) era del mateix criteri: «*fideicomissarius autem, et si loco hæredis habeatur, hæres tamen non est, nec ille qui ex testamento adivit, et per fideicommissum codicillis relictum restituit, hæres esse definit, ut notant Doctores...*». En canvi, en el s/XIX, Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIA (1794-1874), *Traducción al castellano de los usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles. Segunda edición...* Madrid-Barcelona, 1861-1867 [facsimil, Barcelona, 1989], T. II, pàg. 286 [pàg. 620], afirmava que «*los sustitutos se consideran como verdaderos herederos fideicomisarios y no como unos legatarios*», en els casos en què «*los testadores gravan a sus herederos con la obligación de restituir los bienes aunque sean hijos*». En el mateix sentit, Joaquín NEGRE Y CASES, *Apuntes sobre la ciencia de dar fe o fedalogía*, Est. Tip. de Narciso Ramírez, Barcelona, 1860, pàg. 130 afirma que «*[e]l heredero instituido con tal gravámen se llama fiduciario, y el sustituido heredero fideicomisario*»

(94) B. BIONDI, Sucesión (N.81), pàg. 505.

(95) ROLANDINUS RODULPHINUS, <Rolandinus Passagerius> (1207-1300): *Summa artis notariæ Do ... Bononiensis...* Apud Sebastianum de Honoratis. Lugduni, MDLIX, pàg. 542: «*Compendiosa substitutio est, quæ sit isto verborum compendio, hoc modo. Instituto Cor. filium meum mihi hæredem: et si dictus Cor. quandocunque decesserit, substituo Dominicum. Et hæc ideo dicitur compendiosa: quia sub compendio continet vulgarem, pupillarem, et fideicommissariam substitutione*».

En el s/XIX, F.M. FALGUERA, Apuntes (N.70), pàgs. 473-474, la descriu amb detall: «*Sustitución compendiosa es: la que con breves palabras comprende muchas sustituciones y muchos tiempos. Llámase compendiosa porque en realidad viene a ser*

L'ús de la substitució compendiosa feia innecessari provocar l'acceptació del fiduciari, perquè la frustració de la crida provocava l'efectivitat de la substitució vulgar⁹⁶.

No s'ha consultat en els protocols notariais catalans l'efectiva utilització de la substitució compendiosa. Però hi ha prou indicis que permeten pressuposar-ho. Apareix en els tractats de notaria i formularis⁹⁷. A més, a finals del s/XIX, cal afegir

*un compendio o discurso breve que con pocas palabras viene abraza todas o varias sustituciones. La compendiosa comprende todas las sustituciones que puede, atendida la calidad del testador y del heredero. (...) [/] La compendiosa está contenida en las palabras en qualquier tiempo o cuando quiera que falte. En Cataluña se traducía: quant que quant. Si bien algunos dicen muriendo, en vez de decir cuando quiera que falte, es preferible este último modo, porque abraza todos los casos de la vulgar y también el caso de morir. La sustitución compendiosa comprende siempre la vulgar y la fideicomisaria; pero respecto a la pupilar la comprenderá si el que hace la sustitución es padre del impúber, y la ejemplar si la hace algún ascendiente, y el heredero es loco o demente. Las sustituciones comprendidas en la compendiosa se consideran expresas, no tácitas; ...». La brevetat caracteritza la fórmula de la substitució compendiosa de Pablo CARDELLACH Y BUSQUETS (1814-1879), *Jurisprudencia práctica ó fórmulas contractuales comentadas según las leyes comunes y según la ley hipotecaria aplicada a todas las provincias de España...* Impr. de Magriñá y Subirana. Barcelona, 1862, pàg. 764: «*Instituyo heredero á mi hijo D. M. y les substituyo á D. F.*».*

(96) Per aquesta raó, ben entrat el s/XIX, no s'emprava la facultat creada mitjançant el Senat-consult. Ex. F.M. FALGUERA, Apuntes (N.70), pàgs. 461-462: «*Los efectos de la sustitución fideicomisaria son dos: 1.º que la sustitución fideicomisaria espresa, no comprende la vulgar a no ser que se espese, pues si bien los romanos obligaban al heredero fiduciario a adir la herencia, pero como entre nosotros nunca viene el caso de que el fideicomisario reciba la herencia del fiduciario, porque el fiduciario premuere y por lo mismo no puede obligarle a que ada la herencia o a entregarla*».

Per això resulta sorprenent que la doctrina de la primera meitat del s/XX afirmés el contrari ex. A.M.^a BORRELL, Dret civil (N.47), §.456, pàg. 147 [pàg. 138]. És il·lustratiu que Borrell citi exclusivament fragments del Digest.

(97) V. GIBERT, Teórica (N.91), pàg. 258, proposava una fórmula de fideïcomís, plenament romana, feta amb paraules oblíques o deprecatives: «*Instituyo a mi heredero Pedro, y le ruego que restituya mi herencia a Julián*». També és molt evident en la fórmula proposada per al fideïcomís a termini per Jayme MORELLO (s/XVIII-a.1827), *Colección de contratos, pactos públicos, testamentos y últimas voluntades con sus adherencias y dependencias para gobierno de los notarios de Cataluña, Por Don... Notario público que fue del número y colegio de la ciudad de Barcelona*. Tomo I. Tomo II. Impr. de Manuel Saurí y cia. Barcelona, 1827: «*Y en los dems bens meus etc. Instituesch hereva universal a N. ma filla muller de N. Pregantli y manantli que despues que N., fill meu haurà arribat à la edat de vint y sinch anys al dit N. mon fill restituesca tota la mia universal heretat y béns; al cual N. fill meu despues que la dita edat de vint i sinch anys haurà cumplert y ara per las horas, à mi hereu universal instituesch.*» (II, pàg. 336).

