

La prelación entre el derecho de representación y el acrecimiento en la sucesión testamentaria

Maurici Pérez Simeón

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract*

El art. 144.2 del Codi de Successions confería en la sucesión testamentaria un derecho de representación a los descendientes del hijo premuerto del testador. Desde la entrada en vigor de esta norma, ha sido polémico en la doctrina si el llamamiento de los descendientes del premuerto debe ser preferente al acrecimiento y/o a la sustitución vulgar. En el fondo del debate está la cuestión acerca del papel que las presunciones legales deben tener en la interpretación de los testamentos.

El art. 423-8 del Libro Cuarto del CCC, aprobado mientras se ultimaba la edición del artículo, incluye una regla similar a la del art. 144.2 del Codi de Successions, si bien el derecho de representación no se limita expresamente al caso de premoriedad del hijo instituido.

Section 144.2 of the Catalan Code of Succession provided that whenever a testator's beneficiary predeceased the testator, his issue should take his share. Since the Catalan Code of Succession entered into force, there has been an important debate among academics regarding whether the issue of a predeceased beneficiary should take before the other testator's beneficiaries in proportion to their shares and/or before the "vulgar substitution." The underlying debate is the role that legal presumptions should have for the interpretation of testamentary provisions.

Section 423-8 of the Catalan Civil Code's Book Four, recently approved, sets forth a similar provision, even though presenting new challenges regarding the scope of the above-mentioned rule and its judicial interpretation.

Title: Legal Rights vs. Will When Testator's Beneficiary Predeceases the Testator

Keywords: Law of Succession; Testate Succession; Predecease

Palabras clave: Derecho de Sucesiones; Sucesión testada; Premoriedad

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación "Autonomía e imperatividad en la ordenación de las relaciones familiares: los límites a la libertad contractual en la regulación de la convivencia y de sus crisis (SEJ 2005-08663-C02-02)", financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Sumario

1. La vocación del art. 144.2 del Codi de Successions
2. El litigio por la herencia de Doña María P.P.
 - 2.1. El origen del litigio y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona de 1.2.2005
 - 2.2. El recurso de apelación y la SAP de 10.10.2006
 - 2.3. El recurso de casación y la Sentencia del TSJ Catalunya de 26.7.2007
3. Análisis de la cuestión jurídica controvertida: la prevalencia de la llamada del testador frente al derecho legal de representación
 - 3.1. La voluntad testamentaria presunta en el art. 144.2 CS
 - 3.2. La expresión “amb dret d'acréixer” en el testamento
 - 3.3. La prelación entre la voluntad testamentaria presunta del art. 144.2 CS y el acrecimiento ordenado por el testador de forma expresa o tácita
 - a. Sentido y alcance de la expresión “Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...” del art. 144 CS
 - b. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente
 - c. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos a los que el testador ha atribuido expresamente el *ius ad crescendi*
4. Conclusiones
5. Apéndice: las novedades en la regulación del problema en el libro cuarto del Codi civil de Catalunya
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

1. La vocación del art. 144.2 del Codi de Successions

Es sabido que el objetivo de muchas de las reglas de la Compilación catalana (Ley 40/1960 de 21 de julio - BOE nº 175 de 22.07.1960) y de las normas posteriores en materia de Derecho sucesorio fue poner fin por decisión legislativa a controversias seculares heredadas de la tradición del *ius comune*. Con ello se pretendía crear seguridad jurídica en los testadores y reducir la litigiosidad.

Sin embargo, en ocasiones el legislador, tratando de terminar una controversia secular, inadvertidamente abre otra. Este es el caso del art. 144.2 del *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya* (*Ley catalana 40/1991, de 30 de diciembre DOGC nº 1544, de 21.1.1992. Corrección de erratas en el DOGC nº 1582, de 13.4.1992 y en el DOGC nº 1600, de 29.5.1992 - en adelante CS*). Esta norma prescribe que, si el testador instituye a sus hijos nominativamente y por partes iguales, deben reputarse llamados también a suceder los descendientes de los instituidos por estirpes. Esta regla termina con una larga controversia acerca de si resulta trasladable a la sucesión testada el derecho de representación que el Derecho romano-justiniano regulaba expresamente sólo para la sucesión testamentaria, pero crea otro problema de gran importancia práctica: la llamada de los descendientes de los instituidos, ¿es preferente a la sustitución vulgar o al acrecimiento?

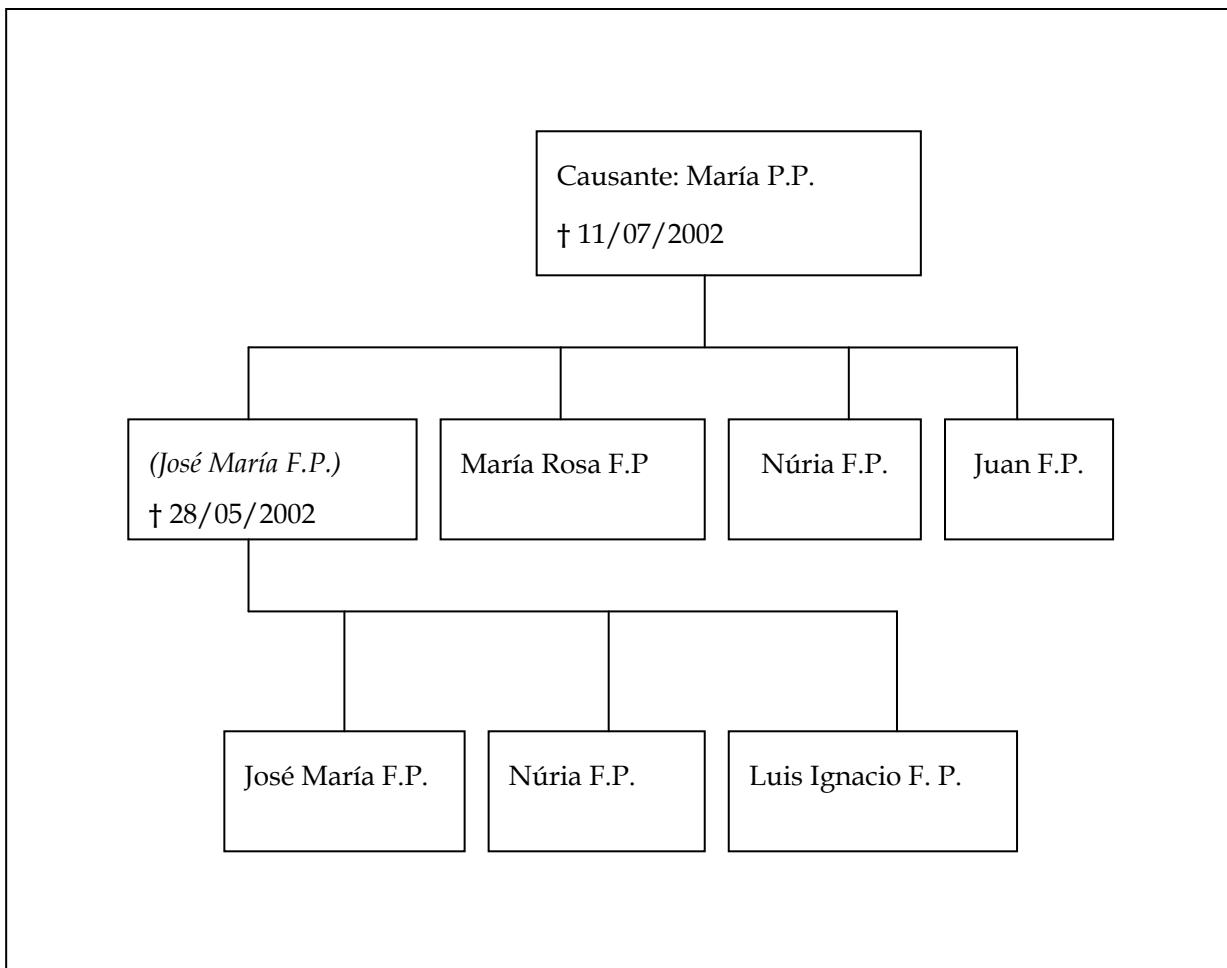
2. El litigio por la herencia de Doña María P.P.

Un caso muy interesante planteado recientemente ha obligado al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a posicionarse sobre esta cuestión. Los hechos no presentan excesiva complejidad: el día 23 de abril de 2001 la Sra. María P. P. de vecindad civil catalana había otorgado su último y válido testamento, en forma de testamento notarial abierto, instituyendo herederos a sus cuatro hijos con las siguientes palabras:

"Institueix hereus universals i lliures de tots els seus béns, drets i accions, presents i futurs, als seus quatre fills senyors Josep Maria, Maria Rosa., Núria i Joan F. P., amb dret d'acréixer, amb les següents NORMES PARTICIONALS..." [= Instituye herederos universales y libres de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a sus cuatro hijos Don Josep Maria, Doña Maria Rosa, Doña Núria y Don Joan F. P. con derecho de acrecer, con las siguientes NORMAS PARTICIONALES...]"

