

LA TRAJECTÒRIA HISTÒRICA DEL PRINCIPI *NEMO PRO PARTE* EN EL DRET CIVIL CATALÀ*

Esteve Bosch Capdevila
Professor titular interí de dret civil
Universitat Rovira i Virgili

El preàmbul del Codi de successions (§II,2) proclama la vigència dels principis successoris propis del dret romà, entre aquests el que anomena *principi d'incompatibilitat de títols successoris*, que es pot qualificar com la versió actual de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (D.50.17.7).

En el present treball ens ocupem de la trajectòria d'aquest principi en el dret civil català, des de la seva interpretació pels juristes del *ius commune* fins al seu discutit manteniment en el Codi de successions, que palesa la vigència ininterrompuda a Catalunya, tret d'un breu parèntesi a la Segona República. No és l'objectiu d'aquesta investigació ni la indagació sobre l'origen del principi en el dret romà, ni tampoc l'anàlisi del seu significat i de les conseqüències en el dret vigent; ambdues qüestions, si bé són de referència obligada, mereixen treballs específics que tractin la qüestió amb un cert detall.¹ El que pretenem és mostrar que la vigència en el Codi de successions d'un principi que ha estat abolit en la gran majoria d'ordenaments jurídics moderns, no és sinó el resultat d'un procés històric i el fruit d'una sòlida tradició jurídica que s'ha respectat.

* El present treball s'emmarca dins el Projecte d'Investigació DGES PB97-1459-CO2-02, «Modificación y desarrollo del Derecho civil de Cataluña. Sucesiones», l'investigador principal del qual és el professor Pedro del Pozo Carrascosa.

1. En relació amb el dret vigent, vegeu el meu treball «El principi *nemo pro parte* en el Codi de successions: el seu significat i conseqüències», a *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 92, gener-febrer 2001, p. 381-419.

1. UN PUNT DE PARTIDA: EL SIGNIFICAT I LES CONSEQÜÈNCIES DEL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE* SEGONS ELS JURISTES EUROPEUS DEL *IUS COMMUNE*

El principi *nemo pro parte* apareix establert de manera abstracta a I.2.14.5: «Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur», i a D.50.17.7, dins les *regulae iuris*: «Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus», i aquesta regla s'aplica en molts altres preceptes del Digest i del Còdex.²

1.1. EL SEU SIGNIFICAT

La regla volia dir literalment que la successió dels *pagans* —entenent per *pagans* els no-militars—³ no es podia deferir en part per testament i en part per la llei, si bé l'esperit de la norma era que no podien concórrer hereus testamentaris i intestats. La raó que la formulació es fes entre fonaments successoris (testament i successió intestada) i no entre títols (hereu testamentari i hereu intestat) es trobava en el fet que el testament —a diferència del codicil, en què només es podien ordenar llegats i fideïcomisos— havia de contenir necessàriament institució d'hereu,⁴ i com que, si l'hereu no arribava a ser-ho, el testament no valia,⁵ s'establí

2. En relació amb l'origen de la regla, que se situa a la República romana, vegeu Maurici PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte...*

3. Hieronymus CAGNOLUS (1491-1551), *In titulum Digestis De Regulis Iuris, omnibus iuris peritis utilissima*, Venetiis, MDLVIII, ens aclareix el sentit de la paraula *pagans*, dient que no únicament es refereix als pagesos com literalment pugui donar a entendre, sinó que s'utilitza en un sentit ampli, que comprèn també els homes de les ciutats, és a dir, són *pagans* els qui no són *militars*: «Paganus dicitur a pago, id est villa, hominem rusticum, semipaganum semirusticum, hic pro homine non militante accipitur, tametsi urbanus sit, & est vocabulum peculiare iurisconsultum, a quibus duo haec paganus, & miles, perinde ut opposita ponuntur, sunt de his penes historicos etiam ad manum exempla, ideo plus non dico» (D. 50.17.7, f. 20-22, núm. 2).

4. Franciscus DE BARRY (1550/70-1644), *De successione testati ac intestati*, Liber primus, titulus primus, núm. 11, p. 1, assenyalava que «Testamentum dicitur dispositio, qua haereditas datur: quod sit instituendo haereditatem directam, adeo ut sola haereditas datio faciat testamentum, l. I., de haereditate instituenda. Et hac nota, sive signo testamentum distinguitur à codicillis. Nam codicillis non relinquuntur nisi legata vel haereditas fideicommissaria, & nunquam haereditas directa. Unde inferunt DD. si defunctus dixerit se facere testamentum, in quo nullam institutionem haereditatis fecerit, sed tantum legata, talem dispositionem non valere [...] Certè si haberet clausulam codicillarem, valeret in vim codicillorum, ut dico in clausula illa».

5. Com assenyalava Marianus SOCINUS (1482-1556), «Nihil in testamento dispositum valet, si

una equivalència entre testament i hereu efectiu. El codicil quedava fora de la relació d'incompatibilitat que es formulava entre el testament i la successió intestada.

D'altra banda, cal matisar que la regla de la incompatibilitat es prolongava al llarg del temps, de manera que no es podia morir testat durant un temps i posteriorment morir intestat⁶ (aspecte temporal del principi *nemo pro parte*).⁷

1.2. EL FONAMENT

Els autors del *ius commune* varen acceptar sense discussió el principi *nemo pro parte*. Es limitaren a fer-se ressò de la seva vigència com a fonamentador d'una sèrie d'efectes en matèria successòria, però rarament el justificaven, sinó que el consideraven un principi axiomàtic que regia indubtablement.⁸ Entre les poques

non adeatur haereditas ex eo», i «Testamentum ruit haerede non adeunte» (Mariani SOCINI IUNIORIS, ALITER SOCINI NEPOTIS, Commentaria cum profundissima, tum fructuosissima in quator (ut vocant) lectionibus vespertinas, sive ordinarias, communi, Venetiis, MDXCIII, Apud Iuntas, a L. prima. ff. de Legatis primo, núm. 314, f. 132, i Interpretatio in l. In quartam. ff. ad leg. Falcid., núm. 2, f. 196, respectivament).

6. Així ho afirmava CAGNOLUS, *in titulum digestis...*, núm. 7: «Ampliatur pariter regula non solum respectu substantiae: ver. etiam respectu temporis, quia non potest quis pro parte temporis decedere testatus, & pro parte intestatus. § haeres & pure. instit. de haeredi. insti. ubi haeres & pure, & sub conditione institui potest: non autem ex certo tempore, vel ad certum tempus, ut post quinquennium a morte testatoris, ex Calendis illis, vel usque ad Calendas illas, haeres esto: adiectumque; diem pro superuacuo haberi placuit, dicit ibi imperator, & perinde esse debere, ac si pure heres institutus est. Ad ide. tex. in l. haereditas ex die. ff. de haeredi. instituend. & in l. miles ita haeredem. ff. de milit. testamen. ibi, & quod in bonorum portione ei licet hoc, etiam in temporis spatio licet, non modicum sit ex eodem privilegio competat: secus ergo de iure communi. d.l. haereditas ex die. De qua materia late ANCHAR. in consil. XLVII, & CCLXXXI, colu. I. in fin. & in fine consilii PAU. DE CAST. in consil. CCII. in antiquis SOCI. consil. XIII. lib. I. ANGEL. ARETI. in d. § haeres. DECI. in consil. CCLXXVIII. & CCCCXCVII. & in l. incerti. ad finem. C. de milit. testat. quae omnia signa ad l. haereditas ex die».

7. I el principi també s'aplicava a la substitució pupillar feta pel pare. Deia Philippus DECIUS (1454-1535), *In tit. ff. de regulis iuris*, Apud Franciscum Laurentinum, Venetiis, 1562, f. 36 i 37, núm. 3, que «Primo enim ampliatur ut etiam habeat locum in pupillari substitutione quam facit pater pro filio, ut no. BAL. in l. sed & plures. § ad substitutos. ff. de vul. ubi per illum textum. dicit, quod sicut pater potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus: ita filius cui pater pupillariter substituit: quod dicitur esse notari dignum. & hoc refert & sequitur COR. PERU. consil. 38. in casu isto. lib. 5».

8. Així ho afirma Joan MARSAL I GUILLAMET a *El testament*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2000, p. 34: «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 sinó la reflexió de la indivisibilitat dels objectes de la successió en el dret romano-canònic, l'herència i la personalitat del causant», on cita (nota 26), Franciscus CURTIUS. I, efectivament, BARTOLUS A SAXOFERRATO (1313/14-1357), al seu comentari a D.50.17.7, *In secundam Dig. Novi partem* Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Beuliquam, MDLXXIII, p. 251, simplement deia que «Opino de l. circa supra de inoffi. test. Solutio non potest

explicacions que varen donar-se per justificar-lo podem citar la de Cagnolus, qui el basava en la contradicció que suposava la idea de concurrència d'hereus testamentaris i abintestat, ja que implicava representar en part la persona del difunt i en part no representar-la.⁹

esse pro parte testatus, & pro parte intestatus, f. ab initio, ex post facto sic. Quaero, utrum causa testati, trahat ad se causam intestati: vel econtra. Et quod trahat causa testati ad se causam intestati, est casus in l. j. si ex fundo, supra de haere. in sti. econtra videtur. l. pen. supra de iniusto test. dicam ibi».

En canvi, els romanistes moderns sí que han intentat buscar l'origen i la justificació del principi *nemo pro parte*, amb una gran varietat d'explicacions, entre les quals podem citar les següents:

a) BONFANTE (Pedro BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de la 8a. ed. italiana per Luis BACI i Andrés LARROSA, Madrid: Ed. Reus, 1929, p. 554) creu que el principi és una conseqüència racional del caràcter sobirà de l'herència: de la mateixa manera que és possible que diverses persones concorrin en una sobirania, és a dir, si en un grup polític poden haver-hi diversos sobirans (en els pobles antics era freqüent que el rei dividís el seu poder polític), no ho és que la seva autoritat procedeixi de diferents fonts. Es tracta, per tant, d'una conseqüència lògica i natural de la seva concepció de l'herència. No obstant això, BONFANTE va assenyalar la contradicció que la regla suposava amb la nova finalitat de l'herència (l'acceptació del seu caràcter patrimonial) fent-se ressò de la pèrdua progressiva de virtualitat del principi, amb importants excepcions i amb un esmoreïment progressiu. La regla va ser abolida pel dret bisantí, i si el dret justinià la va acollir va ser, assenyala BONFANTE, perquè, juntament amb el testament, havia sorgit la institució del codicil, que permetia disposar d'una part important del patrimoni.

b) SCHULZ (Fritz SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. de José Santa Cruz Tejeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 242 i s.) basava la regla en la necessitat que les crides esgotessin tot el cabal hereditari, de tal manera que no era possible deixar una quota vacant de l'herència. Aleshores, per tal d'evitar aquesta llacuna testamentària, la solució que el dret adoptava era la previsiblement contrària a la voluntat del testador: no la crida als hereus abintestat, sinó l'increment de les porcions dels instituïts. Amb aquest resultat es pretenia obligar el testador a fer la seva disposició *correctament*, és a dir, a disposar de tot el cabal relicte: l'amenaça d'aquella sanció feia que el testament esgotés tot l'*as* hereditari.