F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, Teórica (N.91), pàgs. 258-259 qualificava

l'invariable tema del *Programa de asuntos para redacción y protocolización de instrumentos públicos* dels temaris d'oposicions a notaries vacants del Col·legi de Barcelona: «*Cláusula de herencia con sustitución compendiosa puesta a todos los hijos, uno después de otro, con preferencia de edad y de sexo, poniendo el fideicomiso condicional*»⁹⁸.

com a romana una fórmula similar de fideïcomís a termini. «*Cámbiense las palabras obícuas en comunes, y dirá pasando al estado moderno: instituyo heredero á Ticio, y para tres años después de mi muerte le sustituyo á Cayo*». Ara bé, la confrontació de la fórmula del fideïcomís a termini amb els formularis de F.M. FALGUERA és sorprenent. Tant a *Formulario completo de notaría... Segunda edición arreglada a la ley hipotecaria y á la de enjuiciamiento civil...*, Impr. y Libr. Politécnica de Tomás Gorch, Barcelona 1862, pàg. 273, com a *Formulario completo de Notaría, Tercera edición arreglada a la legislación vigente...*, Tip. de los sucesores de Ramírez y Cia. Barcelona, 1888, pàg. 393, la fórmula de substitució fideïcomissària a termini no contenia el verb "substituir", sinò "manar", és a dir, la fórmula estava adreçada al fiduciari: «*En todos sus restantes bienes y derechos instituye heredero á Juam Duran y Camps, su hijo, mandándole que pasados dos años de la muerte del testador entregue la herencia al otro hijo de este Raimundo Duran y Camps*». En canvi, a la fórmula anterior, *substitución fideicomisaria temporal para después de la muerte*, Falguera usava "substituir" : «*En todos sus demás bienes y derechos instituye heredero á Juan Duran Camps su hijo, y después de la muerte de este le substituye á Raimundo Duran y Camps también hijo del testador*».

onfronti's amb les fórmules de Falguera: «

La fórmula proposada molt abans per P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), II, pàg. 296 [pàg. 630] mereix un comentari «*Instituyo heredero universal á Pablo hijo mío...; y para los casos de no ser dicho Pablo Pi heredero, ó de serlo y morir sin prole legítima y natural, sustituyo y heredero universal instituyo a Simon Pi, nieto mío...*». S'ignora l'exacte significat que Vives i Cebrià volia atribuir a aquesta fórmula. segles abans, C. HUGONIS, Consilia (N.86), cons. 20,53(46v), li havia atribuït el següent: «*Præterea considero, quod ex quo testator utitur in substitutione istes verbis, substituit et sibi hæres instituit, etc. etiam si non appofuisset vulgariter et per fideicommissum. Attamen verbum substituit, intelligitur per fideicommissum, et verbum instituit, intelligitur directo, secundum ROMA. cons.480 incip.in casu proposita consultationis. Pro quo allego BART. in l.recusare. §.Titius ff. ad Trebel. Et sic verba substitutionis intelligi debent, quod utranque substitutionem complectantur*».

(98) Es fa referència als programes publicats en aplicació de la Circular de la *Dirección General de los Registros y del Notariado* d'1-II-1878, *mandando poner de manifiesto en los Colegios notariales los programas para las oposiciones a Notarías*. Es reiteraria en l'art. 12,I del *Real Decreto* 20-I-1881, *aprobando la nueva demarcación notarial*. Tot seguit es relacionen els publicats a LN fins la publicació del Codi civil. El número entre parèntesi és la tema que ocupava en cada convocatòria la redacció de la clàusula de substitució compendiosa. TRIBUNAL DE OPOSICIONES A NOTARIAS VACANTES EN ESTE TERRITORIO, Programa de los ejercicios teórico-prácticos, para las oposiciones á Notarías vacantes en el territorio de Barcelona, a: LNXXVI núm 1300 (1883, 3-III), pàgs. 10159-10171 (47; a: LNXXVII núm. 1353

La no previsió de la substitució compendiosa en el Codi civil provocaria, una vegada centralitzades les oposicions a notaries vacants, la seva decadència, fins el punt a la STSJC 19-VII-1993 se l'ha qualificat recentment com una denominació «*sin un total rigor histórico y dogmático, aunque posiblemente habitual en la práctica*»⁹⁹.

Consolidat el fideïcomís com a institució successiva (*Nacherbe*), i desapareguda la distinció entre paraules directes i oblíques, ja no hi havia cap impediment perquè la substitució vulgar s'entengués ordenada tàcitament dins la fórmula de la substitució fideïcomissària inclogués la substitució vulgar tàcita del fiduciari. Si la voluntat del testador era que el fideïcomissari adquirís després del fiduciari, es pot entendre que hauria volgut que el fideïcomissari adquirís l'herència fins i tot en el cas que es frustrés la delació a favor del fiduciari.

En la redacció de la CDCEC es va seguir aquest camí, possiblement a imitació del BGB¹⁰⁰. En efecte, l'art. 326 AvPC-55 s'establia que la substitució fideïcomissària "implicava" la vulgar tàcita (art. 411 per a la fideïcomissària de residu). Així va passar als arts. 186 final i 232,III PrLC-59, que esdevingueren els arts. 155,III i 210,III CDCEC. Aquesta regulació feia innecessària la substitució compendiosa.

Però a la CDCEC es va conservar la tradicional regulació del codicil, que pressuposava la distinció entre paraules directes i oblíques. En codicil no es podia instituir hereu ni ordenar substitucions directes, és a dir, vulgar, pupillar o exemplar, però sí fideïcomissàries (arts. 105,I; 162,I). Tanmateix, la institució d'hereu ordenada en codicil no era nul·la, sinó que es convertia en fideïcomís universal (art. 105,II). Es donava eficàcia a la voluntat del testador substituint les paraules directes per d'altres d'oblíques. Aquestes disposicions no tenien en compte la modificació soferta per la substitució fideïcomissària, entesa com designació d'hereu successiu (art. 162,II) malgrat llur definició legal (art. 163,I,II). Per això s'arribava al sorprenent resultat que la substitució vulgar que no es podia ordenar de manera expressa, s'entenia establerta

(1884, 10-III), pàgs. 10591-10603 (47); a: *LN XXIX* núm. 1455 (1886, 22-II), pàgs. 11422-11434 (47); a: *LN XXX* núm. 1513 (1887, 4-IV), pàgs. 11900-11912 (47); a: *LN XXXI* núm. 1560 (1888, 27-II), pàgs. 12281-12291 (48); a: *LN XXXII* núm. 1640 (1889, 9-IX), pàgs. 12938-12950 (45).

(99) *RJC* 1993, pàgs. 880-891, pàg. 884.

(100) BGB §.2102 [*Nacherbe und Ersatzerbe*] (1). *Die Einsetzung als Nacherbe enthält im Zweifel auch die Einsetzung als Erbsatzerbe.*

de manera implícita (art. 155,III CDCEC)¹⁰¹.

S'apuntaren diverses solucions¹⁰². Una interpretació inspirada en el dret intermedi hauria considerat que en les substitucions fideïcomissàries ordenades en codicil no s'incloïa una substitució vulgar tàcita¹⁰³.

A la CDCEC, el codicil tenia caràcter accessori d'un fonament successori (art. 105,I pr.). Tanmateix, l'accessorietat grinyolava quan s'ordenava una substitució fideïcomissària en codicil (art. 105,I final,II), perquè la regulació d'aquesta l'havia elevat al mateix nivell que la institució d'hereu (art. 162,II).