Seguían en el testamento una serie de normas particionales relativas al único bien de la herencia: una *casa pairal* sita en el término municipal de Avinyó (Barcelona), que incluían la designación de las hijas de la testadora María Rosa F.P. y Núria F.P. como albaceas particulares; en la cláusula segunda, la testadora establecía un derecho de adquisición preferente de los herederos instituidos, en caso de que alguno de ellos vendiese su parte en la finca que constituía el único activo hereditario; en la cláusula tercera prohibía la testadora cualquier juicio de testamentaría y en la cuarta establecía la llamada cautela Socini, al amparo de lo previsto en el art. 360.2 CS.

El día 28 de mayo de 2002 falleció uno de los herederos instituidos en el testamento, Don José María F. P., dejando tres hijos, Don José María, Doña Núria y Don Luis Ignacio F. C. Pocos días después, concretamente el 11 de julio de 2002, murió la testadora.



El día 13 de septiembre de 2002, los tres hijos supervivientes de la testadora otorgaron escritura pública de aceptación de herencia como únicos herederos, repartiéndose por terceras partes el haber hereditario, al considerar que la premoriedad del cuarto hermano instituido (José María F.P.) lo había excluido de la sucesión, al haberse ordenado en el testamento un derecho de acrecer. El 30 de enero de 2003, uno de los tres herederos, Juan F.P., vendió su parte sobre el único activo de la herencia, consistente en una parte indivisa de la *casa pairal* sita en Avinyó (Barcelona), a su sobrina Doña Cristina R.F y al marido de ésta Don Alejandro V.-L. E. Tanto la aceptación de herencia como la venta fueron inscritas en el Registro de la Propiedad.

2.1. El origen del litigio y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 30 de Barcelona de 1.2.2005

Los tres hijos del instituido premuerto, que poseían materialmente una parte de la *casa pairal* de Avinyó, se negaron a aceptar el reparto hereditario referido anteriormente, al considerar que el art. 144.2 CS les daba derecho a ocupar en la herencia de su abuela el puesto que habría

correspondido a su padre premuerto. Por ello interpusieron demanda de petición de herencia contra los tres instituidos supervivientes que se habían repartido toda la herencia y también contra Doña Cristina R. F. y Don Alejandro V. L.-E. como terceros adquirentes de una tercera parte del único activo de la herencia. Los demandados reconvinieron solicitando la entrega posesoria de la parte de la finca que aún ocupaban los actores.

La demanda correspondió en reparto al Juzgado de Primera Instancia 30 de Barcelona. La Magistrada Sustituta Doña Teresa María Ramos Ibós dictó Sentencia el día 1 de febrero de 2005 (núm. 36/2005), estimando la demanda y desestimando la reconvención. Sus argumentos se resumen en los siguientes párrafos del Fundamento Jurídico segundo:

“La cuestión que se plantea es si tal interpretación unilateral de los herederos sin la intervención de los hijos del heredero premuerto es válida. La solución, en opinión de quien juzga, debe ser negativa. En efecto, el artículo 144 CS introdujo un derecho de representación en la sucesión testada, aunque técnicamente es más bien un supuesto de sustitución vulgar tácita: así en el caso de institución genérica a favor de los hijos o nominativamente pero a favor de todos ellos, se incluirá en el llamamiento a los hijos de los que hubieran premuerto. La aplicación de esta norma lleva a considerar que los hijos del fallecido ocuparán su lugar en la sucesión del causante señalado. Dicha regla se aplicará salvo que sea otra la voluntad del testador. La interpretación que todos los interesados en la sucesión efectúan debe prevalecer sobre la norma legal. Ahora bien, en el supuesto de autos no intervienen todos los interesados en la sucesión en la fijación de la voluntad de la testadora. Resulta intrascendente a tales efectos si se incluyó expresamente el derecho de acrecer en el testamento. Tal cláusula ni quita ni añade nada, pues se trata de una cláusula legal que opera de forma automática salvo que se excluya expresamente, por lo que no puede suponer de inmediato la exclusión de los hijos del heredero premuerto. La interpretación de la voluntad del testador debe hacerse por todos los interesados en la sucesión, incluso los beneficiados por la aplicación de la regla del artículo 144 CS. Al no haber intervenido los mismos, la solución debe estar a favor de la aplicación de la regla señalada (nunca podrá interpretarse la voluntad del causante contra una norma legal sin consentimiento de los favorecidos de la misma). De otro modo, dicha regla prevista en el artículo 144,2 CS, nueva en el derecho catalán y que difiere del sistema del Derecho común, quedaría sin sentido y vacía de contenido, bastaría la aplicación del derecho de acrecer para excluir a los hijos del heredero premuerto en cualquier caso. La aplicación del derecho de acrecer precisa de una vacante, cuya existencia debe examinarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 144,2 CS.

Consecuencia de lo anterior es la estimación de la demanda, pues al estimarse que debían haber intervenido en la fijación de la voluntad de la testadora todos los interesados en la sucesión, y existiendo controversia entre ellos, habrá que estar a la regla de interpretación legal del testamento, pues habiendo instituido Doña María P. herederos por partes iguales a sus cuatro hijos y habiendo premuerto uno de ellos, corresponde a los hijos de éste, nietos del causante, suceder a su abuela en la parte de su padre, conforme al artículo

144 del Código de Sucesiones de Cataluña.

En virtud de lo expuesto y razonado, debe estimarse íntegramente la demanda con desestimación íntegra de la demanda reconvencional, pues la nulidad de la compraventa formalizada entre Don Juan F.P. y Doña Cristina F. y Don Manuel Alejandro V. L.-E. es consecuencia necesaria de cuanto queda dicho, máxime cuando la situación de controversia entre los nietos aquí actores y los vendedores demandados era notoria en la familia sin que pueda pretenderse un presunto desconocimiento de tal situación por los demandados en que amparar la bondad de la compraventa.”

Sorprende realmente la regla interpretativa que nos propone la Sentencia, según la cual, de mutuo acuerdo los causahabientes, pueden “fijar la voluntad de la testadora”, esto es, pueden interpretar como les plazca el testamento, sea cual fuere la verdadera intención del testador. Nuestro Derecho no conoce una regla así. En mi opinión, la Sentencia confunde el acuerdo sobre el reparto de los bienes hereditarios y la interpretación del testamento. El primero sí queda al arbitrio de los causahabientes (siempre que respeten los derechos de terceros), el segundo no. Otra cosa es que si ninguno de los causahabientes suscita polémica a raíz de una interpretación del testamento, de facto, ningún Tribunal podrá llegar a pronunciarse sobre el particular, por muy aberrante que sea la interpretación consensuada. Pero esto no implica que las facultades de interpretación correspondan a los causahabientes de común acuerdo y, en especial, no puede compartirse la frase: “nunca podrá interpretarse la voluntad del causante contra una norma legal sin consentimiento de los favorecidos de la misma”. La sucesión testada se rige por la voluntad del testador, no por las disposiciones legales ni por la voluntad de los causahabientes. La voluntad del testador - a salvo de las normas imperativas - debe prevalecer siempre y los Tribunales son los garantes de esta prevalencia.

Al margen de esta regla interpretativa tan *sui generis*, el fallo estimatorio de la demanda se fundamenta también en la consideración de que el derecho de acrecer ordenado expresamente por la testadora no es más que una reiteración innecesaria del régimen legal. La Sentencia lo deja bien claro: “tal cláusula ni quita ni añade nada”. En otras palabras: el derecho de representación del art. 144.2 CS sería preferente a cualquier acrecimiento, tanto el que se fundamenta en una disposición expresa del testador como el que proviene de su voluntad tácita manifestada a través de la institución conjunta. Por lo que respecta a la compraventa, la anulación se basa en una apreciación de mala fe en los compradores, que la Sentencia considera probada por el mero hecho de estar emparentados con el vendedor.

2.2. El recurso de apelación y la SAP de 10.10.2006

La Sentencia de Primera Instancia fue apelada y la Audiencia Provincial de Barcelona (Civil Sec. 1^a), en una resolución de 10 de octubre de 2006 que ha sido publicada (Ar. 2007\145197), confirmó la estimación de la demanda, declarando que los hijos del instituido premuerto tenían derecho a participar en la sucesión en el lugar de su padre en virtud del art. 144.2 CS. Sin embargo, a diferencia del Juzgado, la Audiencia consideró que la adquisición de los compradores - Sra. Cristina R. F. y Sr. Alejandro V.-L. E. - debía mantenerse al amparo del art. 34 de la Ley

Hipotecaria. No entraré aquí en analizar con detalle la aplicación que hace la Sentencia de este último precepto, ya que nos alejaría de la cuestión doctrinal relativa al acrecimiento. Baste decir que la Audiencia tuvo una posición especialmente tuitiva de los terceros adquirentes, negándose a apreciar la mala fe de los adquirentes únicamente por el mero hecho de que existiese un vínculo de parentesco entre ellos y el vendedor.