c) Max KASER (*Derecho Privado Romano*, versió directa de la 3a ed. alemanya per José SANTA CRUZ TEJERO, 2a. ed., Reus SA, 1982, p. 302) qualificà la regla d'absurda, i la posà en relació amb la pràctica d'instituir un sol hereu per a tot el patrimoni agrícola potser per mantenir-lo com un tot mentre es pogués i poder, en definitiva, conservar-lo com a unitat. Però una vegada l'economia va anar evolucionant, KASER assenyala que el principi va perdre la seva raó d'ésser, malgrat que va seguir vigent, i es va recórrer a subterfugis per a eludir-lo.

d) Ubaldo ROBBE (*Origine e concetto della eredità*, Milà, Dott. A Giuffrè [ed.], 1937), després d'assenyalar algunes de les principals teories sobre l'origen del principi esmentat, i de rebatre la tesi de Bonfante, tracta d'explicar-lo fent especial èmfasi en les excepcions. Afirmar ROBBE (*op. cit.*, p. 73) que la raó de la incompatibilitat entre les successions testada i intestada es troba en el fonamental principi de l'herència romana *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*. El *paterfamilias*, per a atorgar un testament vàlid, havia d'instituir un hereu, o bé desheredar al *sui*, o sigui, aquell qui tenia un dret immanent i insuprimitible a la seva herència. En altre cas, el seu testament era nul. I, per tant, com en el primer cas l'hereu instituït, fins i tot *pro parte*, adquiria tota l'herència sense deixar cap part residual als hereus abintestat, en el segon supòsit, l'hereu instituït per haver-se deshereditat al *sui*, com que aquesta part era la que en principi havia de correspondre-li, també adquiria íntegrament tot l'*as* hereditari.

9. Per tant, d'acord amb el que dèiem anteriorment, la referència no era el testament, sinó l'he-

1.3. LES EXCEPCIONS AL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE*

El principi *nemo pro parte* no tenia caràcter absolut, sinó que hi havia una sèrie de supòsits en què o no s'aplicava o es feia amb limitacions:

1) L'excepció més important al principi *nemo pro parte* era el testament dels militars, els quals podien morir en part testats i en part intestats. Els militars podien instituir vàlidament hereus respecte a una sola part del seu patrimoni, i en la resta eren cridats els seus hereus «ab intestat».¹⁰ Segons Decius,¹¹ la raó era que els militars es consideraven dues persones diferents respecte a cada classe de béns: els *castrenses* i els *pagans*, per la qual cosa l'excepció volia dir que podien morir testats en un tipus de béns i intestats en els altres, però el que no es permetia era en una part dels béns *pagans* morir testats i en una altra part morir intestats, ni tampoc morir testats en una cosa *militar* i en la resta de béns morir intestats.¹² I aquest privilegi Decius el limità a la mi-

reu testamentari: «Est igitur regula iuris non posse eundem pro parte testatus & pro parte intestatus decedere, aut sumpta sit haec regula ex iure prius constituto, verba legis probant: dum dicit, ius nostrum, potuiq; sumo ex l. neq; enim. & l. si dudobus. & l. miles ita haec redem. ff. de mili. test. cum si. concordat tex. no. in. § non aut. utiq; insti. de haer. insti. facit l. i. & ii. ff. de acqui. haere. ubi quis pro parte adire non potest haereditatem illa scindendo. Nam ut BAR. & alii ibidem scribunt, *iura pro inconvenienti habet personam testatoris pro parte repraesentari, quae ratio & si sufficiat in causa testati, non tamen sufficit in causa intestati: quia si pro parte adiretur ex testamento, pro parte ab intestato, repraesentaret defunctus in totum, quod tamen non admittit, nisi diceret quae repraesentaret sub contraria qualitate tanq. testatus & intestatus quod absurdum est.* ARE. in d.l. i. paucis se expediens rationem esse dicit, quia una eadeq.; res diverso iure non debet censeri. l. eu. qui aedes. ff. de usuc. quam rationem subtiliter declarat SOCI. in l. si mihi & tibi. col. si. ff. de leg. i. earum rerum, inquit his iurisco. *inter se pugna est, ut decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus.* hoc est dicere ait SOCI. *has qualitates repugnantes reputari in eodem subiecto a lege civili, si repugnantes sunt: ergo naturalis ratio dicit in eodem subiecto stare non posse: ut scribit PHILLOS. in ii. de generat. facit l. si ancilla. ff. pro soc. Si earum itaque; rerum intra se pugna est, unius est victoria: & causa testati tanq. favorabilior vincit: ut declarat BAL. in l. i. C. de indic. vidu. tol. alias esset, dicit ipse, repraesentare dimidium hominem intellectualem, per mediumque; hominem secare: ideo qualitas testati & intestati in eodem subiecto esse non potest neq; in eadem haereditate repugnantes qualitates dari, adita, videlicet, sit, & no adita: repraesentet & non repraesentet. & sequitur SOCI. loco praellegat. Sicuti igitur naturalis ratio duo contraria simul & in eodem subiecto stare non patitur: ita nec lex civilis, ut probat verba praesentis regulae, ibi ius nostrum, iuncto sine ibi, naturaliter inter se pugna est» (CAGNOLUS, *op. cit.*, f. 20-22, núm. 4).*

10. Així s'establia a D.29.1.6 Ulpianus libro quinto ad Sabinum: «Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus», i a D.29.1.37 Paulus libro septimo quaestionum: «Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et compelit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem».

11. Philippus DECIUS, *op. cit.*, núm. 6 i s.

12. Philippus DECIUS, *op. cit.*, núm. 6-8: «Praedicta regula primò fallit in milite qui potest de-

lícia armada, i no a l'anomenada milícia *celestial*.¹³ Per tant, no es pot dir que el principi no regís en relació amb els militars, sinó que sí que era vigent però amb matisacions.

2) En segon lloc, cal matisar que la regla es referia al moment de la mort del testador; en aquest moment no es podia morir en part testat i en part intestat, però si després d'acceptada l'herència s'interposava la *querella inofficiosi testamenti*, es podia trencar la regla.¹⁴ Així succeïa, per exemple, quan un fill no previst en el testament exercitava la *querella* contra dos hereus instituïts, vençant l'un i perdent

cedere pro parte testatus, & pro parte intestatus... Et non solum pro parte bonorum, sed etiam pro parte temporis militi privilegium conceditur... Et ratio specialitatis in milite videtur, quia vice duarum personarum fungitur... Et regula ista de eadem persona loquitur, ibi, eundem, unde non mirum si regula non habet locum in milite, licet vice plurium personarum fungitur... Et ex ista ratione inferri videtur quòd miles testari possit de bonis castrensibus tantum, & in paganis remanebit intestatus, vel econtrà, non autem videtur quòd pro parte bonorum paganorum testari possit, ita inferri videtur ex ratione praealle. Sed tamen hoc non est verum, quia etiam de una re miles testari potest, & in omnibus aliis bonis intestatus decedere... Et ratio superius alle. non videtur vera quia imò miles pro una persona consideratur in tali privilegio... quod iste non potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, nisi sit miles.

»Ut ergo exceptio facta de milite conveniat, miles pro una persona reputatur: ex quo regula ibi facta est de eadem persona, ibi, neque idem. & dixi latius in d.l. de testam. mil. Non obstat l. ii. infra ad Maced. quia ibi dicitur, quòd miles filiusfamil. in castrensi peculio reputatur sui iuris: quia aliàs non potest testari. I. fenium. C. qui test. facere pos. l. qui in potestate suprà de testamen. unde in aliis militibus qui sunt sui iuris illa ratio cessat. Est ergo dicendum, quòd in militibus speciali privilegio hoc concedatur ut possint etiam pro parte testati: & tali privilegium habet locum quando apparet de eorum voluntate, aliàs in dubio praesumitur quod iure communi uti velint. l. in testamento. C. de test. mili. cum simil. ut dixi ibi un. ult. not. Et ista limitatio de militibus extenditur ut etiam habeat locum in pia causa: ut not. BART. in l. i. C. de fac. fan. eccl. & sequitur ALEX. in consi. 105. in fi. lib. 4. ABB. in consi. 31. circa duo. col.2 in 2.lib. Et pari ratione idem videtur in testamento facto inter liberos, per ea que notantur in l. hac consultissima §. ex imperfecto C. de testam.»

13. Philippus DECIUS, *op. cit.*, núm. 9: «Restrigitur tamen ista limitatio in militibus armatae militiae, prout iura supra alle. loquuntur. Et non haberet locum in militibus caelestis militiae: ut not. dicit IOAN. AND. in rub. de pecu. cler. in add. SPEC. in ver. est autem sciendum. & sequitur ARET. in l. j. quam legim cum l. ii. col. 4. ver. adde etiam ff. de acq. hered. Hoc tamen pendet ab his quae tradunt ALEX. & MOD. in l. centurio supra de vulg. & pupil.»

14. Philipus DECIUS, *op. cit.*, núm. 10 i 11, deia que «Secundo, regula limitatur procedere à principio, ut verba regulae etiam indicant, ibi decessisse. & in d. § non autem. ibi, nec enim ex parte intestatus decedere potest. Et sic verba referentur ad tempus verbi intelligitur l. Titius. ubi BAR. ff. de testa. mil. in l. in delictis. § si extraneus. de noxa. Secus verò est ex postfacto: quia non prohibetur quis ex postfacto decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, ut probatur in l. circa supra de inoff. test. ubi BAR. & doct. hoc dicunt. & hoc sane intelligitur quando per sententiam iudicis post aditam haereditatem mediante querela rumpitur testamentum pro parte. d.l. circa. nam querela non intentatur nisi post aditam hereditatem. l. filium. § Sed cum exhereditatio. de contratab. & sententia iudicis stricte intelligitur: quia ex verbis sententia non inferitur nisi quatenus verba sententiae important de necessitate: ut not. BART. in l. Iulianus. col.4. de cond. indeb. ubi alleg. l. si iudex. ff. de his qui sunt sui vel. alie. iur. & l.j.C. de ord. iud. & nott. FULG. in consi. 140. praesuppositis meritò ergo sententia iudicis restringitur, ut pro parte rumpatur pro parte testamentum: secus verò si testamentum

contra l'altre, cas en què es produïa una rescissió *pro parte* de la institució d'hereu i l'obertura també parcial de la successió intestada.¹⁵

3) El principi *nemo pro parte* tampoc no regia quan per una disposició legal o estatutària es permetia morir en part testat i en part intestat,¹⁶ ni quan es prohibia el testador de deixar la totalitat de l'herència a una determinada persona, cas en què respecte a la resta s'havia de cridar els hereus intestats.¹⁷

4) I finalment, en els testaments *inter liberos* i *pias causas* també es permetia morir en part testat i en part intestat.¹⁸

1.4. LES CONSEQÜÈNCIES

Els autors del *ius commune* es feien ressò, no de manera ordenada i sistemàtica, de les conseqüències del principi *nemo pro parte*. Sobre la base d'aquest principi la doctrina clàssica fonamentava una sèrie de regles com les següents:

rumpatur pro parte ex dispositione legis, & ante aditam haereditatem: quia tunc etia ex postfacto in totum rumpitur: ut not. BAR. per illum tex. in l. pen. ff. de ritu nupt. & PAU. DE CAST. ibi declarat».