4.1.1.2.- La distinció en el CS

En el CS, els límits del codicil estan més ben delimitats. En excloure els fideïcomisos d'herència (art. 122,II)¹⁰⁴, s'ha accentuat l'accessorietat del codicil en relació a un fonament successori (art. 122,I)¹⁰⁵. En els codicils atorgats a partir de

(101) La incidència de la transformació del fideïcomís en els negocis *mortis causa* ja havia estat assenyalada per J. NEGRE Y CASES, Apuntes (N.93), pàg. 148: «[a]unque se dice que en el codicilo puede ordenarse el fideicomiso, parece que lo más prudente es no hacerlo por evitar el contrasentido del uso de esta facultad en un codicilo, cuando por formar parte integrante de la institución de heredero corresponde al testamento».

(102) Fr. GINOT LLOBATERAS, La antigua cláusula (N.11), considerava admissibles dues solucions: bé entendre que la substitució vulgar tàcita és una versió actual de la restitució fingida, bé considerar a l'hereu abintestat gravat de fideïcomís pur (pàgs. 652-653).

(103) L'argument s'obté, per analogia, de la manera com s'entenia subsistent la substitució pupillar ordenada en un testament nul per preterició voluntària d'un fill [en aquell context, preterit equival a no instituït ni desheretat], en aplicació de l'auth. ex causa C. de liber. præter. Ex. Antonio GOMEZ (1501-1562/72), *Commentariorum, variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii. Tomi tres. Primus Ultimarum voluntatum materiam continet. Secundus Contractuum: Tertius Delictorum. Auctore... Accesserunt eruditissime Adnotationes Emanuelis Soarez à Ribeira I. U. C. Venetiis, Ad candentis Salamandræ Insigne MDLXXII, I.III.24 (fol. 26), [per remissió de J. CANCERUS, Variarum resolutionum (N.28) I,4,55 (pàg. 85)]: «propter quam [Auth. ex causa] conserventur legata, fideicommissa, et omnia alia contenta in testamento, præterquam institutiones, et substitutiones directæ»: «Item etiam conservatur substitutio pupillaris facta filio impuberi præterito, vel exhæredato: et similiter facta alteri filio impuberi instituto, et decedente infra pupillarem ætatem: non tamen substitutio vulgaris tacita in ea contenta per prædicta».*

(104) Preàmbul IV c 3.

(105) Tanmateix, el fideïcomís d'herència que gravi els hereus ab intestat encara és

l'entrada en vigor del CS (art. 180,I), només es poden imposar a l'hereu fideïcomisos sobre béns singulars o parts alíquotes de l'herència (art. 184,I) o bé fideïcomisos singulars (art. 183,II) als legataris. Aquests fideïcomisos tenen, respectivament, la consideració de llegats i de subllegats (art. 184,I,II).

La reforma era necessària per adequar la regulació del fideïcomís universal a la seva configuració jurídica actual, com institució successiva d'hereu («condició d'hereu» del fideïcomissari, art. 236; «hereu fideïcomissari», art. 239,I,II; «hereus... per fideïcomís», art. 40,III).

Nogensmenys, la distinció entre testament i codicil en el CS ha esdevingut més complicada, perquè la millor delimitació de les fronteres del codicil (art. 122,II) ha anat acompanyada de la desfiguració de les del testament (art. 130,III).

a.) L'art. 130 CS

Com ja s'ha vist, l'art. 130,III CS admet expressament el testament confirmatori de l'anterior, en les seves modalitats de parcialment revocatori i de complementari. Aquests testaments no necessiten una específica fórmula institució d'hereu, «*sempre que es confirmi la institució d'un, almenys, dels hereus instituïts en el testament anterior*» (art. 130,III fin.). La voluntat de no revocar el testament anterior ha d'ésser expressa («*de forma expressa*», «*expressament*») però no s'estableix com s'ha de fer la confirmació d'algun dels instituïts anteriorment.

La funció del codicil testamentari consisteix en «*addicionar o reformar parcialment un testament*» (art. 122,II). L'art. 130,III atribueix la mateixa funció als testaments complementaris i/o parcialment revocatoris. El que permet diferenciar-los és que el codicil té caràcter accessori mentre que el testament és autònom, malgrat confirmar el testament anterior. A més, el testament té sempre una institució d'hereu, encara que per confirmació d'alguna del testament anterior subsistent.

En qualsevol cas, l'art. 130,III planteja dubtes sobre la futura subsistència de

possible, encara que per una altra via. L'art. 27,I CS estableix que «*[e]l cridat que repudia l'herència testamentària pot acceptar la intestada, però amb subjecció als llegats, els fideïcomisos i les altres càrregues que el testador hagi imposat*».

Perquè es produeixi el supòsit cal la frustració de dues crides successives: la de l'instituït hereu fiduciari i la del fideïcomissari (la substitució vulgar implícita en la fideïcomissària expressa, arts. 169,II; 205). L'art. 27,I CS permet que es reiteri la substitució fideïcomissària en la successió intestada. És l'únic supòsit en què pot tenir lloc un fideïcomís universal en la successió intestada (cfr. art. 180,I rel. 122,II).

la distinció testament/codicil. Si l'actualització parcial de la darrera voluntat d'un individu també es pot fer en testament, quina necessitat hi ha de conservar el codicil testamentari?

b.) Els altres casos dubtosos.

L'exigència dels mateixos requisits formals per a l'atorgament d'un testament que per al d'un codicil (art. 122,III), pot portar a la temptació de qualificar els casos dubtosos com un o altre negoci en funció del seu contingut.

No és aquest el criteri del CS, com tampoc ho era el de la CDCC. En el CS l'argument és exclusivament l'art. 125,III princ. (art. 242,I CDCC): la nul·litat del testament sense institució d'hereu. Si es donés prevalença al contingut del negoci per sobre de la qualificació feta pel testador no podrien existir testaments nuls per manca d'institució d'hereu, perquè el seu contingut portaria a qualificar-los com a codicils.

La regulació a la CDCC era més completa perquè també es preveia l'altre supòsit: un negoci per causa de mort amb el contingut propi de testament (és a dir, amb institució d'hereu) però qualificat pel causant com a codicil. L'art. 105,II CDCC donava prevalença a la qualificació feta pel causant, perquè l'existència d'una institució d'hereu en un codicil no el transformava en testament, sinó que es transformava la institució d'hereu en una crida fideïcomissària, contingut possible del codicil en la CDCC. S'adaptava el contingut al negoci, encara que en alguns casos es distorsionés sensiblement la voluntat del causant¹⁰⁶.