El ponente de esta Sentencia fue el profesor de la Universitat Autònoma de Barcelona y Magistrado Suplente Don Josep Llobet Aguado, que dictó la Sentencia junto con las Magistradas Doña María Dolors Portella Lluch, Presidenta de la Sección 1^a, y Doña Laura Pérez de Lazárraga Villanueva. Aunque no estoy de acuerdo con el sentido del fallo, debo admitir que esta resolución está muy meditada y muy bien argumentada.

El razonamiento de la Sentencia consiste en considerar aplicable al caso de autos el art. 144.2 CS¹ y luego analizar la voluntad de la testadora con el fin de descubrir si quiso excluir a sus nietos de la sucesión. La Sentencia admite que el único argumento a favor de esta interpretación es la expresión "*amb dret d'acreixer*" que la testadora incluyó en su testamento pero la considera insuficiente. Según la Sentencia:

"...no puede establecerse sin más una sinonimia entre la expresión "con derecho de acrecer" y el efecto expulsivo de los nietos de una sucesión. Para que este efecto se diese, nada más fácil que establecerlo y disponerlo expresamente para que tan trascendental efecto no quedase al albur de particulares interpretaciones. Para que se dé el derecho de acrecer, resulta inexcusable que se cumplan los requisitos que con carácter general establece el art. 38 CS (institución conjunta, que alguna cuota quede vacante, que el testador no lo prohíba), explicando el art. 39 CS lo que debe entenderse por institución conjunta, y clarificando el art. 40.3 CS que no debe entenderse vacante una cuota si opera el *ius transmissionis* o la sustitución vulgar o fideicomisaria, salva voluntad contraria del causante. Por tanto, la voluntad del causante, en relación con el derecho de acrecer tiene su trascendencia en cuanto que, pese a la concurrencia de los requisitos legales, lo puede excluir (arts. 38.1 y 40.3 CS). También tiene su trascendencia cuando, pese a no concurrir el requisito legal de la institución conjunta, el causante puede conceder el derecho de acrecer (art. 39.2 CS: "salvo que el testador conceda el derecho de acrecer, este no tiene lugar si en otra cláusula asigna individualmente a cada heredero una parte alícuota, y tampoco si el heredero no llega a serlo por nulidad o por revocación de la institución"). Pues bien, ninguno de estos casos en que la voluntad del testador tiene relevancia en la configuración del derecho de acrecer se acomoda al supuesto de autos (ni la testadora lo prohíbe, ni lo puede conceder ya que no ha asignado individualmente a cada heredero

¹ La Sentencia también examina, para descartarla, la posibilidad de considerar que no se ha asignado partes iguales a los herederos porque las normas particionales establecidas por la propia testadora asignan una parte concreta y desigual de la finca que constituye el único activo hereditario a cada uno de los instituidos. Con acierto la Sentencia concluye que la existencia de estas normas particionales no afectan a la igualdad en las cuotas hereditarias.

una parte alícuota ni existe nulidad ni revocación de la institución).

(b) Se ha apuntado que la conclusión a la que llegan los demandados en el sentido de que la expresión testamentaria "con derecho de acrecer" significa que la testadora quería excluir a sus nietos de su sucesión no se ve avalada por los actos anteriores, coetáneos ni posteriores al otorgamiento, los cuales, como se ha dicho, deben tenerse sin duda en cuenta por constituir un dato de especial relevancia para establecer la voluntad del testador al tiempo del otorgamiento. Los actos de la testadora que constan en los autos, admitidos por ambas partes, y que revisten trascendencia al respecto son, básicamente, la actitud de tolerancia y consentimiento a que tanto el hijo premuerto de la causante, D. José María F. P., como los hijos de éste, nietos de la causante y actores principales en este procedimiento, residiesen habitualmente en la parte de la finca que, según las normas particionales establecidas por la causante, debía ser adjudicada a D. José María F. P. Esta realidad posesoria existía con anterioridad al otorgamiento del último y válido testamento de la causante y continuó después sin que conste acto obstativo ninguno por la testadora. En la misma dirección puede interpretarse el hecho de que tanto D. José María F. P. y sus hijos realizasen continuos actos de administración en relación a la referida finca (f. 354 a 430 de las actuaciones, consistentes en abundante documental, constando, entre otros, recibos por el arriendo de tierras de cultivo, gestiones realizadas ante la administración municipal y estatal, pagos de impuestos, gestiones ante compañía aseguradora consecuencia de un siniestro..., constando incluso -f. 424- una autorización de la causante a favor de su hijo D. José María F. P. para que realizase ante el Catastro cualquier gestión relacionada con la finca).

En función de lo expuesto, no puede concluirse que la voluntad de la causante fuese excluir a sus nietos de su sucesión ni se dan los requisitos legales para que ello pueda suceder..."

La Audiencia, en el fondo, viene a argumentar que la expresión "*amb dret d'acréixer*", interpretada de conformidad con la actitud pública de la testadora durante su vida, no parece expresar una voluntad de excluir a los nietos de la sucesión y por ello considera que deben entrar a suceder por derecho de representación los hijos del instituido premuerto. No podemos entrar aquí a enjuiciar si los medios de prueba obrantes en los autos fueron bien o mal valorados, ya que, nosotros no los hemos tenido todos a nuestra disposición. Si se puede decir, sin embargo, que la argumentación de la Audiencia resulta insuficiente.

Si las palabras "*amb dret d'acréixer*" no se expresaron para anteponer a los hijos frente a los nietos, ¿para qué las usó la testadora? La resolución de la Audiencia no lo dice y éste es, a mi juicio, su principal punto débil. Cuesta admitir que en un acto solemne como un testamento notarial abierto una testadora incluya una expresión técnica como ésta sin ninguna finalidad. En otras palabras: no parece razonable tener por no puesta en un testamento una cláusula fundamental como la que nos ocupa únicamente sobre la base de que el comportamiento público de la testadora en vida no permite constatar una enemistad entre la testadora y los nietos perjudicados

por el acrecimiento. ¿Acaso sería el primer caso en el que un testador disimula en vida el sentido de sus disposiciones testamentarias con el fin de no ganarse la enemistad de un pariente? Por otro lado, decantarse por la primacía del acrecimiento implica interpretar que la testadora quiso que, si había hijos vivos (cualquier hijo), éstos sucediesen por delante de los nietos (cualquier nieto). La amistad o enemistad de la testadora con un hijo o con un nieto concreto resultarían quizás un argumento válido para interpretar una cláusula que se refiriese específicamente a él, pero no puede servir para interpretar una cláusula de alcance general como la que estamos examinando.

2.3. El recurso de casación y la Sentencia del TSJ Catalunya de 26.7.2007

Los hijos que habían sobrevivido a la testadora y los terceros adquirentes recurrieron en casación ante el TSJC y tuvieron éxito. La Sentencia del TSJC de fecha 26 de julio de 2007 desestimó totalmente la demanda de los hijos del instituido premuerto y estimó totalmente la demanda reconvencional. El punto esencial en el que la Sentencia del TSJC fundamenta su fallo es que (FD. 8º):

"No ens trobem en aquest cas davant de dues voluntats presumptes o probables del testador que obliguin a escollir entre la previsió de l'article 38 o la de la l'article 144 sinó davant la voluntat clara i expressada, contrària a la crida dels néts."

Además el TSJC nos dice (FD 9º) que

"...la Sala d'apel·lació ha infringit l'article 144 del Codi de successions, ja que en el cas consta la voluntat contrària de la causant. Mentre ens moguem davant d'elements d'integració considerats per la llei pressuposant quina seria la voluntat del testador, podem parlar d'inexistència de quota vacant als efectes d'excloure el dret d'acréixer quan es crida els fills genèricament o els fills nominativament en parts iguals, però entre la presumpció de voluntat del testador de l'article 144.2 i la determinació expressa del dret d'acréixer en el testament ha de prevaldre aquest últim."

La Sentencia del TSJC coincide con los argumentos esgrimidos por la defensa de los demandados que se basaban, en esencia, en el dictamen que yo mismo había elaborado a su requerimiento, en mi condición de profesor en la UPF, el día 10 de octubre de 2003, antes de que se iniciase la controversia judicial.

3. Análisis de la cuestión jurídica controvertida: la prevalencia de la llamada del testador frente al derecho legal de representación

Como hemos visto, la clave de la controversia planteada consistía en determinar si los descendientes del hijo premuerto de la testadora tenían derecho a suceder en virtud del art. 144.2 CS, o bien si la cuota dejada vacante por premoriencia correspondía a los otros tres hijos de la testadora instituidos nominativamente en el testamento con derecho de acrecer.