15. Era el cas de D. 5.2.24: «Circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur».

16. Assenyalava DECIUS, *op. cit.*, núm. 12, que «Tertio regula fallit, si aliter disponatur à statuto: quia huic regulae licet à testatore derogare non possit, ut supra dictum est tamen autoritate statuti induci potest, quod quis possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus...»

17. «Quarto & ultimo regula fallit, quando quis alicui non potest totum relinquere, sed tantum partem, quia in alia parte erit intestatus, ut not. BAR. per illum text. in l. j. C. de secund. nup. no. in l. si is qui. ff. de vulg. & pupi. ubi ALEX. post alios in 2. notab. & ibi reprehendit glo. nostram hic, quae tenet quòd totum acquiratur, licet postmodum auferatur sibi illud quod eram prohibitum. & BART. in d.l. j. de sec. nup. refert opi. glo. hic. & in d.l. j. quae idem tenet. Sed ipse dicit esse speciale in illo casu, ut quis possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus: sicut est milite, quasi velit BART. quòd propter dispositionem legis & statuti hoc fieri possit, ut supra dictum est. Et certè hoc esset verum in terminis, d.l. j. de secund. nup. si constaret de mente legis. Sed in illo casu non constat quòd Imperator voluit derogare huic regulae. Nam simpliciter ibi dicitur, quod non potest uxor maritum instituere, nisi in tertia parte. Et per hoc non infertur, quòd in aliis partibus, mulier intestata decedat: quia intelligitur quòd alium instituat in aliis partibus. Et casu quo non institueret in totum, acquirit iure accrescendi. Sed ultra tertiam partem restituere cogetur. arg. l. cogi. § hi qui solidum supra ad Treb. Et ita in effectu glo. hic salvari potest».

18. Antonius BELLONUS (1580/1590-1640), *De iure accrescendi. Tractatus elaboratissimus*, Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis, 1672, cap. X, quaest. XVI, núm. 17, p. 214: «Secundo infertur in testamento ad pias causas posse pariter ius accrescendi prohiberi... quia favore piae causae permissum est testatori, ut possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus... Idem est, si ius accrescendi prohibeatur in testamento inter liberos: valet enim prohibitio... quia absurdum non est, patrem inter liberos disponentem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum...»

1) La impossibilitat de prohibir el dret d'acréixer per part del testador: «Considero, quod si ius accrescendi hereditarium veniat ex tacita voluntate eo modo deducta, planè sequitur, quod ipse testator possit ius accrescendi prohibere, quod tamen verum non est: quia est necessarium, ne quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus [...]».¹⁹

2) L'acreixement forçós de l'herència: «Et dico in hereditate accrescit pars deficiens et inuitis [...] est ratio: ne testator decedat pro parte testatus & pro parte intestatus».²⁰

3) La impossibilitat de morir amb més d'un testament vàlid.²¹

4) El testament no podia valer en part i en part no valer.²²

5) A l'hereu no li era permès acceptar en part l'herència i en part repudiar-la, ni quedar-se amb la llegítima i repudiar la resta de l'herència.²³

Però les dues conseqüències més importants del principi *nemo pro parte* eren l'acreixement entre disjunts i respecte a les quotes de les quals no se'n va disposar, i l'efecte expansiu de la institució *ex re certa* quan no hi havia altres hereus instituïts sense aquesta assignació. A més, calia veure la solució que es donava en el cas que el testador prohibís aquestes conseqüències *naturals* de la regla *nemo pro parte*, ja que s'havia de determinar si la seva voluntat prevalia per sobre dels principis legals.

1.4.1. L'acreixement necessari

La conseqüència més important de la regla *nemo pro parte* era l'anomenat acreixement *necessari*, és a dir, l'acreixement entre disjunts i respecte a la porció

19. Franciscus MANTICA (1534-1614), *De coniecturis ultimarum voluntatum*, Libri duodecim, Venetiis, ex Officina Damiani Zenari, MDLXXIX, al Lib. IIII, tit. 10, núm. 6, p. 72.

20. Angelus DE GAMBIGNONIBUS († aprox. 1451), *Angelus Aretinus Super Institu.*, 1532, f. 135, núm. 6: «Si ex pluribus».

21. Així ho afirmà CAGNOLUS, *op. cit.*, núm. 8: «Ampliatur etiam, ut cum duobus testamentis decedere quis nequeat, l. si. ff. de haeredi. institu. tradit. CORN. in auct. ex causa. colu. XXXI. C. de liber. praeter. & SOCI. in l. moribus. col. II. ubi limitat. ff. de vulg.»

22. CAGNOLUS, *op. cit.*, núm. 1, deia que: «Testamentum esse actum individuum... non potest pro parte valere, pro parte non».

23. DECIUS, *op. cit.*, núm. 5 deia que «Tertio ampliatur ut idem sit in haerede qui non potest hereditatem pro parte accipere, & pro parte recusare... Et in tantum hoc procedit quòd etiam filius haeres institutus non potest legitimam retinere, & residuum haereditatis repudiare: ut tenet CYN. in l. haeres instituta. C. de impu. ubi BAL. & PAUL. DE CAST. sequuntur. & BART. in l. quia poterat supra ad Treb. cum simi. ut tradit ibi ALEX. & idem ALE: in consi. ult. lib. 5. PET DE ANCHA. in consi. 312. ex sola vulgari. ARET. in consi. 160 longa est ista consultatio col. 2».

no disposada. En relació amb el primer supòsit, Simon de Praetis deia que l'acreciment no tenia lloc únicament entre els hereus conjunts, sinó també entre els disjunts, amb la finalitat que el testador no morís en part testat i en part intestat, de manera que, lògicament, aquesta modalitat d'acreciment cessava en els casos en què es permetia morir en part testat i intestat.²⁴ I pel que fa a la quota no assignada a ningú, Bellonus afirmà que acreixia als cohereus instituïts en les altres parts perquè ningú no morís en part testat i en part intestat: «pars haereditatis nulli assignata non pertinet ad venientes ab intestato, sed accrescit haeredibus in aliis partibus institutis BALD[US]. in l. cum quiddam 19. in prin. & ibi IAS[ON A MAYNO]. in princ. & n.8. ff. de lib. & posth. BALD [US]. in l. hac edictali 6. in princ. n.9. C. sec. nup. CEPH[ALUS]. in l. centurio 15. n. 691. ff. de vulg. GOMEZ to.1, var. res. c.10, n.8,9 &20 vers. confirmatur, MANT[ICA]. de coniec. ult. volunt. lib. 4, tit. II, n.1; MYNS[ING]. in § haereditas nu. 8, inst. de haer. inst.; DUAR[ENUS]. lib. 1. de iur. accr. c. 12 qui alioquin testator decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod iuris nostri ratio non patitur.»²⁵

24. Simone DE PRAETIS, *De ultimarum voluntatum interpretatione tractatis amplissimus, divisus in V. libros: hosque partitos in plures interpretationes, quae opportunis dubitationibus congruas praebent Solutiones, ut prius sequent. paginis figillatim adnotatum patet.*, Francoforti ad Moenum, MDLXXXIII, Lib. III, interpr. I, dubit. V, solutio III, núm. 10, p. 25: «In haeredum institutione locum habet ius accrescendi non solum pro cohaeredibus coniunctis, ut liber homo, si quis. & l. si quis haeredes. ff. de haered. instit. & l. qui ex duabus, §. sina. de acquir. haered. BALD. consil. §. super primo. in princip. lib. 5. & PARIS. consilio 44. nume. 2. libr. 3., sed etiam pro haeredibus disiuncti, & separatis à privato testatore institutis: per l. haeredes sine partibus. de haered. instit. tradit BARTO. in d. l. re coniuncti. sub num. 25. adducta ratione, ne testator decedat pro parte intestatus: latè ibidem probat RIPANUM num. 76. cum sequent. & numero 82.& 83. adducendo, hanc conclusionem fallentiam parti in testamento militis, qui potest decedere pro parte intestatus: per l. si duob. ff. de mil. test. & etiam in testamento privati in casibus, in quibus sic potest decedere pro parte intestatus, ut ibi per eum. & per DEC. in l. ius nostrum sub num. 7. de Regu. iur. experimentem in testamento inter liberos, & in causa pia, allegando BART., ALEXAN. & ABBA. in locis ibi citatis addo BALDO. in l. fenium. in si. C. qui testa. fac. pos. firmantem, ius accrescendi non habere locum de pia causa non piam, cum propria causa sit dispensatio, quae non recipit ius accrescendi, ne multiplicetur inconveniens. & CROT. in d. l. re coniuncti. nume. 161. & DECI. in dict. l. ius nostrum. ponit tres alias fallentias quis potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere. f. non à principio, sed ex post facto, pl. circa ff. de inof. testa. & statuto sic disponente, ut per ANGE. IMO. & ALEXAN. in l. moribus. in prin. de vulg. & pupil. & in prohibitio per Legem communem vel municipalem totum relinquere, ut per BAR. in l. I. C. de secun. nup. & has fallentias corroborat, & firmat CAGNOL. in dict. l. ius nostrum, praeter ultimam, eò, quòd procedat si ex dispositione Legis ultra quantitatem relinqui permissum concedi venientibus ab intestato, per l. expressis, & non iure accrescendi intellecto per DEC.»

25. *Op. cit.*, cap. septimum, quaestio 1a., núm. 1 i 2. Ara bé, en els casos en què no regia el principi *nemo pro parte* abans citats no es produïa l'acreciment, sinó que es cridava els successors intestats. Així, BELLONUS, als núm. 15 i 16, p. 294 i 295 deia que «Primum enim in iis casibus, in quibus absurdum non est, quem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, magis est, ut pars hae-

En conseqüència, en els casos en què no regia el principi *nemo pro parte* no tenia lloc l'acreixement, sinó que es cridava els hereus intestats.²⁶

reditatis, de qua testator non disposuit, non accrescat haeredibus in aliis partibus institutis, sed pertinet ad venientes ab intestato quia cum cesset causa, propter quam alias sit acretio. Consequens est, ut & ipsa acretio cessare debeat».