Tant a la CDCC com en el CS, el criteri que permet diferenciar el testament del codicil és l'autonomia o la dependència d'un fonament successori. El codicil és accessori d'un fonament successori (art. 122,I CS; 105,I CDCC), mentre que el testament és autònom.

A la CDCC, l'autonomia o dependència del negoci venia determinada per la qualificació que en fes el testador, que es considerava senyal inequívoca de l'autonomia o dependència del negoci (arts. 105,II; 242,I CDCC)¹⁰⁷. Es donava prevalença al valor

(106) Si el causant hagués ordenat en codicil una substitució vulgar, s'hauria entès fideïcomissària, amb la qual cosa s'hauria imposat a l'hereu instituït un gravamen no desitjat pel testador, que només pretenia nomenar un hereu en el cas que es frustrés la delació de l'hereu ja instituït.

(107) El llibre II Tit. III de Franciscus MANTICA (1534-1614), *Tractatus de coniecturis ultimorum voluntatum in libros 12 distinctus...* Sumptibus J. A. Cramer et

negocial atribuït pel testador a la declaració de voluntat (la voluntat de testar) amb independència del contingut de la declaració (la voluntat testamentària). Només en els casos en què el causant no l'hagués qualificat, el caràcter autònom o dependent del negoci s'hauria hagut de deduir del contingut negocial¹⁰⁸.

En el CS, el caràcter autònom del testament es dedueix en primer lloc de la qualificació feta pel causant, amb independència del contingut negocial¹⁰⁹. Si el testament no reuneix els requisits exigits pels arts. 136 o 235,II, serà nul (art. 125,III), encara que es fa possible l'efectivitat de les disposicions testamentàries mitjançant la conversió legal del testament nul en codicil (art. 125,IV).

El CS no contempla el supòsit en què el causant qualifica com a codicil un negoci en què ha instituït hereu. Com s'ha vist, la CDCC (art. 105,II) no considerava que instituir hereu en codicil fos contradictori amb l'accessorietat del negoci. La qualificació de codicil indicava que el testador volia que el fonament successori que regís la seva successió era la llei. En canvi, en el CS és contradictori instituir hereu en

P. Perachon ,Genevæ MDCXCV, es titula «*ex quibus coniecturis colligatur, quem voluisse facere testamentum, vel codicillos*». L'haver instituït hereu és un indicati que el testador volia testar, però aquest indicati no permet anar contra la voluntat expressa del testador: «*tunc autem hæredis institutio testamentum probat dict. leg. non codicillum. C. de test. quando aliud non apparet ex voluntate, coniectura enim in dubio locum habet: sed, cum ex verbis manifestissime constat, defunctum voluisse facere codicillos non debet esse locus coniecturis, leg. continuus. §. cum ita. de verbor. oblig. et ita hanc coniecturam, ut procedat in casu dubio, non autem si appareat morientem voluisse facere codicillos, intelligit BART. in l.1 in prima opp. et in l.illud §.tractari ff de iur. codicil et PAUL CASTR in l.2 ad fin. vers.si constaret C. de codicil*» [n.5, pàg. 27].

En el mateix sentit es pronuncia Rodericus SUAREZ (1440/60-1500/20) allegat. 2 n.14 (pàg.14), [esmentat per XAMMAR (N.82), Def. 19,53 (pàg.108)]: *Non obstat argumentum, quod sit de sequenda voluntate testatoris potius quam verba: ... [14] Secundo, illud de voluntate testatoris sequenda procedit, quando verba saltem improprie possunt convenire menti testatori, et non alias. hoc tenet BART in l.cum in ambiguo ff de rebus du. facit l.si quis in fundi vocabulo. de legat.1.*

(108) En contra, Lluís JOU MIRABENT, El testament en el Codi de successions de Catalunya, a: *Area de Dret civil UdG (coord.), Setenes Jornades de Dret català a Tossa. El nou Dret successori de Catalunya*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pàgs. 59-88, qui considera (pàgs. 76-77) que el codicil amb institució d'hereu és sempre testament, encara que li atribueix diferent eficàcia revocatòria en funció de l'existència d'un testament anterior i, en el seu cas, llur compatibilitat. L'argument és que «*els negocis són el que són y no el que les parts diuen que són*».

(109) El CS segueix el criteri invers en els arts. 161,I i 315,IV [art. 236,IV CDCC]. En ells, es corregeix l'«*expressió*» o la «*qualificació*» del testador.

un codicil, perquè la institució d'hereu palesa una regulació autònoma que xoca amb el caràcter accessori del codicil (art. 122,I).

L'art. 122,II CS estableix que en codicil «no es pot» instituir hereu ni en primer ni en ulterior grau, però no preveu una conseqüència jurídica per a la infracció de la prohibició. Possiblement, el més coherent amb el supòsit invers fóra donar prevalença a la qualificació del testador. La institució d'hereu seria nul·la, encara que això no incidiria en la validesa del testament (art. 127,II). En aquest sentit, es pot aduir que l'art. 55,II no admet que la partició ordenada en codicil pugui modificar les quotes de la institució d'hereu continguda en un testament anterior¹¹⁰. Tanmateix, és probable que la jurisprudència consideri excessiva la nul·litat de la institució i resolgui la contradicció entre el contingut del negoci i la qualificació feta pel testador en favor del primer.

4.2.- La memòria testamentària.

L'accessorietat de les memòries testamentàries és molt més accentuada que la del codicil, perquè han d'al·ludir sempre al fonament successori voluntari que complementen (art. 123,I). Com ja s'ha dit, el valor econòmic de les disposicions que en ella s'ordenin es troba limitat: «disposicions referents a diners que no excedeixin la vintena part del cabal relict, a objectes personals, joies, roba i parament de casa i a obligacions de moderada importància a càrrec dels hereus o els legataris» (art. 123,II)¹¹¹.

Segons l'art. 123,I, el fonament successori que complementen les memòries testamentàries és un testament. Tanmateix, l'art. 82 admet que en memòria testamentària s'ordini la destinació dels béns que formen la reserva per a testar.

La referència a la memòria testamentària com a negoci adequat per fer efectiva la «reserva per a testar» ja es trobava en l'art. 78 CDCEC, precedent del 82 CS. Ja s'han esmentat els dubtes que suscitava la CDCEC quant a la incompatibilitat entre la

(110) En el cas de discordància entre les «clàusules dispositives», és a dir, la institució d'hereu, i les particionals, prevalen les primeres, «llevat que... puguin ésser efectivament revocades per l'acte de partició». Aquest «acte de partició» que no permet la revocació és el codicil.