A mi juicio, la resolución de las cuestiones planteadas requiere resolver dos problemas diversos que si bien se complementan, requieren un tratamiento separado. Por una parte, tenemos la cuestión, de carácter general, consistente en determinar si el acrecimiento ordenado expresamente por la testadora opera de forma preferente a la llamada de los nietos y ulteriores descendientes que prevé el art. 144.2 CS, o bien si es a la inversa. Las conclusiones a las que lleguemos deben ser aplicables a cualquier testamento en el que los herederos instituidos tengan concedido expresa o tácitamente el derecho de acrecer.

El segundo lugar, debemos proceder a un examen global del testamento de la Sra. María P. P. para decidir si, en este testamento concreto, existen elementos suficientes para interpretar que la testadora quiso excluir la aplicación del art. 144.2 CS, el cual, por expresa indicación legal, sólo opera "*Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...*" Las conclusiones de este examen sólo se referirán al testamento concreto objeto de estudio.

3.1. La voluntad testamentaria presunta en el art. 144.2 CS

El artículo 144 CS tiene el siguiente tenor:

"Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador si aquest crida els seus hereus i legataris o llurs substituts sense designació de noms i mitjançant l'expressió "fills" s'entenen inclosos en aquesta denominació tots els fills matrimonials, no matrimonials i adoptats, homes i dones, i els nets i els descendents els pares respectius dels quals hagin mort abans de la delació, excluent el grau més pròxim al més remot i entrant per estirps els del grau següent en lloc dels del grau anterior. S'aplica la mateixa regla en el cas que els fills siguin designats nominativament per parts iguals".

Este artículo contiene dos reglas completamente diversas. En la primera oración ("*Llevat...anterior*") nos encontramos ante una norma interpretativa del término genérico "*fills*" ("*hijos*"). Esta regla no hace otra cosa que dar primacía, en la interpretación del testamento, a uno de los diversos sentidos que puede tener esta palabra, concretamente el sentido más extensivo, que incluye a los descendientes de cualquier sexo, condición y grado. A los descendientes de tercer y ulterior grado se les tiene por llamados tácitamente a suceder por estirpes, en lugar de sus ascendientes premuertos.

Esta regla interpretativa no nos concierne ahora, ya que en el testamento de la Sra. María P. P. no se hizo una referencia genérica a los hijos, sino que se les instituyó llamándolos por sus nombres. Nos interesa por lo tanto, la frase final del precepto, según la cual

"S'aplica la mateixa regla en el cas que els fills siguin designats nominativament per parts iguals."

Esta norma ha sido introducida por primera vez en el Derecho catalán por el CS, ya que el antiguo art. 114 de la Compilación contenía tan sólo la regla interpretativa para el caso de que el testador hubiese empleado el término genérico "*fills*" para instituir herederos o designar legatarios.

Aunque la norma remita a la primera oración del art. 144 CS, en realidad está introduciendo una regla de naturaleza y alcance completamente distinto al de aquella primera oración. No estamos aquí ante una regla interpretativa, que elige entre uno de los diversos sentidos que pueden tener las palabras utilizadas por el testador, sino que nos encontramos ante un precepto que complementa lo dicho por el testador con una voluntad que le presume. No pretende esta regla, por lo tanto, revelar una voluntad tácita, que el testador dejó implícita en los términos genéricos que utilizó (como era el caso en la interpretación de "fills"), sino que, sin que exista en el testamento ningún elemento que permita intuir, aunque sea de forma incompleta, la voluntad del testador, la Ley completa una disposición testamentaria porque presume que el testador omitió decir algo que en realidad quería.

En otras palabras: las normas interpretativas de la voluntad testamentaria pretenden guiar al exégeta primando uno de los diversos sentidos que puede tener la expresión utilizada por el testador. Aparte del caso ya visto en la primera oración del art. 144 CS, son también normas interpretativas el art. 145 CS (para las expresiones "*hereus meus*", "*hereus legítims*", "*hereus intestats*", "*parents més pròxims*", "*parents*", "*successors*", "*aquells a qui per dret correspongi*", "*els meus*"), el art. 142 CS (para la institución de una persona "*i els seus fills*"), el art. 166 CS (para la eficacia de las prohibiciones de disponer sometidas a autorización de un tercero), etc. En todos estos casos, la Ley elige aquel sentido de la expresión utilizada que más probablemente se ajusta a lo que quiere el testador prototípico. Nos hallamos, por lo tanto, ante una voluntad testamentaria tácita.

Por el contrario, la función de las normas presuntivas de la voluntad testamentaria es complementar *ex lege* unas disposiciones testamentarias que el legislador considera típicamente incompletas; el complemento se considera oportuno porque son casos en los que, en opinión del legislador, el testador suele expresarse incorrectamente, generalmente porque nombra una especie cuando en realidad quiere indicar un género. Es una norma de este tipo el art. 167.2 CS, según el cual, la sustitución vulgar ordenada para el caso de premociencia o para el caso de que el sustituido no pueda o no quiera suceder se entiende ordenada también para los demás casos en los que el sustituido quede apartado de la sucesión. Por lo tanto, si el testador dijo "Si A premuere, sea B mi heredero" debe considerarse que quiso decir "Si A premuere <o por cualquier otra causa no puede o no quiere suceder>, sea B mi heredero." Es obvio que en este caso, la Ley no se limita a interpretar, sino que complementa, ya que es insostenible que la expresión <o por cualquier otra causa no puede o no quiere suceder> esté implícita en los términos elegidos por el testador.

Lo mismo ocurre con la última frase del art. 144 CS: la Ley nos dice que si el testador dijo "Instituyo herederos a mis cuatro hijos, A, B, C y D." debemos leer en el testamento "Instituyo herederos a mis cuatro hijos, A, B, C y D <y a sus respectivos descendientes por estirpes, según la normas de derecho de representación.>". En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la primera oración del art. 144 CS, no puede sostenerse que la ley revele algo que estaba implícito en las palabras del testador: puede interpretarse que bajo el término genérico "fills" se engloban todos los descendientes, instituidos por estirpes, pero no es admisible interpretar que cuando el

testador instituyó a cuatro herederos llamándoles por sus nombres específicos, obviando toda ambigüedad, en realidad quiso instituir a esos cuatro y a sus respectivos descendientes por estirpes. Lo que puede hacer la Ley – y es lo que de hecho hace – es asumir que, a veces, quien instituye a sus hijos nominativamente no menciona a los ulteriores descendientes por mero descuido, de modo que puede ser útil en ocasiones complementar por ministerio de la ley lo dicho por el testador. La Ley actúa como complementadora, no como intérprete.

Este tipo de normas tienen su origen en la ciencia jurídica medieval, que tiende a convertir en reglas interpretativas generales lo que habían sido decisiones sobre casos concretos en el Derecho romano. El gusto de la jurisprudencia medieval por la creación de normas presuntivas de la voluntad testamentaria llega a crear un corpus de reglas, muchas de las cuales devienen clásicas en la edad moderna [pueden verse, por ejemplo, Antonio GÓMEZ (1768), part.1, cap.3 n.10, Jacobo CUYACIO (1758), lib. 8, ad D.35,1,101, Paulus BUSIUS (1656), ad D.28,6,1 n.3, E. ZOES (1718), ad D.28,6 n.7, Dominik VAN ARUM (1620), disp.17, thes. 17 y Christian THOMASIUS (1766), tomo 3, comentario a D.28,6, n.1], todos ellos en relación con la regla relativa a la sustitución vulgar con *condicio substitutionis incompleta*] y también en la pandectística alemana del s.XIX [por todos, B. WINDSCHEID / Th. KIPP (1906) § 557 [p.277] y § 562 [p.291]]. Algunas de estas reglas han sobrevivido al proceso codificador y se han incorporado a las vigentes normativas civiles, como, por ejemplo, el § 2097 BGB.

La naturaleza jurídica de la regla contenida en el art. 144.2 CS no es el único problema que plantea esta norma. Existe una polémica entre los civilistas acerca de si el derecho a suceder que introduce la segunda oración del art. 144 CS debe configurarse como una sustitución vulgar presunta o como un derecho de representación operativo en el ámbito de la sucesión testamentaria.

La primera postura ha sido sostenida por algún autor (A. CALATAYUD SIERRA, 1994, pp. 658 y 670) pero ha tenido poca aceptación en la doctrina. La opinión que puede tenerse por dominante (véanse por todos J. RUBIES MALLOL, 1994, p.549 y E. BOSCH CAPDEVILA, 2002, p.275)² es la segunda: el art. 144 CS introduce un derecho de representación operativo *ex lege* en la sucesión testamentaria.