26. BELLONUS, núm. 15 i 16, p. 294 i 295: «Primum enim in iis casibus, in quibus absurdum non est, quem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, magis est, ut pars haereditatis, de qua testator non disposuit, non accrescat haeredibus in aliis partibus institutis, sed pertinet ad venientes ab intestato quia cum cesset causa, propter quam alias sit acretio. Consequens est, ut & ipsa acretio cessare debeat». Aquests casos eren els següents:

a) El testament dels militars. Atès que podien morir en part testats i en part intestats, la part de la qual no es disposava anava als hereus intestats (núm. 17): «Primum in testamento militis: nam, quia miles potest decedere pro parte testatus pro parte intestatus... ideo sit, ut in eius testamento pars haereditatis, de qua miles non disposuit, non accrescat haeredibus in aliis partibus institutis, sed pertinet ad venientes ab intestato...»

b) En el testament *parentum inter liberos* (núm. 18): «Secundum exemplum afferri potest in testamento inter liberos, in quo etiam absurdum non est, quem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum... Quamobrem & in eo pars nulli assignata non accrescet institutis, sed venientibus ab intestato deferetur».

c) En el testament *ad causas pias* (núm. 19): «Tertium exemplum sit in testamento ad pias causas, in quo pariter absurdum non est, quem decedere partim testatum, & partim intestatum... nam, nec in eo locum habebit ius accrescendi respectu eius partis, de qua testator non disposuit...»

d) I, finalment, «si lege, vel statuto sublatum sit ius accrescendi» (núm. 20): «Quartum exemplum afferri potest in omnibus casibus, in quibus lege, vel statuto, sublatum est ius accrescendi, sive id factum sit expresse, puta cautum, ut non disposita pertineat ad venientes ab intestato... sive tacite, ut, quia limitata sit potentia causae efficientis, vel vocati portio... nam in iis dubium non est, quin pars haereditatis nulli assignata pertineat ad venient ab intestato, non autem haeredibus in aliis partibus institutis per ius accrescendi deferatur: Nec enim absurdum est, quem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, quoties lex, aut disponentis potentiam, aut vocati portionem limitavit...»

Ara bé, hi havia altres casos en què tampoc no hi havia acreixement, no ja perquè no operés el principi *nemo pro parte*, sinó per altres causes molt variades:

a) Quan s'ingressava en religió, cas en què la part vacant no anava ni als hereus testamentaris ni als intestats, sinó que s'aplicava a la religió corresponent: «Secundo verò, si is, qui religionem ingreditur, condit testamentum, & in eo instituat filios in quota, & de residuo non disponat, non accrescet id filiis institutis, nec ad eosdem ab intestato venientes pertinebit, sed applicabitur monasterio favore religionis» (núm. 21).

b) «Si testator, qui non, nisi de parte haereditatis disposuit, sit idiota, licet institutus ipso iure consequator residuum, tamen in foro conscientiae non poterit id retinere, sed debeat partem non datam dimittere venientibus ab intestato, qui partem illam non consequitur ex voluntate testatoris, sed ex potestate leges»; és a dir, que si el testador va fer testament i va deixar una part vacant, i després es tornava *idiota*, es permetia a l'instituït, al que hauria de correspondre tota la porció, renunciar-hi si així li demanava la seva consciència, i aleshores aquesta part aniria als hereus intestats (núm. 22 i 23).

1.4.2. *L'efecte expansiu de la institució en cosa certa i en usdefruit*

Una altra conseqüència del principi *nemo pro parte* era l'efecte expansiu que en determinats casos s'atribuïa a la institució en cosa certa i en usdefruit. Però, en realitat, la solució que es donava no es basava només en el significat de la regla *nemo pro parte* segons la doctrina clàssica —que formulava la incompatibilitat entre testament i successió intestada i no entre hereus testamentaris i legals—, sinó més aviat en l'exigència de l'existència d'un hereu efectiu per a la validesa del testament. Si no hi havia altres hereus testamentaris *normals*, s'havia de donar la consideració d'hereus als hereus en cosa certa i en usdefruit, ja que d'altra manera el testament no valdria. Considerats com a tals hereus, la limitació a la cosa certa no podia operar, ja que això significaria l'obertura de la successió intestada.

1.4.2.1. *La consideració de l'hereu en cosa certa*

En la doctrina clàssica hi havia unanimitat respecte als casos en què l'hereu en cosa certa era considerat com a hereu i feia seva l'herència de què no va disposar, i quan se'l considerava legatari. Tot depenia de la concurrència o no d'altres hereus instituïts sense aquesta assignació²⁷. Bartolus deia molt clarament que «[...] institutus in re certa habetur loco legatarii, quando alius reperitur universaliter, vel in quota institutus, ut hic: secus, si nullus alius institutus sit, ex re certa institutus habebit totam haereditatem [...]»²⁸. I aquesta obtenció de tota l'herència Bellonus la vinculava al principi *nemo pro parte*: «haeredem in re certa institutum non dato cohaerede universali totam consequi haereditatem, seu fieri haeredem universalem [...] cum testator non possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus [...]»²⁹.

27. D'acord amb C. 6.24.13, quan hi havia algun altre hereu instituït no en cosa certa sinó universalment o en quota, a l'hereu en cosa certa se'l tenia com a legatari: «Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatiorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referentur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri».

28. BARTOLUS A SAXOFERRATO (1313/14-1357), *In secundam codicis partem*, Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Bevilaquam, MDLXXIII, al seu comentari a la Lex Quoties, dins el llibre VI del Codex, Rúbrica «De haeredibus institu. & quae personae haeredes institui non possunt», Lex XIII, f.19.

29. BELLONUS (*op. cit.*, cap. VII, quaestio VIII, núm. 1-4), on es fa ressò de la unanimitat de la doctrina en aquest punt.

Es plantejaven diverses qüestions:

1) Primerament, la naturalesa del títol d'hereu en cosa certa. Hem observat que Bartolus es negava a qualificar-lo com a hereu, dient simplement que feia seva tota l'herència. Bartolus es resistia a donar-li aquella consideració, i parlava d'un *tertium genus*: «haeres institutus ex re certa, non est haeres universalis, nec legatarius, sed est tertia species scilicet haeres singularis institutus ex certa re [...]», i d'un «mixtum genus participans de natura haeredis, & legatarii»³⁰. En canvi, Simon de Praetis assenyalava que quan s'ha instituït un hereu en cosa certa, i no s'ha nomenat un hereu universal, o, nomenant-se, aquest no arriba a ser-ho, aquell té la consideració d'hereu universal: «Institutio haeredis, facta in re certa, alio cohaerede universali non dato, vel dato, sed aliquo modo haerede non existente, intelligitur quidem facta universaliter, in omnibus bonis quisquis sit, vel de liberis, del de estraneis institutus in re certa».³¹

2) Una segona qüestió era si la simple institució d'un hereu universal era suficient per a limitar l'hereu en cosa certa a la condició de legatari, o si es requeria també que l'instituït arribés efectivament a ser hereu. La doctrina clàssica va tractar aquest problema lligat amb la qüestió de si l'hereu en cosa certa tenia o no dret a l'acreixement en aquest cas. Si hom el considerava hereu tenia dret a l'acreixement, mentre que si no tenia aquella consideració calia entendre que no. D'això es deduïa a la vegada que si hi havia acreixement era perquè hom el considerava hereu. Hi havia opinions divergents, però la que es pot qualificar de majoritària era la que entenia que l'instituït en cosa certa feia seva l'herència quan, tot i designar-se hereu universal, aquest no arribava a ser-ho.³²

30. BARTOLUS, *op. cit.*, afegia que «Tunc quaeritur, quae est natura istius heredis singularis? Respondeo: ista institutio in re certa, partim habet de natura institutionis universalis, & partim de natura legati, & illud, quod habet de natura universalis, & institutionis, nunquam respicit ipsam rem seu quantitatem, in qua instituto est facta, sed extrinsecus: habet natura ius accrescendi cum instituto universalis. Item excludit querela, licet quo ad ipsas semper est legatarius. Hoc vuil ista l. quae dicit quod loco legatario sunt. Hoc probat in d.l. si alterius. & l. ex facto. ff. eod. ubi res relictas habuit, put relicte sunt, tanquam essent primo legata. Alia haereditate partiuntur equaliter, rerum valore non inspecto. Et hoc statim sequitur, quod patitur Falcidia in rebus ut s. probatu est. Ite. transmittit ad heredes illas res, quia in eis sapit natura. legati singularis, non aut. transmittit sine agnitione in eo illud ius accrescendi, in quo sapit naturam institutionis universalis. Item confirmatur tabulae pupillares. Et ex hoc sequitur, quod confirmatur testamentum hac agnitione, quia non potest testamentum deficere, quin caeteris repudiantibus sibi accrescat».

31. SIMON DE PRAETIS, *De interpretatione ultimarum voluntatum*, Libri Tres posteriores, Francofurti ad Moenum, apud Petrum Fabricium, MDLXXXIII, Lib. III, Interpret. I, Dubit. I, núm. 5, f. 3.

32. BELLONUS distingia segons si l'instituït en cosa certa era o no fill del testador. BELLONUS, *op. cit.*, cap. VII, qüest. VIII, assenyalava que si l'instituït era fill del testador, li acreixia tota l'herència:

«Filio in re certa instituto accrescit tota haereditas, si cohaeres universalis ei datus deficiat» (núm. 1 i 2). En canvi, si l'instituit era un estrany la qüestió és més discutible, i hi ha dues opinions:

a) Segons una primera opinió, si l'hereu en cosa certa és un estrany, no fa seva tota l'herència, sinó que el testament decau i s'ha d'obrir la successió intestada. La raó del diferent tracte entre l'estrany i el fill es troba en què aquest és legitimari, i té dret no a una cosa sinó a una quota. I malgrat que la quota no sigui de l'herència (*pars haereditatis*) sinó dels béns (*pars bonorum*), hi ha més similitud, que fa més fàcil admetre el dret d'acréixer en aquest cas: «At, si non filius, sed extraneus sit in re certa institutus, & quaeramus, an universali repudiante, vel aliter deficiente tota haereditas ei accrescat, constat, rem inter veteres fuisse mirum in modum agitatam: Nam pleriq; censuerunt, non accrescere, sed corruiere testamentum, & fieri intestatae successione locum...».

b) I la segona opinió, defensada per autors com BARTOLUS, entenia que a l'estrany instituit en cosa certa li acreix tota l'herència quan, malgrat haver-hi un cohereu universal designat pel testador, aquell no arriba a ser-ho. Els arguments eren els següents:

1r) L'assimilació del cas que no hi hagi institució al cas que n'hi hagi però no produeix efectes: si no produeix efectes s'ha d'entendre com a no feta (núm. 17-20).

2n) Que la raó que justifica que no havent-hi hereu universal tota l'herència acreixi a l'hereu en cosa certa, existeix també en aquest cas: el principi *nemo pro parte* (núm. 21).

3r) Que cessant la causa de l'exclusió, o bé cessant la persona que és la causa de l'exclusió, ha de cessar l'exclusió. D'igual manera que si havent-se nomenat un substitut vulgar —que impedeix el dret d'acréixer— si la substitució no té lloc cessa l'exclusió del dret d'acréixer, el mateix passa en el cas que ens ocupa: quan l'hereu universal no adquireix l'herència, cessa la causa o el motiu pel qual l'hereu particular va ser exclòs de tota l'herència (núm. 22 i 23).

4rt) Que si s'havia dit que al fill instituit en cosa certa li acreix tota l'herència, no hi ha motiu per establir una distinció entre el fill i l'estrany. Si es diu que el fill té per llegítima una quota de l'herència que justifica l'acreixement, això no és cert, ja que «legitima non est quota haereditatis, sed bonorum, quae nullam habent cum haereditate similitudinem» (núm. 24).