(111) En aplicació de l'art. 107,II CDCEC (equivalent a l'art. 123,II CS), la STSJC 16-I-1995 (RJC 1995, pàgs. 302-305) va confirmar les sentències d'instància que havien declarat nul·la una memòria testamentària en què s'ordenava un llegat valorat en 160 M. Pta.

exercir mitjançant testament. D'admetre's la compatibilitat entre ambdues successions, es podria haver interpretat que el recurs a la memòria testamentària només era possible en els casos en què previament s'hagués fet ús de la reserva per a testar mitjançant l'atorgament de testament.

Tanmateix, la doctrina més autoritzada¹¹² es decantava per la incompatibilitat entre testament i heretament, per la qual cosa s'interpretava correctorament l'art. 75,II, entenent «reserva per a testar» com «reserva per a codicil.lar». Per la mateixa raó, havien de tenir per no posat el testament en l'art. 78. Quant a la memòria testamentària com a negoci apte per exercitar la «reserva per a testar», es considerava que el supòsit "no era impossible", sense més precisions¹¹³.

El CS, conseqüent amb l'establert per l'art. 3,III, ha eliminat el testament dels negocis amb els quals es pot fer efectiva la «reserva per a testar». Tanmateix, s'ha conservat en l'art. 82 la memòria testamentària, que ara s'ha d'entendre necessàriament com a memòria heretamentària. Aquesta memòria és un negoci de darrera voluntat tipificat (art. 82) però no regulat. Se li aplicaran per analogia els arts. 123 i 124, llegint «heretament» on es diu «testament»¹¹⁴.

4.2.1.- La memòria testamentària en el dret civil de Catalunya.

Encara que puguessin tenir un equivalent en el *ius commune*¹¹⁵, les memòries testamentàries són un negoci per causa de mort i de darrera voluntat que no té una excessiu arrelament en el Dret civil català.

Hi ha indicis de suficient entitat per considerar-les poc usuals a Catalunya durant la segona meitat del segle XIX¹¹⁶. Al ja constatat silenci de la doctrina catalana de

(112) L. PUIG FERRIOL, Arts. 63-96 CDCC (N.33), pàg. 269

(113) Encarna ROCA TRIAS, Art. 107 CDCEC, a: ALBALADEJO GARCIA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXVIII-1.º*. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid, 1982, pàgs. 154-166, pàg. 163.

(114) E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22), pàg. 145 afirma que al testament «[s]’equipara l’heretament», citant l’art. 82 CS.

(115) Vegeu E. ROCA TRIAS, Art. 107 CDCEC (N.113), qui ho qualifica com a «precedentes» de l’art. 107 CDCEC (pàg. 155).

(116) En aquest sentit, Manuel DURAN Y BAS (1823-1907), *Memoria de las*

l'època¹¹⁷, es pot afegir la postura indiferent del semanari *La Notaría*, òrgan oficial del Col.legi de Notaris de Catalunya, en relació amb aquest negoci. Tot i que d'altres significatives publicacions notariales s'ocuparen amb relativa freqüència de les memòries testamentàries¹¹⁸, els redactors de *La Notaría* no es pronunciaren sobre la qüestió, ni

instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Barcelona, 1883, pàg. 163.

Enric JARDI CASSANY, Testaments hològrafs, codicils i memòries testamentàries, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1977, pàgs. 87-88, afirma que les sentències del TS 10-VI-1850 (sic) i 12-X-1866 varen admetre la validesa de les memòries testamentàries a Catalunya. El fragment de la primera sentència que cita és el *Considerando* 3.º de la STS 10-VII-1850 [JC I (1860), pàgs. 132-134] en qual «[s]e declara no haber lugar al recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de revista dictada por la Audiencia de Burgos».

La STS 12-X-1866 resol un recurs de casació contra la sentència de la Sala segona de l'Audiència de Barcelona de 17-X-1865. Tanmateix, no es planteja la validesa d'una memòria testamentària sinò del document (*cédula de confianza*) amb la confiança revelada pel testador al seu primer hereu de confiança. L'autor, seguint a A.M. Borrell (vegeu N.121) i la seva terminologia, diferencia aquesta «memòria de confiança» de la memòria testamentària (pàg. 85).

(117) E. ROCA TRIAS, Art. 107 CDCEC (N.113), pàgs. 159-160.

(118) Pedro GOMEZ DE LA SERNA (1806-1871), *De las memorias testamentarias*. ¿Convendría negar toda fuerza a las memorias testamentarias, al menos en los que se refiere a la institución de heredero?, a: *RGLJ XXI* (1862), pàgs. 423-433; Antonio S. de MILLA, ¿Son convenientes las memorias testamentarias?, a: *GN XIX* núm. 23 (1870, 5-VI), pàgs. 358-359; Juan José MENDEZ, Las memorias testamentarias no son convenientes, pero sí preferibles al los testamentos cerrados, a: *GN XIX* núm. 27 (1870, 3-VII), pàgs. 420-423; Antonio S. de MILLA, *Memorias testamentarias*, a: *GN XXII* núm. 1 (1873, 5-I), pàgs. 8-9; REDACCION GN, *Memorias testamentarias*. §.I. Precedentes legales, a: *GN XXII* núm. 9 (1873, 2-III), pàgs. 105-106; §.II Jurisprudencia. Resumen de la doctrina, a: *GN XXII* núm. 12 (1873, 23-III), pàgs. 145-147; UN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, *Memorias testamentarias*, a: *GRN XXIII* núms. 883, 884 (1879-2, 6 i 12-XI), pàgs. 583-585; 604-617; Emiliano ALMECH, Valor legal de una memoria testamentaria en que se varíe o modifique la institución de heredero hecha en el testamento a que la misma se refiere, a: *GRN XXIII* núm. 883 (1879-2, 6.XI), pàgs. 565-567; José Gonzalo DE LAS CASAS, *Cuestiones teórico-prácticas concernientes a los derechos civiles, al notariado y al Registro de la Propiedad*. *Memorias testamentarias*. Necesidad de legislar sobre ellas en el Código civil. Cuestión propuesta por D. G. Gervas §.I, a: *GN XXXII* núm. 26 (1883, 1-VII), pàgs. 402-493; §.II, a: *GN XXXII* núm. 27 (1883, 8-VII), pàgs. 417-419; REDACCION GN, *Memorias testamentarias*. Consulta, a: *GN XXXVI* núm. 11 (1887, 13-III), pàg. 178; REDACCION GN, *Memorias testamentarias*, a: *GN XXXVI* núm. 31 (1887, 31-VII), pàgs. 481-485; REDACCION GN, *Sección consultiva*. *Memorias testamentarias*. Si es potestativo presentar o no una memoria testamentaria al Juez para su protocolización, a: *GN XXXVII* núm. 9 (1888, 26-II), pàgs. 135-136.

la consideraren de suficient rel.levància per reproduir algun dels articles, ni tan sols per esmentar llur existència.