RUBIES MALLOL y BOSCH CAPDEVILA fundamentan esta postura mayoritaria en sólidos y convincentes argumentos:

- a) El preámbulo del CS dice que el art. 144 CS “*introduceix el dret de representació en la successió testada en el supòsit d'institució genèrica de fills o de la institució nominada i sense parts de tots els fills.*”

² Esta obra, que es la reelaboración de la tesis doctoral de este brillante civilista, constituye el único estudio exhaustivo del tema existente en Derecho catalán; a pesar de que no suscribo algunos de los puntos de vista que el autor defiende en su trabajo, no hay duda de que el libro constituye el punto de referencia obligado en cualquier estudio referente al acrecimiento en el CS.

- b) El art. 144 CS sólo opera en caso de premoriencia, al igual que el derecho de representación, mientras que la sustitución vulgar opera si el instituido no quiere o no puede suceder, a no ser que el testador haya restringido su eficacia a un supuesto determinado (art. 167 CS).
- c) El art. 144 CS opera tanto si el premuerto ha fallecido antes del otorgamiento del testamento como si lo ha hecho después, ya que se dice sólo "*hagin mort abans de la delació*"; si fuese una sustitución vulgar, podría operar tan sólo si el sustituido hubiese muerto después del otorgamiento del testamento, ya que es un presupuesto de la sustitución vulgar que exista un llamamiento testamentario que quede frustrado.

Yo también opino que el derecho del art. 144 CS debe concebirse como un derecho de representación que opera en la sucesión testamentaria. De todos modos, conviene analizar también las consecuencias que conllevaría para nuestro caso aceptar la tesis contraria.

Tanto si se configura el derecho a suceder establecido en la segunda oración del art. 144 CS como un derecho de representación como si se ve en él una sustitución vulgar, queda fuera de la controversia el hecho de que la delación que reciben los nietos y ulteriores descendientes proviene de la Ley y no del testamento. En palabras de BOSCH CAPDEVILA (2002, p.276)³: "*Tot i que hi ha hagut una declaració de voluntat instituint els fills, la crida a l'estirp no la fa el testador, que es limita a cridar els fills, sinó la Llei.*"

Este hecho resulta fundamental para encuadrar el derecho a suceder de los nietos y ulteriores descendientes que concede la segunda oración del art. 144 CS en el marco de la sucesión testamentaria: la vocación legal ex art. 144 CS queda excluida en todo caso si existe una vocación testamentaria válida y eficaz, no sólo porque así lo establezca el propio art. 144 CS en sus palabras iniciales ("*Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...*") sino también porque la primacía de la sucesión voluntaria frente a la legal es uno de los principios fundamentales del Derecho sucesorio catalán, en cuyo Preámbulo (apartado II) se nos dice:

"No es modifiquen, per tant, els grans principis propis del Dret Romà, tan arrelats en el Dret successori català. [...] El principi de prevalença del títol voluntari, reflex del de llibertat de disposar, és establert als articles 367 i 322, que graduen, a més, aquesta prevalença tot respectant el principi de prelació de la successió paccionada sobre la testamentària."

Aunque este texto está escrito pensando en las relaciones entre la sucesión voluntaria

³ La frase de BOSCH CAPDEVILA parece referirse a cualquiera de los dos casos del art. 144 CS, pero, a juicio de quien suscribe, es excesivo hablar de que el llamamiento es legal en el caso del testador que instituye genéricamente a sus "fills", ya que este término catalán puede tener en ocasiones el sentido genérico de "descendiente". Puede verse, sin ir más lejos el *Diccionari de la Llengua Catalana de l'Institut d'Estudis Catalans*, Barcelona/Palma/Valencia, 1995, voz "fill", donde se nos refiere la expresión "fills d'Adam" para referirse a toda la humanidad.

(testamentaria o contractual) y la sucesión intestada, el principio de primacía de la voluntad del testador por encima de las provisiones legales (a salvo de las legítimas) es un principio informador de todo el CS, que también debe tomarse en consideración a la hora de resolver las dificultades que plantea la integración de la vocación legal ex art. 144 oración 2^a CS en el marco de las vocaciones voluntarias contenidas en un acto de disposición *mortis causa*.

3.2. La expresión “amb dret d'acréixer” en el testamento

Los cuatro hermanos instituidos en el testamento de la Sra. María P. P. como herederos deben reputarse instituidos conjuntamente, ya que su institución cumple todos los criterios del art. 39 CS: están instituidos en una misma cláusula y sin asignación numérica de partes. Por lo tanto, en los supuestos previstos legalmente (art. 38 CS), puede operar entre ellos el acrecimiento.

En nuestro caso, sin embargo, el derecho de acrecer entre los cuatro instituidos no opera sólo a consecuencia de la *coniunctio*, sino que la propia testadora, al instituir herederos a sus cuatro hijos, ordenó que debían tenerse por instituidos “*amb dret d'acréixer*”. Tradicionalmente, el derecho de acrecer ha sido concebido como una consecuencia de la llamada conjunta de varias personas a un único objeto, en nuestro caso, a una única cuota hereditaria o a una única herencia. Al ser la llamada solidaria, si uno de los llamados no quiere o no puede suceder, se produce automáticamente un incremento de la cuota que corresponde en el derecho a los llamados conjuntamente al mismo objeto. En este sentido se ha pronunciado la gran mayoría de los juristas medievales y modernos [véanse J. CÁNCER [1608], cap. 21 § 54 y A. BELLONI [1672], la pandectística decimonónica (por ejemplo B. WINDSCHEID / Th. KIPP (1906) § 603 [p.465]) y la doctrina más reciente (Ll. PUIG FERRIOL / E. ROCA TRÍAS (2006, p.100)].

El acrecimiento, por lo tanto, se ha venido concibiendo siempre como un efecto de la vocación conjunta (*coniunctio*), esto es, de la llamada solidaria de varios a un mismo objeto y no como una vía para designar de forma expresa a quien deba ocupar el lugar de quien ha quedado apartado de la sucesión (R. ZIMMERMANN, 1984, p.234 ss.).

Esto no obstante, la doctrina catalana, sobre la base del art. 38 CS, admite de forma unánime que el acrecimiento puede operar tanto en aquellos casos en los que el testador lo haya ordenado tácitamente (instituyendo a varias personas conjuntamente), como si el testador lo ha concedido de forma expresa, indicando que entre dos o más sucesores debe operar el acrecimiento. Este sería el caso de las palabras “*amb dret d'acréixer*” que leemos en el testamento de la Sra. María P. P., que no tendrían otro sentido que la concesión expresa del derecho de acrecer entre sí a los cuatro herederos instituidos.

3.3. La prelación entre la voluntad testamentaria presunta del art. 144.2 CS y el acrecimiento ordenado por el testador de forma expresa o tácita

El punto clave para resolver la cuestión que nos ocupa consiste en fijar un orden de prelación en la operatividad de las dos vocaciones que acabamos de examinar: por un lado, la de los descendientes del instituido premuerto, que se funda en el art. 114.2 CS, y, por otro, la de los

beneficiarios del acrecimiento, que, en nuestro caso, son los hermanos del instituido que falleció antes que la testadora.

La solución no es sencilla, ya que no existe en el CS ninguna norma que imponga de forma clara la prelación de uno o de otro derecho a suceder, y menos aún teniendo en cuenta que, en el caso concreto que nos ocupa, existe un elemento añadido que debe tomarse en consideración: el acrecimiento no opera por efecto de una mera vocación conjunta de los instituidos, sino que la testadora lo ordenó expresamente. Por ello, deberemos fijar con exactitud la función que desempeña cada uno de los institutos en conflicto, para luego intentar buscar en los principios generales que informan nuestro Derecho la solución más adecuada.

a. Sentido y alcance de la expresión “Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...” del art. 144 CS

El art. 144 CS se inicia con una frase que distingue de forma clara este precepto de otras normas de Derechos españoles, que también regulan un derecho de representación operativo en el marco de la sucesión testamentaria. Esta distinción es fundamental para entender qué límites quiso dar el legislador catalán al derecho del art. 144.2 CS.

El art. 21 de la Ley aragonesa de Sucesiones ([Ley 1/1999 de 24 de febrero](#) - BOA nº 26, de 4.3.1999)⁴ establece un régimen de “sustitución legal” que opera a no ser que “[s]alvo previsión en contrario del disponente...”, esto es, salvo que el disponente haya ordenado expresamente una sustitución vulgar (SAP Teruel, de 7 de junio de 2000 (JUR 2000\242042). La ley 309 de la Compilación navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo, BOE nº 57 de 7.3.1973)⁵ también establece un derecho de representación que debe operar en la sucesión testamentaria “[a] falta de disposición del causante...”, una expresión que debe interpretarse también como la ordenación de una sustitución vulgar expresa.

⁴ El tenor de este art. 21 es: “Sucesiones voluntarias. 1. En las sucesiones voluntarias la sustitución legal tiene lugar cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder.

2. La sustitución legal se produce en favor de los descendientes, sin limitación de grado, del sustituido que a su vez sea descendiente o hermano del causante.