5è) El principi tendent a concedir eficàcia al testament, és a dir, a procurar tant com es pugui que la successió es regeixi pel testament i no per la Llei: «in dubiis causis eam prevalere sententiam, quae sustinet, non, quae infirmit testamentum... & causam testati, tamquam favorabiliorem ad se traere causam intestati» (núm. 25).

BELLONUS es decantava igualment per aquesta segona opinió. I ho feia contestant els arguments que exposaven els defensors de la tesi contrària, que eren els següents:

1r) Que el dret d'acréixer no té lloc entre els que succeeixen per diferent dret, i sobretot si se'ls crida a coses diverses. Atès que l'hereu universal i l'hereu en cosa certa succeeixen per diferent dret, i estan cridats a coses diverses: l'un a l'herència i l'altra a una cosa certa, no té lloc el dret d'acréixer entre ells (núm. 5 i 6).

BELLONUS contestava dient que l'hereu universal i l'hereu en cosa certa succeeixen pel mateix dret, tots dos com a hereus: «Ad primum enim respondent nostri passim, imo haeredem universalem, & particularem succedere eodem iure, quia succedunt, ut heredes, sive, ut instituti; Ita enim haeres est, particularis, ut universalis, quod patet ex eo, quia dicitur haberi loco legatarii. Ergo non est legatarius, sed haeres: Aliud enim est, quid esse tale, aliud haberi pro tali... Verum haec responsio mihi non probatur, quia identitas iuris non solum ex identitate tituli debet aestimari, sed etiam ex identitate rei: Alioquin enim omnes, qui vocantur eodem titulo, puta titulo institutionis, aut legati, licet ad res diversas vocarentur, possent dici succedere eodem iure, quod in materia iuris accrescendi nemo rectè dixerit...» (núm. 26 i 27). I afegia BELLONUS que tot i que fos veritat que succeeixen per diferent dret, en qualsevol cas l'hereu en cosa certa no adquireix en aquest cas la totalitat de l'herència per dret d'acréixer, sinó per conversió del seu dret. Encara que vulgarment es parli d'acreixement, el que es produeix

és una conversió: «Quamobrem verius est, heredem particularem, & universalem succedere diverso iure, & nihilominus repudiante universali totam haereditatem pertinere ad particularem, quia non venit per ius accrescendi, sed per ius conversionis. Nam institutio particularis detracta mentione rei convertitur in universalem eodem modo, quo converteretur, si nullus ab initio fuisset institutus haeres universalis... Nec obstat, quod vulgo dicimus, ei totam haereditatem accrescere, quia, cum ita loquimur, abutimur iuris accrescendi verbo respicientes potius ad effectum incrementi, quod capit institutio particularis, quam ad incrementi causam, & modum: Nam proprium ius accrescendi non magis in hac, quam in superiore specie, considerari potest...» (núm. 28).

2n) Que el dret d'acréixer no té lloc sinó entre conjunts, i l'hereu universal i l'hereu en cosa certa no són conjunts, a què BELLONUS contestava dient que l'acréixement no té lloc únicament entre conjunts, sinó també entre disjunts: «Ad secundum, quamquam, & illud dici possit, maiorem non procedere quoties agitur de accretione hereditatis: nam tunc locus habet ius accrescendi, etiam inter omnimodo disiunctos, ne alioquin testator decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus» (núm. 29).

3r) Que el dret d'acréixer no correspon a qui no té una porció, i l'hereu en cosa certa no té una part de l'herència. BELLONUS contestava dient que el dret d'acréixer impropri també correspon en alguns casos a qui no té cap porció: «Ad tertium similiter respondeo, id esse verum, si agatur de proprio iure accrescendi, secus verò, si de improprio, ut evenit in omnibus casibus, in quibus res trahit ad se totum: nam in iis ius accrescendi, quaecumque sit, haud dubiè competit ei, qui nullam portionem habet, cum in eo non possit dici accrescere portioni...» (núm. 30).

4t) Que l'acréixement no té lloc entre un hereu i un legatari, i l'hereu en cosa certa és legatari (núm. 7-10). Però BELLONUS assenyalava que l'hereu en cosa certa no és un simple legatari, sinó que en molts casos participa de la naturalesa de l'hereu, i en l'acréixement n'és una: «Ad quartum respondeo primo, id procedere in eo, qui est merè legatarius, cuiusmodi non est haeres particularis, quippe, qui in multis participat de natura haeredis, & maximè in iures accrescendi...». Per això havia dit BARTOLUS que aquella era un «*mixtum genus participans de natura haeredis, & legatarii*» (núm. 31). I a la vegada es feia ressò de les diferències entre l'hereu en cosa certa i el legatari (núm. 32-58).

5è) Que l'hereu en cosa certa no té el dret d'acréixer si el testador li ha prohibit, i pel fet d'instituir-lo en cosa certa i nomenar un hereu universal s'ha d'entendre que li ha prohibit (núm. 11). A aquest argument BELLONUS contestava que el testador no pot prohibir el dret d'acréixer en l'herència: «Ad quintum respondeo primo, negando cessare ius accrescendi, si testator id prohibeat, quoties agitur de hereditate, quia verius, & receptius est, non posse testatorem ius accrescendi in haereditate prohibere. Secundò verò respondeo, etiam si prohibere posset, ut alii censuerunt, non tamen id censerì prohibuisset, eo ipso quod haeredi particulari dedit cohaeredem universalem, quia ad hoc requiritur manifestissima voluntas... cuiusmodi non est voluntas eius, qui simpliciter alium scribit haeredem universalem... Tertio respondeo, dato etiam, quod censetur prohibuisse, hoc tamen intelligi, si universalis adeat, secus verò, si repudiet, aut aliter deficiat; nam, qui talis prohibitio censetur facta contemplatione haeredis universalis... ideo sit, ut illo deficiente, quasi cessante causa prohibitionis cessare debeat, & ipsa prohibitio» (núm. 59).

6è) Que a *lex si ex fundo* es deia que l'instituit en una finca aconsegueix la totalitat si no hi ha hereu universal instituit. A *sensu contrario*, si hi ha un hereu universal instituit, no ho aconsegueix tot (núm. 13). BELLONUS contestava dient que l'argumentació a *sensu contrario* no es pot utilitzar en aquest cas, atès que exclouria casos similars en què hi ha identitat de raó: «Ad sextum respondeo argumentu a contrario sensu non posse sumi in casu nostro, quia resultaret absurdum eo ipso, quod excluderetur dispositio à casu simili, & habente eandem rationem...» (núm. 60).

I, al final de tot, BELLONUS concloïa dient que «Ex his intelligimus, verissimam esse communem DD. opinionem, quae vult, universali repudiante, aut aliter deficiente totam haereditatem ad institu-

3) I, en tercer lloc, es discutia la naturalesa del dret que permetia a l'hereu en cosa certa fer seva la totalitat de l'herència en el cas que no concorregués amb hereus universals. Segons la doctrina clàssica no hi havia una *superposició* de títols (hereu i legatari), sinó una conversió: el títol particular es convertia en universal. Com afirmava Bellonus: «Itaque veré non est hoc ius accretionis, sed conversiones, quia particularis institutio detracta rei mentione convertitur in universalem».³³ La coexistència dels títols de prelegatari i hereu no era possible, ja que d'acord amb la regulació romana del prelegat, aquest era ineficax en la part que gravava l'hereu prelegatari.³⁴ I no es tractava d'un veritable acreixement, sinó d'una adquisició conseqüència de l'atorgament del títol d'hereu.³⁵

tum in re certa pertinere; Quo sit, ut, quaecunque dicuntur de haerede particulari, cui non est datus cohaeres universalis, eadem sint dicenda & de eo, cui datus est, si postea defecerit» (núm. 62).

33. BELLONUS, *op. cit.*, cap. VII, quaest. VII, núm. 8, p. 354 i 355.

34. Vegeu Ramón M. ROCA SASTRE, «La supressió de la regulació romana del prelegat», a *Estudios sobre sucesiones*, tom II, Madrid, 1981, p. 249 a 275. Respecte al llegat en favor d'un hereu únic, afirma ROCA, (p. 254), que «En el prelegat a favor d'hereu únic, un cop aquest accepta l'herència, el prelegat queda nul o ineficax en la seva totalitat, perquè, com hem dit abans, en fer seva l'hereu tota l'herència, mal pot reivindicar-se a si mateix la cosa llegada o reclamar-se a si mateix el compliment del llegat».

35. BELLONUS *op. cit.*, es qüestionava si estem davant d'un veritable acreixement, i es decanta per l'opinió negativa. Deia que no hi ha dubte que tota l'herència pertanyerà a l'instituit: «tota haereditas pertineat ad institutum, quia indubitati iuris est, pertinere, cum is dempta mentione rei perinde habeatur, ac, si in tota hereditate fuisset institutus» (núm. 1)...«Quo sensu dicimus institutionem rei certa nullo dato cohaerede universali trahi ad universum»...sive (quod idem est) haeredem in re certa institutum non dato cohaerede universali totam consequi haereditatem, seu fieri haeredem universalem... cum testator non possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus... Unde, quia causa testati est potentior causa intestati, sit, un institutio particularis, tanquam ea, quae continet causam testamenti trahat ad se totam haereditatem, quae aliquin deberet ad venientes ab intestato pertinere» (núm. 2-4).

El dubte, assenyalava BELLONUS, és si tota l'herència pertany a l'instituit en cosa certa per dret d'acréixer o per un altre dret, i es feia ressò de dues opinions diferents:

a) Una opinió era que a l'hereu particular li acreix tota l'herència si no hi ha hereu universal: «Et nostri quidem passim, & communiter supponere videntur per ius accrescendi pertinere, dum aiunt, haeredi particulari non dato cohaerede universali totam haereditatem, uti videre est apud BART. In d.l. Ex facto, 35, Num.2, ff. De haered. Instit; BALD. in l. un. num. 13, vers. item ex certa, C. quand. non pet. part; ALEX. in d.l. quoties 13, num. 5, vers. pro hoc etiam facit; IAS. in d.l. cum quidam, 19...)

b) I la segona opinió era que no hi ha acreixement, sinó que pertany a l'instituit per un altre dret (ut ANG. cons. 358, n.2; IAS., in d.l. cum quidam, 19, num.4, ff. de lib. et posthum. CLAUD. TUT. in d.l. un. num.149, C. quand. non pet. part; GOMEZ. d. tom. 1, variar. resol. cap. 10, num.9; MANTIC., de con. ult. volun. dict. lib. 7, tit. 6, num.11), i es basa en els arguments següents:

— que en el dret d'acréixer ha d'haver-hi conjunció, o almenys dues o més vocacions, i en aquest cas l'hereu en cosa certa és sol: «Primo, quia ius accrescendi, tamquam id quod ex coniunctione

1.4.2.2. *L'hereu en usdefruit*

Els autors del *ius commune* equiparaven l'hereu en usdefruit. Bellonus afirmava que l'hereu instituït en usdefruit, si no hi havia hereu universal, a l'hereu en cosa certa li acreixia tota l'herència. I si concorria un hereu en usdefruit amb un hereu en cosa certa, l'herència pertanyia per igual a tots dos. Deia Bellonus que l'acreixement en favor de l'hereu particular tenia lloc «non solum si haeres fuerit institutus in fundo, vel alia proprietate, sed etiam, si in usumfructum adhuc ei tota haereditas accrescit, sive cohaeres universalis datus non sit, sive datus defecerit [...] adeo, ut, si duo particulares haeredes instituti sint, unus in fundo, alter vero in usufructu, nullo dato cohaerede universalis, vel dato, qui deficiat, haereditas aequaliter ad utrunque pertineat».³⁶ Andreas Fachineus³⁷ tenia la mateixa opinió, el qual, no obstant, determinava la consideració de l'hereu en usdefruit distingint segons que s'hagués nomenat o no un hereu per a després de la seva mort.³⁸

nascitur, non potest considerari, ubi non est coniunctio. Cum igitur in proposito nulla sit coniunctio quippe, quae ad sui essentiam duo saltem requirit extrema, idest, duorum aut plurium vocationem, cum alioquin is, qui solus ex certis rebus institutus est, unum tantum faciat extremum, Consequens est, ut ius accrescendi considerari nullo modo possit».