Una altra dada significativa és que fins el de 1888 les memòries testamentàries no aparegueren en els programes d'oposicions a notaries vacants en el Col·legi de notaris de l'Audiència de Barcelona¹¹⁹.

Una de les raons que podrien explicar perquè a Catalunya no es va generalitzar el recurs a les memòries testamentàries és l'existència d'altres mecanismes jurídics que permetien aconseguir el mateix resultat que es perseguia amb aquelles. D'una banda, l'hereu de confiança; d'altra, la conservació notarial del testament notarial tancat i la seva publicació extrajudicial en dues fases.

Tal com es veurà en el seu lloc, l'herència de confiança permetia (i permet, art. 150,I CS) que el testador comunicui totalment o parcial la seva darrera voluntat a un fiduciari, sense ésser necessària la presència de testimonis ni de fedatari. La reserva sobre la darrera voluntat es podia (i es pot, art. 152,I CS) mantenir àdhuc després de la mort del testador¹²⁰. La funció de l'herència de confiança en el dret català equivalia, en l'àmbit territorial de vigència del dret de Castella, a una memòria testamentària (oral o escrita), de l'existència de la qual en queda constància notarial (la institució d'hereu de confiança del testament obert)¹²¹.

El testament tancat permetia que el testador no donés a conèixer la seva darrera voluntat. La manera de publicar el plec tancat amb el contingut testamentari influïa decisivament en la seva publicació. A Catalunya, fins a la LEC 1855, el testament

(119) 92.- *Memorias testamentarias. Su explicación*, a: LN XXXI núm. 1560 (1888, 27-II), pàgs. 12280-12291, pàg. 12284. En les següents oposicions, no aparegueren en els programes de 6-IX-1889 [a: LN XXXII núm. 1640 (1889, 9-IX), pàgs. 12938-12950] ni en els de 22-XII-1890 [a: LN XXIII núm. 1707 (1890, 22-XII)]. Quant als programes, vegeu la nota 98.

(120) P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), II pàg. 197 [pàg. 531]: «*tiene [el testador] una voluntad cierta, que no queriéndola publicarla, la ha comunicado confidencialmente á un tercero para que la ejecute*». Semblantment, Guillermo M.^a BROCA Y MONTAGUT (1850-1918), Juan AMELL LLOPIS, *Instituciones de derecho civil catalán vigente... Segunda Edición ampliada, corregida y adicionada con un repertorio alfabético. Tomo Primero. Tomo Segundo*, Impr. Barcelonesa, Barcelona, 1886, §.665, II pàg. 345 [1.a edició].

(121) A.M.^a BORRELL Y SOLER, *Dret civil* (N.47), §.467 pàg. 208 [pàg. 198] qualificava el document en què el testador escribia la confiança com «*memòria testamentària de confiança*».

quedava dipositat en poder del notari autoritzant, qui donava a conèixer a la família més propera la part referent al nomenament de marmessors, al funeral i als sufragis. Posteriorment, celebrat l'enterrament, publicava la resta del contingut del testament¹²². A Castella, on la conservació del testament tancat quedava a l'albir del testador, calia l'adveració judicial del testament tancat (*Nov.R.* 10,18,5). Això feia del tot impossible conèixer a temps la voluntat del testador quant al seu funeral i els sufragis. Per tant, el secret sobre la voluntat del testador es perllongava excessivament¹²³.

En els territoris sotmesos a la legislació de Castella, les memòries testamentàries es varen consolidar com a negoci de darrera voluntat atípic a partir de la seva admissió

(122) Aquesta sembla és la pràctica descrita per la doctrina, ex. P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), II, pàgs. 195-196 [pàgs. 529-530]; *APUNTES sobre el Derecho de Cataluña redactados en presencia de sus Constituciones, principales autores, y disposiciones ultimas, para servir a las personas interesadas en su conocimiento*, Impr. de Fr. Garriga, Barcelona, 1841, pàg. 13; F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, Teórica (N.91), pàg. 205 nota (g).

(123) Observi's que la proposta formulada per al dret de Castella per J.J. MENDEZ, Las memorias (N.118), s'assembla molt a la publicació successiva del testament tancat a Catalunya: «*Si el testador lo que desea es que se ignore por su familia y por todos los demás hombres su voluntad, o la distribución que hace de su caudal, debe otorgar testamento nuncupativo, en el que, después de la disposición de la parte piadosa, o sea, funeral, misas, limosnas, etcétera, y si quiere también el nombre de albaceas, se consigne una expresiva y detallada cláusula en estos ó parecidos términos. «Deseando que no se publique la distribución de mis bienes hasta después de mi muerte, declaro mi última voluntad que se considere como parte de mi testamento una memoria reservada que presentará, ocurrido mi fallecimiento (aquí la persona), en la cual instituyo y nombro mis herederos y hago los legados que he creído convenientes, cuya memoria aparecerá escrita en papel del sello noveno (o de la clase que sea) de mano del notario presente (o de otra persona) y de esta misma fecha, empezando por las palabras (aquí las que se quieran fijar) y se conservará...: siendo mi deliberada voluntad que, verificada mi muerte, y hecho el entierro, se presente aquel pliego ante el Juez competente, a fin de que en toda forma sea examinado y reconocido, y si se encontrase con las señas externas mencionadas, será abierto y la memoria testamentaria que allí se contenga se reputará y considerará desde luego como adición o complemento de este mi testamento, y en tal concepto se protocolice y cumpla en todas sus cláusulas, pues es mi última voluntad»*. De esta manera u de otra análoga, y mucho más si el notario facilita en el acto copia al testador, queda muy garantida y reservada la voluntad de éste, sin los inconvenientes que he citado respecto al testamento cerrado, y sin que sea necesaria su apertura y publicación en los momentos próximos al fallecimiento cuando la familia se encuentra afligida y angustiada y con el cadáver aún dentro de la casa, de lo cual sería indispensable ocuparse para saber la disposición del entierro y exequias, y no faltar en este punto a la voluntad del finado.» [pàg. 421]

per dues sentències del TS (12-VII-1850 y 7-X-1854)¹²⁴. La LEC 1855 (arts. 1398-1400) va preveure un procediment per a la seva adrecció i posterior protocolització notarial, tot i ésser els membres de la comissió redactora contraris a la seva admissibilitat¹²⁵. A la LEC de 1881 es conservà aquest procediment (arts. 1969 i seg.). A partir de la STS 14-VII-1879 es varen començar a assimilar al testament hològraf¹²⁶, assimilació que es va completar en l'art. 672 CC.