3. Los sustitutos que reciban la porción del llamado a la herencia declarado ausente deberán cumplir las obligaciones que impone la normativa sobre la ausencia.”

Esta norma recoge, en esencia, el tenor del derogado art. 141 de la Compilación aragonesa.

⁵ El tenor de la Ley 390 es: “Cuando procede. El derecho de representación se dará siempre que lo hubiere establecido el causante, quien podrá también excluirlo en cualquier caso.

A falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante”

En cambio, el art. 144.2 CS opera tan sólo “*Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...*”, una expresión mucho más amplia que permite modular la aplicabilidad del referido artículo según las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

La expresión escogida por el legislador catalán encuentra su antecedente en las reglas interpretativas de los juristas medievales (cfr. por todos F. MANTICA, 1587, lib.1, tit.2, §§ 1 ss.), que solían llamar *coniecturae legis* a estas normas presuntivas de la voluntad del testador, cuya operatividad quedaba siempre limitada a aquellos casos en los que no pudiese deducirse del testamento, aunque fuese por vía de conjetura, que el testador concreto en cuestión no había tenido la voluntad que le presumía la ley. Estas conjeturas particulares que dejaban inoperantes las conjeturas legales solían recibir el nombre de *coniecturae hominis*.

Así pues, para que el art. 144.2 CS quede inoperante no es imprescindible que el testador lo haya establecido así expresamente, sino que basta que del tenor del testamento se desprenda que el testador no quiso que los descendientes del hijo premuerto sucediesen en su lugar. Por ello el art. 144.2 CS queda inoperativo de forma automática en casos en los que el testador ha designado expresamente a quién quiere que corresponda la sucesión en caso de vacancia de una cuota.

Pero es más: aunque el testador no hubiese concedido expresamente a los instituidos el derecho de acrecer, por el mero hecho de haber sido instituidos conjuntamente, quedaban ya tácitamente excluidos los descendientes del hijo premuerto, puesto que resulta aparente “...que és una altra la voluntat del testador”. Sólo en caso de que no aparezca manifestada (expresa o tácitamente) la voluntad del testador podrá operar la delación de la herencia prevista en el art. 144.2 CS.

El asunto de la preferencia entre el art. 144.2 CS y el acrecimiento entre quienes han sido instituidos conjuntamente (sin que el testador les haya atribuido expresamente el derecho de acrecer) no afecta directamente al testamento de la Sra. María P. P., en el que hay una atribución expresa, pero debe ser examinado con detalle porque constituye un sólido argumento *a fortiori*.

b. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente

Hasta que se planteó el caso que nos ocupa, los Tribunales no se habían pronunciado acerca del problema de si la vocación *ex lege* que nace del art. 144.2 CS debe operar con preferencia al acrecimiento o viceversa. Esto no obstante, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 25 de enero de 2001 (RJ 2001\8171), dictada en un caso en el que resultaba aplicable la Compilación, establece una doctrina que, a mi juicio, sigue siendo atendible en el marco normativo del CS: el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente debe operar por delante de una voluntad testamentaria que meramente puede presumirse sobre la base de elementos externos al testamento (en aquél caso, una nota manuscrita por la testadora), pero que no tiene referente alguno en el texto testamentario.

La primacía de la voluntad manifiesta del testador frente a la voluntad presumida por la ley tiene una larguísima tradición en la jurisprudencia europea, por influencia, sobre todo, de la

romanística (p.ej. A. BELLONI [1672] cap.10, quaest.21, p.231). En Cataluña, este principio fue defendido por J. CÁNCER (1608) en el siglo XVI (parte 3^a, cap.12, § 145) y por el humanista J. FINESTRES (1752) en el XVIII (p.216), con lo cual se convirtió en uno de los pilares del Derecho sucesorio catalán, que se enunciaba generalmente con el brocardo: "*dispositio hominis facit cessare provisionem Legis*" ("la disposición del hombre deja ineficaz la provisión de la Ley"). Ya en el siglo XX, J. M. BORRELL Y SOLER 1944, § 450 (p. 96) reconoció la importancia de este principio como parte integrante del Derecho catalán y lo mismo puede decirse de la doctrina posterior a la aprobación de la Compilación y del CS (puede consultarse por todos LL. PUIG FERRIOL / E. ROCA TRÍAS 2006, p. 215 ss.).

En el caso concreto que nos ocupa, esta doctrina implica que el acrecimiento debe ser preferente a la vocación *ex lege* del art. 144.2 CS, la cual opera, a su vez, con preferencia frente al llamado incremento sucesorio (art. 41 CS), que es un mero efecto legal que no se funda en una voluntad, expresa o tácita, del disponente.

El acrecimiento opera por delante de la vocación *ex art.* 144.2 CS en todo caso, pero esta prelación es aún más clara en aquellos casos en los que, como el que nos ocupa, el *ius ad crescendi* ha sido concedido expresamente por el testador. Si, en el caso de herederos instituidos conjuntamente, el acrecimiento cuenta con el respaldo legitimador de la voluntad tácita del causante, en aquellos casos en los que el derecho de acrecer se haya concedido expresamente, el titular del derecho de acrecer cuenta con una llamada explícita del disponente.

Por todo esto, no podemos compartir la tesis de BOSCH CAPDEVILA (2002 p. 275 ss), según la cual los representantes llamados en aplicación del art. 144 CS deberían tener un derecho preferente al de los titulares de un derecho a acrecer, por aplicación analógica del art. 327.2 CS.

La aplicación analógica del art. 327.2 CS no es posible a mi entender porque la dicotomía derecho de representación (*ex art. 328 CS*) - acrecimiento (*ex art. 327.1 CS*), que encontramos en la sucesión intestada, tiene una *ratio subyacente* completamente distinta de la que está detrás del binomio derecho de representación testamentario (*ex art. 144 CS*) - acrecimiento entre sucesores vocados conjuntamente (*ex art. 38 ss. CS*).

El orden de la sucesión intestada consiste, en el fondo, en una presunción de la voluntad del testador.⁶ Tanto los llamados por vía de acrecimiento como por derecho de representación son vocados porque la ley presume que el testador-tipo los habría querido como sucesores y, al establecer una jerarquía entre ellos, la ley no hace otra cosa que colocar por delante a aquéllos a los que presume que un testador-tipo habría colocado delante, y colocar detrás a aquéllos a los

⁶ Algunos autores recientes (LL. PUIG FERRIOL / E. ROCA TRÍAS, 2006, p. 501) han defendido que la vocación legal no se basa en la presunción de la voluntad del causante sino que tiene su fundamento en el interés que tiene la ley en que todo el mundo tenga un sucesor. Esta afirmación es inexacta desde el punto de vista histórico-jurídico y debe entenderse pronunciada, más que nada, con el fin de que no pueda intentarse alterar el orden sucesorio *ab intestato* por la vía de demostrar la prioridad en los afectos del causante.

que el testador presumiblemente habría querido detrás. Por ello el art. 327.2 CS da preferencia a los llamados por derecho de representación frente a los llamados por vía de acrecimiento: la Ley presume que el testador quiso que le sucedieran sus nietos, antes que ampliar la cuota que corresponde a sus hijos.

En la sucesión testamentaria, en cambio, rige el principio de respeto a la voluntad expresada por el testador, que prima por encima de la que la ley pueda presumir; por consiguiente, lo expreso por el testador deberá primar sobre lo tácito y, con más razón aún, sobre lo presunto.

Así pues, nada obsta a que el derecho de representación testamentario del art. 144 CS deba operar con preferencia al incremento sucesorio necesario (art. 41 CS) ya que, ambos institutos responden a una presunción *ex lege* de la voluntad del testador y, por lo tanto, entre ellos existe una relación análoga a la que hay entre el derecho de representación y el acrecimiento en la sucesión intestada. Pero no es aceptable que la presunción legal del art. 144 CS deba primar por encima de la voluntad tácita del testador que subyace en el derecho de acrecer entre sucesores instituidos conjuntamente, y, mucho menos aún, que pase por delante de la voluntad expresa del testador, que existe cuando éste ordena explícitamente la operatividad del derecho de acrecer entre dos o más de los sucesores.

Esta tesis encuentra además un fuerte apoyo legal en el tenor del art. 38.3 CS: cuando se hace referencia a quienes tienen un derecho a suceder preferente al acrecimiento se indica el transmisario, el sustituto vulgar y el sustituto fideicomisario, pero no se hace referencia alguna al derecho de representación introducido *ex lege* por el art. 144 CS.