— i el segon i potser més determinant, és que per dret d'acréixer s'adquireix una porció, no la totalitat: «Ius accrescendi portionis est, non totius. Per id enim portio portioni accrescit, non totum toti. Sed, quoties instituto in re certa tota haereditas defertur, non portio portioni accrescit, sed totum toti, quia haereditas dicitur tota, etiamsi abstrahatur aliqua res particularis, quippe quae pars haereditatis dici non potest, cum haereditas in quotas, non res certas dividatur» (núm. 7).

Per tant, BELLONUS s'afegia a aquesta segona posició en el sentit que no hi ha pròpiament acreixement: «Itaque veré non est hoc ius accretionis, sed conversiones, quia particularis institutio detracta rei mentione convertitur in universalem» (núm. 8), és a dir, una disposició particular es converteix en universal, com si la cosa certa no s'hagués mencionat: és hereu universal, excepte respecte a la cosa certa.

36. BELLONUS, *op. cit.*, cap. VII, quaest. X, núm. 20, citant ALEX. cons. 162 núm. 2, & vers. et similiter vol. 2. RUIN. cons. 54, núm. 7, vers. aut conditio deficit, vol. 2; CEPH., cons. 59, n. 16, & cons. 60, núm. 5, vers. primo, & cons. 390, n. 71; NAT. cons. 463, nu. 13, vers. dicam nunc; ME-NOCH., de adip. poss. rem. 4, nu. 128, & seq. CAROC., decis. 80, nu. 6.

37. *Ordinarii Controversiarum Iuris*, Pars Secunda, 1596, Ingolstadii, Ex typographia Davidis Sartorii, al Lib. IV, cap. XVI i XVII.

38. Andreas FACHINEUS, (1607), *Ordinarii Controversiarum Iuris*, Pars secunda, Ex typographia Davidis Sartorii, Ingolstadii, 1596 distingia els casos següents:

a) Si hi havia un altre hereu instituït per després de la seva mort, FACHINEUS (cap. XVI, p. 40-42) assenyalava que hi havia dues interpretacions:

1) Que la dona (hereva en usdefruit) té l'usdefruit mentre viu, i que l'altre està instituït sota la condició de sobreviure-la, de manera que si sobreviu a la usufructuària aconsegueix tota l'herència, i si premor l'herència acreix a la vídua. És la posició seguida per Corneus, Aretinus, Ruinus i Mantica, entre d'altres.

1.4.3. *La col·lisió entre el principi nemo pro parte i la voluntat expressa del testador: la prohibició de l'acreciment necessari*

Dins la doctrina clàssica, la qüestió de la prohibició de l'increment hereditari per part del testador va ser molt polèmica, prohibició que es podia fer de manera directa (dient simplement: «Es prohibeix l'increment»), o imposant l'anomenada *clàusula d'acontentament* (quan la fórmula utilitzada era «Només rebràs això») o es prohibia a l'hereu adquirir una cosa certa de l'herència. El problema de l'admissió d'aquesta prohibició és evident: la concurrència d'hereus testats i intestats, en contra del principi *nemo pro parte*. Efectivament, si s'instituís un hereu en

2) Que la vídua «detracta ususfructus mentione in totum heredem esse, sed rogatam videri per fideicommissum restituere hereditatem ei, qui post mortem institutus est», posició seguida, entre d'altres, per Cravetta i Menochius.

Aquesta segona opció està d'acord amb les regles generals: concretament amb la que diu que l'hereu instituït en cosa certa, si no hi ha cap hereu universal, és hereu en tot, «detracta rei mentione»; i amb la que estableix que l'hereu no pot deixar de ser hereu, per la qual cosa si per a després de la seva mort hi ha un altre hereu instituït s'entén que hi ha un fideïcomís de restitució.

No obstant això, FACHINEUS es decantava per la primera posició, en entendre que és la que més s'ajusta a la voluntat del testador: «Ego priorem sententiam magis probo. Nam certum est, heredem sub conditione institui posse, § *Heres. in Instit. de hered. instit., & post mortem alterius. L. filius à patre, ff. de lib. & posthumis*. Is ergo, qui post mortem uxorem institutus est heres, videbitur institutus sub conditione, si videlicet uxori supervixerit, *L. Heres meus, L. Quibus diebus, § Quidam Titio, ff. de cond. & demonst.* Ergo nihil prohibet, quominus hanc interpretationem accipiamus, quae in omnibus est consentanea iuri & menti testatoris. Huic accedet, quod posterior interpretatio magnopere videtur incommoda. Inprimis repugnat menti testatoris, qui voluit uxorem esse fructuariam; illa verò interpretatio facit eam heredem. Deinde directa substitutio transfertur in fideicommissariam absque; ulla necessitate, & detracti Trebellianica sit locus. Denique; non est difficile ad argumentum contrariam sententiam respondere. Nam cum dicitur in argumento, nullum fuisse datum uxori coheredem, id negari potest: fuit enim illi datus coheres, licet sub conditione, & post mortem uxoris, quod iure permissum est» (p. 41 i 42). Per tant, la diferència és que segons la primera opinió la vídua no és hereva i, segons la segona, sí.

b) Si no hi ha cap hereu nomenat per a després de la seva mort, FACHINEUS (cap. XVII, p. 42 i 43) assenyalava que també hi havia dues opinions:

— que la vídua instituïda en usdefruit esdevé hereva en tota l'herència.

— que està gravada de restitució en favor dels hereus intestats, com opinava Paulus Castrensis, *Cons. 241, lib. 2*.

FACHINEUS es decantava per la primera opinió: «Nam certum est hereditatem ex die, & ad diem dari non posse, sed detracta temporis mentione purè relictam videri, l. hereditas ex die, ff. de hered. instit. Certum est etiam, si ex certa re quis heres instituat, detracta rei mentione, in totum heredem intelligi, l. 1, § si heres ex fundo, ff. eod. tit. Cum ergo uxor in solo usufructo instituta fuerit donec vixerit, detracta temporis & rei mentione, cum nullus alius coheres datus fuerit, heres purè, & in totum esse iudicabitur. Quod verò tacitè rogata esse videatur, heredibus legitimis hereditatem restituere nulla ratione, nulla lege demonstrari potest» (p. 42).

una quota de l'herència, sense disposar-se de la part restant i amb la prohibició que l'hereu instituït rebés res més, si es volgués respectar la voluntat del testador s'hauria d'obrir la successió intestada, contradient el principi esmentat.

La doctrina clàssica, fidel al principi *nemo pro parte*, no acceptà la concurrència entre hereus testamentaris i intestats, per la qual cosa es debatia entre dues solucions —en principi radicalment diferents però que en realitat no ho eren tant—: l'atribució íntegra de l'herència als hereus testamentaris o l'obertura total de la successió intestada:

a) Una primera opinió entenia que el testador no podia prohibir el dret d'acréixer, i que si ho feia així la clàusula prohibitiva quedava inoperant.³⁹ No quedava viciat tot el testament, sinó únicament la prohibició, de manera que l'hereu testamentari adquiria tota l'herència, incloent-hi també les coses exceptuades. Es basaven en D.28.5.74, llei segons la qual si algú hagués estat instituït hereu universal, exceptuant-ne una finca o l'usdefruit d'aquesta, malgrat la prohibició li pertanyia tot, naturalment sempre que el testador no hagués disposat d'aquell bé.⁴⁰

b) I un segon grup d'autors creien que la prohibició feta pel testador valia (en el sentit que no es tenia per no posada), però viciava tot el testament. Si el testador prohibia el dret d'acréixer als cohereus, aquesta prohibició beneficiava els hereus intestats, de manera que no percebrien res els hereus testamentaris. Es basaven en D.28.5.9.13, llei que deia que si dos haguessin estat instituïts hereus en un mateix testament, un en la tercera part d'una finca, i l'altre en les dues terceres parts restants, tots dos serien hereus, i es prescindiria de la menció de la finca, tret que això s'oposés a la voluntat evidentíssima del testador.⁴¹ D'aquest darrer incís de caràcter voluntarista deduien que el dret d'acréixer tenia lloc excepte si el testador l'havia prohibit.⁴² A més, també s'al·legava que quan una dis-

39. Angelus DE GAMBIGNIBUS (Angelus Aretinus), *Angelus Aretinus Super Institu.*, 1532, f. 135, després d'assenyalar les opinions de Dynus i d'Imolensis dient que l'hereu testamentari ho adquiria tot, i la de Bartolus en sentit contrari, dient que s'obria la successió intestada, refusà aquesta última dient que «[...] qui hoc non est verum, non enim potest facere testator ne leges habeant locum in testamento [...]» Vegeu BELLONUS, *op. cit.*, cap. X, quaest. XVII, núm. 13, p. 216, on cita una sèrie d'autors que segueixen aquesta posició.

40. D. 28.5.74: «Si ita quis hæres institutus fuerit: «excepto fundo, excepto usufructo hæres esto», perinde erit iure civili, atque si sine ea re hæres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est».