La primera referència a les memòries testamentàries per part de la doctrina catalana és el projecte privat d'Apèndix de J.J. Permanyer Ayats (1848-1919)¹²⁷. Tanmateix, ja existien a la pràctica, com ho prova la STS 31-III-1917 (JC 139 [1917-

(124) REDACCION GRN, Sobre el testamento ológrafo, a: GRN XXIX núm. 1395 (1889-2, 29-VIII), pàgs. 225-228: «*El abuso de las memorias había llegado a ser tan general, que apenas había testador que no dejase abierta la puerta en su testamento, y recibieron tal importancia desde que la jurisprudencia les dió tanta amplitud, que algunos testamentos parecen haber sido otorgados con el exclusivo objeto de dar valor a las memorias por no tener disposicion alguna importante, reservándolo todo a éstas*» (pàg. 227)

(125) Quant a la protocolització de les memòries testamentàries, diu l'exposició de motius que «*no era la Comisión que entendía de las reformas procesales, la que podía corregir en el particular las disposiciones del derecho civil: tenía por el contrario que partir del estado de cosas existente, y por lo tanto estaba en el caso de evitar en las diligencias para la protocolización abusos, que hicieran mas funesto lo que ya por sí estaba sujeto a gravísimos inconvenientes*». P. GOMEZ DE LA SERNA, De las memorias (N.118), ho reitera i es manifesta contrari a les memòries testamentàries: «*[n]os parece pues, que queda demostrado que la práctica de considerar válidas las memorias testamentarias, no es conforme ni con la letra ni con el espíritu de nuestras leyes sustantivas*» (pàg. 431).

(126) REDACCION GN, Memorias testamentarias, a: GN XXVIII núm. 43 (1879, 26-X), pàg. 676: «*La trascendencia de la jurisprudencia sentada es tan grave, como que de aquella al testamento ológrafo, desconocido en la legislación española, sólo hay un centímetro*». Es torna a fer vincular la memòria testamentària amb el testament hològraf a REDACCION GN, Sección consultiva. Memorias testamentarias. Su protocolización, a: GN XXIX núm. 21 (1880, 23-V), pàgs. 327-328. En el Congreso jurídico español, Bienvenido OLIVER, José M. PANTOJA, Francisco GINER DE LOS RIOS, Joaquin COSTA, Congreso jurídico español. Tema 3.o. Costumbre y jurisprudencia, a: GN XXXVI núm. 7, 9, 10 (1887, 13,27-2; 6-III), pàgs. 108-111; 135-140; 151-154] afirmaren que la jurisprudència va "introduir" les memòries testamentàries «*para suplir la falta de testamento ológrafo*» (pàg. 109)

(127) Juan J. PERMANYER AYATS, *Cataluña. Proyecto de Apéndice al Código civil aprobado por la Comisión de Codificación de dicho territorio siendo ponente el vocal D. ... , y sometido, ante la misma, a nueva revisión*. Imprenta de la casa de la Caridad, Barcelona, 1915, pàg. 76 (art. 724).

1], núm. 150, pàgs. 725-729).

A l'Ap-1930 i a l'AvPC-55 es preveia una regulació molt minça de les memòries testamentàries¹²⁸. És remarcable que la data de la memòria testamentària podia ésser anterior a la d'atorgament del testament i que no s'establia cap límit al seu contingut. En aquests dos avantprojectes es podria haver qualificat les memòries testamentàries com a codicils testamentaris aformals, encara que, a diferència dels codicils, el testament havia de fer referència a les memòries testamentàries.

En el PrLC-59, la regulació de les memòries testamentàries havia esdevingut molt més restrictiva. En efecte, l'art. 141 exigia que fossin posteriors al testament que complementaven i restringia el seu contingut a joies i parament domèstic¹²⁹. En canvi, eren les memòries les que havien d'al·ludir al testament. La possibilitat d'ordenar disposicions pecuniàries que no excedissin el 20% del valor del cabal relict (art. 107 CDCEC, actual 123,I,II CS) fou introduïda durant la tramitació del Projecte de llei a les *Cortes españolas*.

4.2.3.- L'autonomia de la memòria testamentària com negoci de darrera voluntat.

La doctrina més estesa qualifica les memòries testamentàries com codicils aformals¹³⁰, encara que amb diferents conseqüències. A diferència d'E. Roca, X. Roca

(128) Els arts. 256 Ap-30 i 239 AvPC-55 són idèntics: «*Las memorias testamentarias firmadas por el testador a que aluda un testamento anterior o posterior a la fecha de aquéllas tendrán fuerza obligatoria, cualquiera que sea su forma, con tal que se demuestre su autenticidad*». En el cas de l'Ap-30 és sorprenent, tenint en compte que només s'admetia com a testament hològraf la modalitat *parentum inter liberos* (art. 254,I final).

(129) Art. 141 PrLC-59. «*Las memorias testamentarias, firmadas por el testador, que aludan a un testamento anterior y que contengan exclusivamente y que contengan exclusivamente disposiciones referentes a mobiliario, joyas, ropas y ajuar doméstico, valdrán como codicilos, cualquiera que sea su forma, siempre que se pruebe su autenticidad*».

(130) E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22), pàg. 145] considera que «*les memòries són codicils aformals, pel fet que formen part integrant del testament al que complementen i necessiten un mínim de requisits formals, donat que aquestes (sic) li vindran facilitats pel propi testament*».

En el mateix sentit, i gaire bé literalment, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 472]: «*son codicilos aformales que, por formar parte integrante de un testamento que complementan, sólo requieren unos requisitos formales mínimos y por ello no deberán ajustarse a las formalidades testamentarias...*».

nega autonomia a les memòries testamentàries¹³¹

La pretesa aformalitat de les memòries testamentàries no és tal (art. 123,I), com ambdós autors reconeixen¹³². Si s'empra una terminologia tradicional, la *solemnitat externa* (art. 122,III) de les memòries testamentàries és doble: que tinguin caràcter escrit¹³³ i que el testador signi tots els fulls que les composin¹³⁴. A més, tenen una solemnitat interna imprescindible («*que al. ludeixin a un testament anterior*», art. 123,I). Eventualment, el testador pot exigir altres «*requisits formals*» (art. 123,I final) per a la millor identificació del document.

No s'ha sabut trobar cap raó objectiva per considerar que aquestes formalitats siguin de pitjor condició que les establertes per qualsevol modalitat de testament o codicil.