Por último, hay que subrayar que, incluso si se considerase que los llamados *ex art. 144 CS* no lo son en tanto que titulares de un derecho de representación, sino como sustitutos vulgares, tampoco sucederían con preferencia al acrecimiento, aunque en este caso hay que admitir que el tenor literal del art. 38.3 CS representa un escollo importante. Yo pienso, de todos modos, que cuando el art. 38.3 CS menciona que la sustitución vulgar debe operar por delante del acrecimiento está pensando en la contraposición de una llamada expresa (sustitución vulgar), a la que da preferencia frente a una tácita (acrecimiento *inter coniunctos*) – sobre este punto, véase O. HILLIGER (1841, p. 495, n.5) – ; pero si contraponemos una voluntad presunta (llamada *ex art. 144 oración 2^a CS*) a una tácita (acrecimiento *inter coniunctos*), debe prevalecer en todo caso la tácita, ya que, sin contar con la expresa referencia del testador, por lo menos puede inducirse de las palabras elegidas por él a la hora de testar.

En contra de esta tesis, BOSCH CAPDEVILA (2002, 254 ss.) sostiene que, si se considera que la sucesión *ex art. 144 CS* tienen lugar por sustitución vulgar tácita, el art. 38.3 CS implicaría que los sustitutos sucederían con preferencia a los titulares de un derecho de acrecer. Esta postura es difícil de conciliar con las tesis defendidas por el propio autor unas páginas antes, cuando, hablando de las sustituciones vulgares tácitas, manifiesta “*cal analitzar un per un els supòsits que poden donar origen a aquestes substitucions tàcites, però podem adelantar que la naturalesa d'aquests supòsits fa més adient una interpretació restrictiva de l'art. 38,3 CS*”. No es fácil entender por qué el art. 38.3 CS debe interpretarse restrictivamente en relación con las sustituciones vulgares tácitas

y, en cambio, en el caso del art. 144 CS, que contiene una sustitución vulgar presunta, esa misma norma debe interpretarse extensivamente.

A mi modo de ver, hoy en día mantienen todo su vigor las palabras que A. BELLONI (1672, cap.10, *quaest. 21*, n. 43) escribió a principios del siglo XVII en relación con el problema que nos ocupa (traducimos del latín⁷):

"Sin duda, a veces no se aplica lo que acabamos de decir y la sustitución no excluye el derecho de acrecer: en primer lugar, si consta por conjeturas que esa era la voluntad del testador, no se deferirá al sustituto la parte vacante, sino al instituido conjuntamente [...] puesto que, según la voluntad del testador, el instituido conjuntamente tiene preferencia frente al sustituto [...] tanto si esa voluntad es expresa como si es tácita."

Referido al vigente art. 38.3 CS la tesis de BELLONI implica que esta norma sólo puede aplicarse estrictamente a los casos de sustitución vulgar ordenada expresamente, porque éste es el caso en el que se estaba pensando al redactar el precepto.⁸ En los casos de sustitución vulgar tácita o presunta, salvo puntuales excepciones,⁹ debe resultar preferente, el derecho de acrecer, tanto si ha sido ordenado expresamente por el testador, como si se desprende tácitamente a partir de una llamada conjunta.

c. El art. 144.2 CS y el acrecimiento entre herederos a los que el testador ha atribuido expresamente el *ius ad crescendi*

La preferencia del derecho de acrecer de los llamados conjuntamente a la herencia frente a aquellas personas que sólo pueden fundar su derecho a suceder en una llamada presunta es todavía más clara si el acrecimiento no se deduce tácitamente de la llamada conjunta, sino que ha sido expresamente atribuido por el testador.

No es que la atribución expresa del derecho de acrecer confiera a sus beneficiarios un derecho distinto del que tienen los instituidos conjuntamente, sino que lo que ocurre es que la concesión expresa del acrecimiento reviste a sus beneficiarios con la legitimidad que conlleva el haber sido llamado expresa y claramente por el testador y les sitúa por delante de cualquier persona que

⁷ "Plane interdum supradicta cessant et substitutio non excludit ius accrescendi. Primum enim si ex coniecturis constet talem esse voluntatem testatoris non admittetur ad partem vacantem substitutus sed coniunctus [...] Nam ex voluntate defuncti coniunctus substituto praeferut [...] sive voluntas sit expressa vel tacita ..."

⁸ Este parece ser el alcance que dan al precepto LL. PUIG FERRIOL, y E. ROCA TRÍAS (2006, p. 103) cuando afirman: "El testador pot preveure la manca de l'hereu; per això l'art. 38.3 CS estableix que quan en lloc de l'hereu que falta arribi a ser-ho algun del seus hereus per dret de transmissió successòria o ho esdevenen els cridats per via de substitució vulgar o per fideicomís, no té lloc el dret d'acréixer perquè, com ja s'ha dit abans, el dret d'acréixer és sempre voluntari per al causant."

⁹ Las excepciones que acepta BOSCH CAPDEVILA (2002, p. 255 ss.) son las de quien es llamado como sustituto vulgar en virtud de una sustitución tácita insita en una fideicomisaria expresa.

pueda alegar un derecho sucesorio que se funde tan sólo sobre una voluntad tácita o presunta del disponente.

Así pues, si el testador ha concedido expresamente el derecho de acrecer, este derecho operará con preferencia a una sustitución vulgar tácita, al derecho de representación del art. 144.2 CS e incluso frente a un acrecimiento entre herederos que simplemente hayan sido instituidos conjuntamente: por ejemplo, si un testador instituye a tres personas con los términos "A y B sean herederos de una mitad; C sea heredero de otra mitad, con derecho a acrecer la parte de B" es evidente que, si B deja vacante su cuota, primero se deferirá a C en virtud del derecho de acrecer ordenado expresamente y, sólo si éste no quiere o no puede suceder, operará el derecho de acrecer entre herederos instituidos conjuntamente (fundado en una voluntad tácita del testador) y se deferirá la herencia a A.

En conclusión, pues, si el testador ha concedido expresamente el derecho de acrecer, sólo tendrán preferencia en la sucesión aquellas personas que funden su derecho en una llamada expresa del causante (por ejemplo, por medio de una sustitución vulgar expresa), pero nunca aquellos que sólo puedan alegar a su favor una voluntad tácita o presunta del disponente.

La conclusión a la que nos han conducido las argumentaciones de carácter dogmático se ven corroboradas, para el testamento concreto de la Sra. María P.P., con el resultado de una adecuada exégesis del testamento, fundada en los elementos intrínsecos de prueba de la voluntad testamentaria. La cláusula más relevante del testamento, a los efectos de interpretar la institución de heredero, es el derecho de adquisición preferente ordenado por la testadora en la cláusula segunda a favor de los coherederos, para el caso de que alguno de ellos vendiese su parte sobre la finca rústica que constituía el único bien del haber hereditario. Parece claro que la testadora tenía interés en evitar que, una vez adquirida la finca por los herederos, algunos de ellos optasen por vender su parte a quien más les ofreciese por ella, cosa que provocaría una rápida disgregación de la explotación agrícola, en perjuicio de su rentabilidad.

Es obvio que la testadora no quiso poner la unidad de la finca por delante de cualquier otra consideración, ya que, en ese caso, habría optado por instituir un único heredero, siguiendo una costumbre muy arraigada en las zonas rurales de Cataluña. La testadora no quiso dejar fuera de su herencia a ninguno de sus cuatro hijos, quizás para no agraviarlos o para no dejarlos desprotegidos en su vejez. Pero mediante la ordenación de un derecho de acrecer y de un derecho de adquisición preferente la causante quiso poner los medios para que la propiedad de la finca tendiera a concentrarse en pocas manos, de forma que no acabase disgregada.

El medio elegido parece bastante idóneo: a juicio de muchos expertos, el origen del derecho de acrecer en la oscura época arcaica de la historia romana tuvo su origen, precisamente, en la necesidad de mantener las explotaciones agropecuarias unidas para que resultasen viables (M. KASER, 1971 p.667). Ciertamente, nuestro derecho ponía a disposición de la testadora otros medios más radicales para lograr su fin, entre ellos, por ejemplo, la ordenación de una sustitución fideicomisaria recíproca entre los coherederos. El problema de este expediente, sin embargo, es

su alto coste fiscal en el Impuesto de Sucesiones, porque implica que, en un plazo breve de tiempo, se producirán varias sucesiones entre parientes colaterales, cada una de ellas gravada por el impuesto.

En definitiva, da la impresión de que la testadora adoptó una actitud posibilista y que eligió la solución que le permitía compaginar su deseo de no dejar fuera de la herencia a ninguno los hijos que la sobreviviera (todos ellos de edad avanzada) y su voluntad de comprometer lo mínimo posible la unidad de su *casa pairal*.