41. D.28.5.9.13: «Si duo sint hæredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur».

42. Així ho entenia BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam infortiati partem*, Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Bevilaquam, MDLXXIII, f. 115, par. *Si duo*, qui deia que si s'instituïx un he-

posició era *perplexa*, és a dir, no tenia sentit, quedava viciada i s'havia d'obrir la successió intestada. I això era el que succeïa en el cas que ens ocupa, en què no és possible que el testador institueixi un hereu en cosa certa o en part de l'herència, i a la vegada digui que prohibeix l'acreixement, ja que si s'observés la seva voluntat això implicaria que morís en part testat i en part intestat, cosa que el dret no permetia.⁴³

A partir d'aquestes dues posicions tan radicals i dissemblants, en podien sorgir d'altres no tan extremes i més respectuoses amb la voluntat del testador. Efectivament, si apliquem rígidament les dues opinions, observem com en tots dos casos es contraria la intenció del testador. Si la prohibició no val, perquè l'hereu testamentari rebrà el que el testador ha dit que no rebi. I si el que queda viciat és el testament en la seva integritat, perquè l'hereu instituït es quedaria sense l'atribució testamentària. Per això la doctrina clàssica entenia que la prohibició esmentada implicava una substitució fideicomissària tàcita, amb una naturalesa diferent segons la posició de què es partia.

reü en una finca, amb la prohibició de rebre res més, i no hi ha cap altre hereu instituït, aquell no és hereu en el tot, sinó que s'ha d'obrir la successió intestada, ja que queda viciada tota la institució: «[...] Ex quo dico quod si testator instituit haeredem in fundo, & adiecit plus de bonis suis petere non possis, licet no sit alius haeres institutus in testamento, non eris in solido institutus: quia voluntas testatoris tibi manifestissime refragat, ut hic, sed reducet res ad causam intestati [...] qua quando ex verbis testatoris colligit perplexitas, seu repugnantia, instituto vitiatur [...]» Igualment tractava la qüestió a BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Consilia, quaestiones, et tractatus*, Venetiis, MDXC, al Consilium LXXXXI (91), f. 68, en relació amb el supòsit de l'hereu instituït en cosa certa sota la clàusula que no pugui adquirir res més de l'herència, i establia la doctrina que el testament en aquest cas era nul: «Testamentum, in quo quis est institutus in re certa, & prohibitus, quòd plus petere non possit, non valet [...] Testator quamodo possit facere, q. leges non habeant locum in suo testamento» (c. 157, f. 42, reiterada al Consilium 156, p. 37), ja que el testador no podia imposar en el seu testament el que les lleis no permetien, que és que es morís en part testat i en part intestat. Per tant, en el cas plantejat heretarien els hereus abintestat.

43. Antonius GOMEZIUS (1501-1562/1572), *Variae Resolutiones Iuri Civilis Communis et Regii*, Sumptibus Petri Bruyset, & Sociorum, Lugduni, 1751, cap. X, núm. 10, vers. *Quaero tamen* in fine, es feia ressò d'aquest argument: «[...] quando in testamento, vel ultima voluntate colligitur perplexitas & repugnantia, vitiatur, & causa reducit ab intestato, textus est in *l. si Titio ff. de cond. instit.* sed in nostro casu & quaestione est perplexitas & repugnantia: quia testatur instituit haeredem in re certa, vel parte, & ex adverso voluit quod non haberet alia bona, & prohibuit ius accrescendi; quod de iure est impossibile, ut in dicta regula, ius nostrum, ergo vitietur institutio; & reducat causa ab intestato; & in expresso istam sententiam & conclusionem tenet BART. in *d.l. quotiens § si duo, ff. de haered. inst.* & ibi BALD. PAUL. DE CASTR. & alii Doct. idem BART. in *l. pen. ff. de iniust. rup. colum. l. num. l. idem BART. in leg. si quis priore in fin. ad Trebell.* PAUL. DE CASTR. in *l. quotiens, Cod. de haered. inst.* & istam dicit ibi magis communem opinionem PHIL. CORN. *pen. colum. in med.* unum tamen est, quòd haeredes ab intestato tenentur restituere illam rem vel quotam per fideicommissum ipsi haeredi instituto, argumento textus in *facto, ff. ad Trebell.* & in *l. Scævola, eod. tit.* & in *l. filiifam. § ut quis haeredem de leg. l.*»

a) Entre els autors que entenen que la prohibició no viciava el testament sinó que es considerava no posada, hi havia dues opinions:⁴⁴

1) La que entenia que l'hereu no havia de restituir res, sinó que l'herència li acreixia de manera irrevocable malgrat la prohibició, basant-se en D. 28.5.74 —que no imposa cap restricció a l'hereu testamentari que fa seus la totalitat dels béns malgrat l'excepció—, en D.31.1.77.30⁴⁵ i en la solució donada al cas de l'hereu en cosa certa. Efectivament, quan el testador institueix algú en cosa certa també està tàcitament prohibint el dret d'acréixer, i malgrat tot li acreix tota l'herència sense que s'entengui que està gravat de restitució en favor dels hereus abintestat. Atès que les disposicions tàcites tenen tanta força com les expressives, s'ha d'entendre que quan la prohibició sigui expressa tampoc no haurà de restituir res.⁴⁶

2) Era majoritària, això no obstant, l'opinió segons la qual l'hereu instituït havia de restituir els béns exceptuats als hereus intestats,⁴⁷ basant-se en el fet

44. Tal com assenyalava BELLONUS, *op. cit.*, cap. x, quaest. XVIII, núm. 1-4, qui entre els autors que defensen aquesta posició citava Ioannes Imolensis.

45. «Pater, qui filio semissem dederat, et sororibus eius impuberibus quadrantes, quibus fratrem tutorem dedit, ita fuerat locutus: «fili, contentus eris pro tuo semisse aureis ducentis, et vos, filiae, pro vestris quadrantibus centenis aureis»; vice mutua liberis fideicommissum hereditatis reliquisse non videbatur, sed aestimationem, ut a parentibus frugum fieri solet, patrimonii sui fecisse, nec idcirco fratrem iudicio tutelae bonae fidei rationes quandoque praescriptione demonstratae quantitatis excludendum».

46. No obstant això, contra aquest argument assenyalava Gregorio LÓPEZ, a Ignacio SANPONTS Y BARBA, Ramon MARTÍ DE EIXALÀ, i José FERRER Y SUBIRANA, *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez*, tom III, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes y C^a, 1843, p. 449, que «Hay mucha distancia entre el instituido en cosa cierta sin prevención alguna, y el que lo es con la de no recibir lo restante: en el primer caso se presume que el testador ha querido lo mismo que la ley, es decir, que el heredero recibiese la totalidad de los bienes, BALD. en la l. 8 C. de impub. et aliis subst. charticle pen. y arg. l. 38. D. de acquir. haered.; en el segundo, aunque parezca adjudicársele el todo por la ley, debe no obstante restituir el residuo a la persona á cuyo favor la prohibición se hizo».

47. Entre els autors que defensaven aquesta opinió hi havia Antonius PEREGRINUS (1530-1616), *De fideicommissis praesertim universalibus*, Augustae Taurinorum, Apud Ioannem Dominicum Tarinum, MDCX qui, a l'*articulus quintus*, núm. 13 deia que: «Item si dictum fuerit in institutione, testator instituebat Titium in certa re, vel quota, expresse prohibendo, ne plus habere possit, concertant maiores nostri, quid iuris sit: na BART. in d.l. quoties, §. si duo, colum. 1. ff. de haered. instit. determinat pro nullitate institutionis, & rem favore venientium ab intestatu deduci ad intestati causam, & idem BART. in l. si quis priore, ff. ad Trebell. & in consi. 156. Titius, & 177. MATTHEOLUS, sequuntur IAS. cons. 8. in tertio, ubi de communi, GOZAD. consi. 21. col.6. RIPA in l. re coniuncti, nu. 135, ff. de leg. 3. Alii verò fuerunt in diversis opinionibus, prout amplè per IMOLAM in l. I, § si ex fundo, ff. de haered. instit. per LUDOU. ROM. in l. unica. C. quan. non pet. par. per CUR. SEN. d. cons. 75. & CUR. IUN. cos. 12. col. 3. CRAU. de antiq. temp. in 4. par. nu. 129 & ego plenissime retuli in article 11 nu.66. Placet mihi, ut accipiamus sententiam SALIC. in d.l. quoties, ut scilicet, detrac-

que la consciència de l'hereu testamentari no li havia de permetre adquirir una sèrie de béns contra la voluntat del testador. «Hæres prohibitus plus petere in foros conscientiae tenetur residuum venientibus ab intestatu restituere», afirmava Bellonus, qui assenyalava fins i tot que la voluntat de retenir és un acte inútil i invàlid contra el qual els successors abintestats podrien exercitar l'anomenada *Evangelica denunciatio*.⁴⁸ També invocava D. 31.69.pr.⁴⁹, llei en què es veu com el fideïcomís es desprèn de les paraules utilitzades pel testador i per tant pot ser tàcit, i D.36.1.29,⁵⁰ d'acord amb la qual en el fideïcomís no és necessària l'expressió del fideïcomissari.⁵¹ A més, com assenyalava Gregorio Ló-

ta mentione certa rei, & remota prohibitione iuris accrescendi, quia testator secundum iuris scripti regulas, no potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus. l. ius nostrum. ff. de regul. iur. hæres scriptus in totum sit heres, verum inspecta voluntate testatoris, qui noluit plus habere, intelligatur per fideicommissum gravatus restituere venientibus ab intestato, ad text. in d.l. peto, & quae supra dicta sunt, quasi deducta una re rogatus sit residuum restituere, iura tex. in § si quis una, Instit. de fideicommiss. hæred. & ante eum sic consuluit BALD. in d. cons. 468 in 1. & indubiter adiecta clausula codicillari. BAR. in d. § si duo in si».

48. BELLONUS, cap. x, quaest. XVIII, núm. 12-14. Aquest mateix argument el donà Gregorio LÓPEZ, *op. cit.*, p. 448, qui afirmava que «[...] el instituido en cosa cierta no podrá en el foro de la conciencia retener toda la herencia, si creyendo el testador que no tendría derecho a los demás bienes semejante heredero, le hubiese instituido en dicha forma. Así pues, siendo dudoso este punto, debere-mos tomar el partido más seguro, el que deja tranquila la conciencia».

49. «Peto, Luici Titi, contentus sis centum aureis»; fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: «peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis?» Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testatur non est locutus. Idem dicemus, si, quum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: «peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis».

50. «Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiam si ex certis rebus in posteriores tabulas hæredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt; cuius Constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in Constitutione expressa sunt: "Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet". Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum».

51. BELLONUS, *op. cit.*, núm. 15 i s., qui conclouia dient que «Ex quibus apparet, verissimam esse sententiam SALYCET existimantis prohibitionem iuris accrescendi a testatore factam non vitare quidem testamentum, sed operari, ut institutus censeatur gravatus restituere hæreditatem venientibus ab intestato, retentis rebus in testamento datis. Quae sententia sine dubio procedit, si in testamento fuisset addicta clausula codicillaris ut scribunt DURAN. de articulo test. tit. 6 caut. 15, n. 5. versic. Et idem operatur [...] quippe, quae solet efficere, ut ea, quae non possunt valere iure directo, valeant faltem iure fideicommissi (núm. 29 i 30).

pez,⁵² «¿Cómo puede permitirse que el instituido en cosa cierta, con prohibición de percibir más, tome todos los bienes contra la expresa prohibición del testador, cuando puede tomarse un camino por donde, sin chocar contra los principios, esa voluntad queda intacta?». Aquest camí era el fideïcomís en favor dels hereus intestats.

b) Entre els autors que entenien que la prohibició valia i el testament quedava viciat i s'havia d'obrir la successió intestada, semblava que es donés per descomptat que, en atenció al respecte a la voluntat del testador, la cosa o quota atribuïda per testament a l'hereu testamentari se li havia de restituir per via de fideïcomís.⁵³ Així ho afirmava Gomez:⁵⁴ «[...] si testator instituit aliquem hæredem in re certa, vel quota, & expressè dixit & prohibuit, ne aliæ res, vel partes accrescant & vitiatum testamentum tota institutio, & tamen ibi non datur repugnancia in totum nec excluditur consensus in totum, sed tantum in parte sicut hic; sed ultra omnes potest dici quod ibi sustentatur & conservatur actus institutionis alio modo, & forma sufficienti, scilicet ab intestato, quia tenentur hæredes ab intestato hæredi instituti in re certa vel quota eam restituere per viam legati, vel fideicommissi: hic verò aditio hæreditatis factam parte vitaretur, nec esset possibile eam ab intestato, vel alio iure valere, unde meritò aditio, partis trahit ad se aliam partem ut dictú & probatum est».