A més de formalitats pròpies diferents de les del codicil, la tipificació de la memòria testamentària exigeix l'existència prèvia d'un fonament successori voluntari vàlid (art. 127,I) i un contingut quantitativament limitat (art. 123,II). El codicil no participa d'aquestes limitacions, perquè pot referir-se originàriament a una successió regida per la llei (art. 122,I) i els límits al seu contingut no es refereixen al valor de les disposicions, sinó al títol d'hereu (art. 122,II). Resulta haver-hi molta heterogenitat per a conviure dins d'una única categoria.

La interpretació que es refusa considera sinònims el tipus negocial i l'eficàcia del negoci. A més, interpreta la "forma" de l'art. 123,I («*sigui quina sigui llur forma*»)

(131) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 472: «*sólo caben dos tipos de actos dispositivos unilaterales mortis causa, los testamentos y los codicilos, y que éstos a su vez pueden dividirse en formales y aformales (las llamadas memorias testamentarias)*».

(132) E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22), pàg. 145; X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 472.

(133) Per a la CDCEC, E. JARDI CASSANY, Testaments holdgrafs (N.116), pàg. 94.

(134) Per a la CDCEC, E. JARDI CASSANY, Testaments holdgrafs (N.116), pàg. 94, deduia d'aquesta formalitat que les memòries testamentàries s'havien d'atorgar amb els mateixos requisits que el testament tancat: «*...ja que el darrer paràgraf de l'art. 107 prescriu que les memòries testamentàries han d'estar signades en totes llurs pàgines pel testador. Aquestes han d'ésser atorgades -per tant- amb les formalitats del testament clos: per escrit, segellades i lliurades a un notari, en presència de dos testimonis no rogats*». Ho reiterava a la pàg. 105.

com a formalitat. El text de l'art. 123,I CS prové d'una regulació dels negocis per causa de mort (art. 107,I CDCEC) subordinada a la terminologia del Codi civil, on "forma" és classe de testament (Sec. 3.a Cap. 1.r Tit. III Ll. 3.r: *De la forma de los testamentos*). En estudiar les modalitats testamentàries s'assenyala els múltiples significats de "forma" en el CS i en el seu Preàmbul¹³⁵.

4.3.- La relació entre els fonaments successoris i els negocis amb "valor de codicil"

Els negocis que no són aptes per regular la completa destinació de les relacions jurídiques del causant que no s'extingeixen amb la seva mort es troben en una situació de dependència d'un fonament successori. L'hi són accessoris. Els codicils i les memòries testamentàries o heretamentàries modifiquen o addicionen el previst en el fonament successori voluntari (el testament o l'heretament). A més, els codicils també poden fer-ho amb el fonament successori legal.

4.3.1.- La revocació del fonament successori.

Els codicils i les memòries testamentàries són actualitzacions parcials del fonament successori. En aquest sentit, completen del testament, de l'heretament o, només els codicils, de la successió intestada. Per això, l'atorgament d'un nou fonament successori que prevegui la regulació completa de la successió revoca el fonament anterior i llurs actualitzacions posteriors. Per això els arts. 70,I pr. i 133,II pr. estableixen que l'atorgament d'un fonament successori revoca els codicils i les memòries testamentàries anteriors, a més del fonament successori que aquests complementessin.

4.3.2.- La nul.litat del fonament successori.

Aquesta dependència també es manifesta quant a la validesa del fonament successori, tot i que només es trobi formulada per al testament. La nul.litat del fonament successori provoca la dels seus accessoris *«llevat que siguin compatibles amb un testament anterior que hagi de subsistir per la nul.litat de l'anterior»* (art. 127,I).

La nul.litat del testament prevista en l'art. 127,I CS provoca la "subsistència"

(135) Vegeu l'apartat I.2 de la PART II.

(no revocació) del testament atorgat anteriorment. Això permet deduir que es tracta d'una nul.litat provocada per «*qualsevol dels defectes que estableixen l'article 125 i l'apartat primer de l'article 126*» (art. 130,II), atipicitat i incompliment dels requisits i formalitats establerts (art. 125,I,III), o preterició errònia de legitimaris (art. 126,I).

Si els legitimaris preterits erròniament exerciten l'acció per obtenir la nul.litat del darrer testament atorgat, els testaments anteriors no estaran revocats (art. 130,II) però no podran subsistir perquè estaran afectes de la mateixa causa de nul.litat (art. 367,III pr.). Per tant, la nul.litat del testament per preterició errònia de legitimaris provoca sempre la nul.litat dels seus accessoris.

Les altres dues causes de nul.litat del testament permeten que el testament anteriorment atorgat tingui valor negocial («*subsistir*», art. 127,I). En aquest cas, els accessoris del testament nul [i àdhuc el mateix testament nul exclusivament per manca d'institució d'hereu, convertit en codicil (art. 125,IV)] ho esdevenen d'aquell testament, sempre que li «*siguin compatibles*».

La compatibilitat dels codicils i de les memòries testamentàries amb el testament anterior subsistent i llurs accessoris¹³⁶ és sorprenent. Literalment, l'art. 127,I nega a aquests negocis llur eficàcia revocatòria prevista amb caràcter general en l'art. 133,I,V. Els accessoris del testament nul també serien nuls (totalment o parcial) quan llur contingut modifiqués el testament subsistent.

Per evitar aquest resultat extravagant s'ha d'interpretar que l'exigència de compatibilitat de l'art. 127,I es refereix exclusivament als negocis accessoris que la necessiten. És a dir, a les memòries testamentàries, les quals s'han de referir al testament el contingut del qual complementen i, en el seu cas, «*complir els requisits formals exigits pel testador en el seu testament*» (art. 123,I). La manca de compatibilitat amb el testament anterior, o la inexistència d'aquest, provocaria la nul.litat de la memòria testamentària.

Els codicils, en canvi, poden complementar tant un testament com la successió abintestat (art. 122,I). Per això la seva validesa s'independitza de la del testament que complementen. Amb aquesta interpretació, els codicils sempre serien complementaris amb el testament subsistent, i serien vàlids àdhuc en el cas que s'obris la successió

(136) M. TARRAGONA COROMINA, Arts. 125-135 CS (N.53), pàg. 486: «*La nulidad del testamento determina la subsistencia del testamento anterior y la del codicilo anterior que sea compatible con él*».

intestada com a conseqüència de la nul.litat de l'únic testament per causa diferent a la preterició errònia de legitimaris¹³⁷.

(137) La interpretació que es proposa coincideix amb la de M. TARRAGONA COROMINA, Arts. 125-135 CS (N.53), pàgs. 486-487.