4. Conclusiones

A modo de conclusión puede decirse, pues, que el derecho de acrecer conferido expresamente por la testadora (“*amb dret d'acréixer*”) a los coherederos del instituido premuerto debe operar con preferencia a la vocación *ex lege* de los nietos del testador ex art. 144.2 CS por las siguientes razones:

- 1) El derecho de acrecer entre herederos instituidos conjuntamente opera, en todo caso, de modo preferente a la vocación presunta del art. 144.2 CS; la razón es que el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente se fundamenta en una llamada tácita del testador (*coniunctio*), mientras que la sucesión ex art. 144.2 CS tiene su base tan sólo en una voluntad presunta, establecida *ex lege*, que debe operar únicamente “*Llevat que aparegui que és una altra la voluntat del testador...*”. La mera llamada conjunta a suceder debe considerarse, por lo tanto, una apariencia suficiente de la voluntad del testador como para dar preferencia a los así llamados frente a la vocación legal ex art. 144.2 CS.
- 2) En los casos en los que el derecho de acrecer haya sido concedido expresamente por el testador, todavía con más razón será preferente el acrecimiento frente a la sucesión ex art. 144.2 CS, ya que los coherederos que deben acrecer cuentan con la legitimidad de haber sido llamados expresamente por el causante, mientras que la llamada ex art. 144.2 CS se fundamenta tan sólo una hipotética voluntad del testador que la ley presume.

Además, la vocación ex art. 144.2 CS es legal (*ex lege*), no voluntaria (*ex testamento*). Es la ley y no el testamento quien llama a suceder a los nietos del testador, que no aparecen en el testamento ni siquiera de modo tácito. Por lo tanto, el principio de primacía del llamamiento voluntario frente al legal que rige en el CS (Preámbulo, ap. II) conlleva que el derecho de las personas vocadas expresamente por el testador deba prevalecer frente a aquellas vocadas por la ley.

Esta conclusión vale tanto si se califica la sucesión ex art. 144.2 CS como derecho de representación como si se ve como una sustitución vulgar. Si, conforme a la opinión mayoritaria, consideramos que el referido artículo prevé un derecho de representación operativo en la sucesión testamentaria, este derecho de representación no podrá operar

igual que en la sucesión intestada, ya que en este último ámbito todas las vocaciones son legales y se fundan en la voluntad presunta del testador, mientras que en la sucesión testamentaria hay una voluntad manifiesta (expresa o tácita) que debe ser siempre preferente frente a la sucesión legal, basada en meras presunciones de los deseos del causante. Por ello el art. 367 CS no es aplicable por analogía a nuestro caso, ya que no concurre el requisito de idéntica ratio, imprescindible para extender la aplicación de las normas por analogía.

3) Por otro lado, aunque calificásemos de sustitución vulgar presunta la sucesión ex art. 144.2 CS, tampoco tendrían estos “sustitutos vulgares” un derecho a suceder preferente al acrecimiento de los coherederos instituidos “amb dret d’acréixer” conjuntamente con el hijo premuerto: el art. 38.3 no resultaría aplicable a este caso, ya que la razón por la que esta norma da preferencia al sustituto vulgar frente al acrecimiento es que la sustitución recoge la voluntad expresa del testador, mientras que el acrecimiento entre herederos instituidos conjuntamente sólo se funda en una voluntad tácita. En el caso que nos ocupa, por el contrario, quien cuenta con la legitimidad de haber sido vocado expresamente no son los “sustitutos vulgares” (que ni siquiera aparecen en el testamento) sino los llamados a acrecer, a los que les fue concedido este derecho por disposición expresa de la testadora. Por ello, el derecho a suceder de estos últimos debe reputarse preferente.

5. Apéndice: las novedades en la regulación del problema en el libro cuarto del Codi civil de Catalunya

El día 18 de junio de 2008, mientras se ultimaba la revisión del presente artículo, el Parlament de Catalunya ha aprobado el libro cuarto del Codi civil de Catalunya relativo a las sucesiones. En el punto que nos ocupa, el nuevo texto sigue en la línea de la regulación anterior, aunque introduce algunas novedades de especial importancia que no pueden dejar de comentarse aunque sea en la forma de un breve apéndice.

El art. 423-8 del CCC incluye una regla similar a la del art. 144.2 del CS, según la cual, si el testador que instituye a sus hijos por partes iguales y de forma nominativa, se confiere a los descendientes del instituido un derecho de representación. Sin embargo, en el CCC este derecho no se limita expresamente al caso de premoriencia del hijo instituido, de modo que, previsiblemente se planteará la duda acerca de si resulta aplicable, por analogía con el art. 441-7 CCC, también en caso de declaración de ausencia o de indignidad. La respuesta posiblemente deba ser afirmativa.

En lo que se refiere concretamente al problema que estamos analizando en el presente trabajo, el art. 462-1 CCC (a diferencia de lo que ocurría en el art. 38.3 CS) establece expresamente que el derecho de representación en la sucesión testada será preferente al acrecimiento. Esta toma de postura del legislador impide propugnar bajo el nuevo texto legal que el acrecimiento entre

instituidos conjuntamente debe ser preferente al derecho de representación. Por consiguiente, el enfoque opuesto que se ha defendido anteriormente queda excluido en aquellos testamentos a los que resulte aplicable el nuevo régimen jurídico (Disp. Trans. 2^a). Sin embargo, la doctrina de la citada STSJ Cataluña de 26.7.2007 sigue siendo aplicable si el testador ha ordenado expresamente el acrecimiento, puesto que, por propia disposición legal, el derecho de representación sólo opera en la sucesión testada "*Llevat que s'infereixi que la voluntat del testador és una altra...*" (art. 423-8 CCC). Por consiguiente, el caso de la sucesión de la Sra. María P. P. habría tenido idéntica solución si se hubiese planteado bajo la nueva regulación.

6. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Teruel de 7.06. 2000	JUR 2000\242042	José Antonio Ochoa Fernández	Francisco Julián P.F. y Manuel P.F. c. Joaquín P. R. y Carmen S.G.
STSJ Cataluña de 25.01.2001	RJ 2001\8171	Lluís Puig Ferriol	Adrià Ll. S. c. Antonio y Adrià T. Ll
SAP Barcelona (Civil Sec. 1 ^a), 10.10.2006	JUR 2007\145197	Josep Llobet Aguado	José María F.P., Núria F.P. y Luis Ignacio F.P. c. Maria Rosa F.P., Núria F.P., Juan F.P., Cristina R. F. y Manuel Alejandro V.-L. E.

7. Bibliografía

Dominik van ARUM (1620), *Disputationes ad praecipuas Pandectarum et Codicis leges, Consuetudines Feudales, quattuor Institutionum libros*, Jena.

Antonio BELLONI (1672), *De iure accrescendi tractatus*, Venecia.

Antonio María BORRELL Y SOLER (1944), *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo 5, Editorial Bosch, Barcelona.

Esteve BOSCH CAPDEVILA (2002), *L'acreixement en el Dret successori català*, Departament de Justícia, Barcelona.

Paul BUSIO (1656), *Commentarius in universas Pandectas Domini Iustiniani cum differentiis consuetudinum communium et Germaniae, Galliae, Belgicae singularium itemque iuris canonici*, Deventer.

Adolfo CALATAYUD SIERRA (1994), Comentario a los arts. 167 y 169 CS en Lluís JOU MIRABENT (Director) *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo I, Bosch, Barcelona.

Jaume CÁNCER (1608) (= Jacobus CANCERIUS), *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontificii et*

Municipalis Principatus Cathaloniae, 3^a parte, Barcelona.

Jacobo CUYACIO (1758) (= Jacobus CUIACIUS / Jacques CUYAS), *Commentaria in libros responsorum Aemilii Papiniani en Opera omnia*, tomo 4, Nápoles.

Josep FINESTRES I DE MONSALVO (1752), *Praelectiones cervarienses sive commentariorum academici ad titulos Pandectarum "De inofficio testamento" ac "De vulgari et pupillari substitutione"*, Cervera.

Antonio GÓMEZ (1768), *Variae resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, Madrid.

Otto HILLIGER (1841), notas a H. DONELLO, *Opera omnia commentariorum de iure civili*, tomo 2, Florencia.

Max KASER (1971), *Das Römische Privatrecht*, vol. 1, 2^a ed., Beck, Múnich.

Francesco MANTICA (1587), *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum*, Venecia.

Lluís PUIG FERRIOL / Encarna ROCA TRÍAS (2006), *Institucions del Dret civil de Catalunya. Tomo 3 (Dret de successions)*, 6^a edición, Tirant lo Blanc, Valencia.

Joan RUBIES MALLOL (1994), Comentario al art. 144 CS en Lluís JOU MIRABENT (Director) *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo I, Bosch, Barcelona.

Christian THOMASIUS (1766), notas a Ulrich HUBER, *Praelectionum iuris civilis tomi tres secundum Institutiones et Digesta Iustiniani*, Lovaina.

Bernhard WINDSCHEID / Theodor KIPP (1906), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, tomo 3º (9^a ed.), Frankfurt am Main.

Reinhardt ZIMMERMANN (1984), “Coniunctio verbis tantum”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (Rom. Abt.) 101.

Hendrik ZOES (1718), *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libros L*, Lovaina.