Cal matisar el sentit que tenia per als autors del *ius commune* la restitució fideïcomissària. Els hereus —testamentaris o abintestats— no retenien els béns objecte del fideïcomís fins al compliment de la condició o la finalització del termi-

52. *Op. cit.*, p. 448.

53. Com a defensors principals d'aquesta teoria els autors clàssics (per exemple Gómez, *op. cit.*, cap. X, núm. 10, p. 191) citaven BARTOLUS, en el comentari a la *Lex quoties § si duo...* No obstant això, en aquell comentari únicament feia referència al fet que s'obria la successió intestada, tal com hem assenyalat anteriorment, però sense referir-se a cap restitució en favor de l'hereu testamentari. Únicament al seu comentari a la *Lex si quis ita* (D. 32.2.4), f. 51, assenyalava que «Si testator dixit Titio, esto contentus illo fundo? Ista verba inducunt fideicommissum fundi. Sed an repellatur a petitione eorum q. sunt relicta in testamento? Certè non, nisi est dictum pro omnibus, quae tibi relicta sunt, esto contentus illo fundo. l. peto. in prin. & §.l.s. de lega.2. Pro hoc facit l. translatio. j. de adi. leg. Sed si testator dixit: sis contentus tali re tantum, vel duntaxat, vel si dixit, q. plus petere non possit, utrum alia relicta in testamento possit petere, vel videantur omnia adempta per ista verba? Puto fore sic dicendum, q. omnia relicta in eodem testamento uniformiter videantur adempta, ut puta, si illud legatum fuit factum pure, omnia alia legata facta pure videntur adempta. l.iii. § cum Titio. j. de ali. leg. sed si essent legata facta difformiter, quia erant legata relicta post mortem alicuius, vel relicta sub conditione, & ista verba fuerunt adiecta legato pure relicto, vel e conuerso, tunc talia legata difformia non videntur adempta. l. Paulo Callimacho. §. j.j. eo. Quod no. pro testamentis, quae dicunt, & plus petere non possit. Et ad declaratione huius clausae, facit quod dixi. j. de ope. lib. l. ut iurisiurandi. § si liberti».

54. *Op. cit.*, cap. X, núm. 19, vers. *Adverterum tamen...*, p. 194.

ni,⁵⁵ sinó que la restitució es feia immediatament després de la mort del causant. Es tractava de l'anomenat *fideïcomís pur*.⁵⁶

Podria semblar que, si s'acceptava la tesi que s'ha de produir la restitució, tant la teoria que entenia que valia el testament com la que deia que s'havia d'obrir la successió intestada, arribaven al mateix resultat pràctic: l'atribució definitiva de béns a les persones que realment va voler el testador. Posant l'exemple que a l'hereu en cosa certa se li digui que s'ha d'accontentar amb la finca atribuïda, d'acord amb la primera teoria aquest hereu en cosa certa seria hereu universal, però hauria de restituir als hereus intestats la resta de l'herència, de manera que només es quedaria definitivament amb la finca. Si se seguís la segona teoria, l'herència seria per als hereus intestats, però haurien de restituir la finca a l'hereu en cosa certa. Per tant, el resultat aparentment sembla el mateix, però no podem dir que sigui totalment coincident. La diferència seria la possibilitat que tindria l'hereu *fiduciari* de retenir la quarta trebel·liànica quan l'objecte de la restitució superés la quarta part del valor del cabal hereditari. Així, seguint amb l'exemple proposat, si el valor de la finca fos el 80 % del valor de l'herència, si fos hereu el que ha estat instituït en cosa certa, hauria de restituir el 20 % restant. En canvi, si els hereus fossin els intestats, aquests, del 80 % corresponent al valor de la cosa a restituir, podrien quedar-se un 5 % fins a completar el 25 % al qual tindrien dret en concepte de trebel·liànica. I el mateix podria succeir respecte a la possibilitat de retenir la quarta falcídia quan s'haguessin imposat llegats en el mateix testament vàlid o en un codicil que superessin les tres quartes parts del cabal hereditari.⁵⁷

Un altre cas problemàtic era el de la institució d'hereu *excepta re certa*, és a dir, amb la prevenció que no s'adquireixi un bé o uns béns determinats. En els autors del *ius commune* era majoritària la doctrina segons la qual un cop instituït un hereu universal exceptuant-se una finca o una altra cosa particular, el que quedava viciat era la prohibició, de manera que l'hereu adquiria tota l'herència incloent-hi

55. Com succeeix actualment d'acord amb l'article 182 del CS.

56. Que encara apareixia regulat a la de la CDCC (l'article 163 de la CDCC recollia la distinció entre *fideïcomís pur* i *substitució fideïcomissària*) però que ha desaparegut del Codi de successions. En el preàmbul del CS, IV, c,11, a, es diu que «Es suprimeix la figura del fideïcomís pur, amb la qual cosa s'aconsegueix una notable simplificació de la institució».

57. Això no obstant, semblava que l'opinió dominant era que la cosa en què s'havia estat instituït era el que el testador volia que es retingués en concepte de trebel·liànica, com es desprèn de Gregorio LÓPEZ, *op. cit.*, p. 458, citant SALICETUS. CANCER (*op. cit.*, cap. II, núm. 123, p. 59), assenyalava que l'hereu en cosa certa no podia detreure la quarta trebel·liànica. I RIPOLL (Acacius Antonius RIPOLL [1585-aprox. 1655], *Variae Iuris Resolutiones*, Lugduni, 1630, cap. XIII, núm. 43 i s.), assenyalava que en el fideïcomís pur no es podia detreure la quarta trebel·liànica.

les coses exceptuades (sempre que no s'hagués disposat d'aquell bé per via de llegat en un codicil posterior).⁵⁸

2. LA VIGÈNCIA I EL SIGNIFICAT DEL PRINCIPI *NEMO PRO PARTE* EN EL DRET HISTÒRIC CATALÀ

A conseqüència de l'aplicació del dret romà com a dret supletori, que no era exceptuat en aquesta matèria per cap disposició de caràcter general per a tot el Principat, el principi *nemo pro parte* va regir a Catalunya. Els autors clàssics catalans no qüestionaren en cap moment la regla, ni la justificaren, sinó que únicament es varen fer ressò de la seva vigència i mencionaven algunes de les seves conseqüències. Així, per exemple, Fontanella,⁵⁹ després d'assenyalar que a l'hereu en cosa certa se'l tenia com a legatari excepte si no hi havia hereu universal, cas en què tenia la consideració d'hereu universal, digué que la «Ratio (ergo respondeo) est manifesta, quia illud est privilegium ultimae voluntatis ne quis dicatur decedere partim testatus, & partim intestatus». No justificà la regla, sinó que únicament es feia ressò de l'opinió dels *Doctores* favorable a la seva vigència.⁶⁰

58. Així ho assenyalava BELLONUS (cap. x, quaestio xvii, núm. 1 i 2, p. 216, citant autors com Baldus i Paulus CASTRENSIS) si bé també es feia ressò de l'opinió en contrari de BARTOLUS, qui creia que quedava viciat tot el testament. Igualment, Franciscus DE BARRY (*De successione testati ac intestati*, Tomus secundus, Lugduni, Sumptibus Ioannis Antonii Huguetam, & Guilielmi Barbier, MDCLXXXI) assenyalava que si el testador instituï algú hereu universal, i a aquesta institució li va exceptuar alguna cosa particular, l'excepció segons PEREGRINUS no valia: «Similiter si testator aliquem instituerit haeredem universalem, à qua institutione exceperit rem aliquam particularem, exceptuatiorem illam non valere dicit PEREGR.»

59. Ioannem Petrum FONTANELLA (1576-1640), *De pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus tractatus*, Tomus Prior, Barcinonae, Expensis Michaelis Menescal, 1612, cl. 4, gl. 9, par. 4, núm. 108 a 110, 112.

60. La mateixa línia seguien la resta d'autors clàssics catalans que tractaren la qüestió:
— Iacobus CANCELIUS (1549-1629), *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei Pontificii, et Municipalis Principatus Cathaloniae*, pars tertia, Ex Typographia Iacobi à Cendrat, Barcinone, 1608, considerà el principi *nemo pro parte* com a fonament del dret d'acréixer: «Fuit inductum ius accrescendi, ne quis decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus» (*op. cit.*, núm. 5). I a continuació assenyalà que «[...] quod institutus ex semisse, nullo alie cohaerede dato, habebit totum assem, & reddit text. rationem, neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest».

— Josep FINESTRES I DE MONSALVO (1688-1777), *Praelectiones Cervarienses sive Comentarum Academicum ad titulum pandectarum De liberis, et postumis, cui subjungitur. Diatriba De Postumis hereditibus instituendis, vel exheredandis, ed ad titulum de acquirenda, vel omittenda hereditate*, tom 1, Cervariae Lacetanorum: Typis Academicis, per Josephum Barber, & Soc. An. Chr. MDCCL, va fer-se igualment ressò de la vigència de la regla *nemo pro parte* (al núm. 12, p. 419, on també tractà de l'origen de la regla: «Hinc enata fuit regula Iuris Civilis, à Pomponio tradita in *L. Ius 7. de reg. Iur.*, quae

El sentit que es donava al principi *nemo pro parte* era el mateix que li atorgaven els juristes del *ius commune*. En entendre's que el testament tampoc no valia si l'hereu no acceptava l'herència —«Certum est, quod si ex testamento non adataur haereditas per haeredem scriptum, nihil ex his quae scripta sunt, valent»⁶¹—, la formulació del principi era la tradicional: la incompatibilitat entre testament i successió intestada. I això era important ja que, com veurem, en els territoris en què es va independitzar l'eficàcia del testament de l'acceptació de l'hereu es discutia la vigència del principi *nemo pro parte*.

Pel que fa a la justificació de la regla de la incompatibilitat, Martí i Miralles afirmava que el principi *nemo pro parte* és una conseqüència lògica del principi d'universalitat que acompanya tota successió hereditària, perquè «[...] si l'hereu testamentari ho és en la totalitat o universalitat del patrimoni del difunt, és evident que no pot quedar res que sigui transmès per títol d'intestatura [...] el principi que ens ocupa no ve a ésser altra cosa que la traducció jurídica, podriem dir, i l'aplicació pràctica i concreta a la matèria de successions, del citat principi metafísic de contradicció, que no permet que una cosa sigui i deixi d'ésser al mateix temps, és a dir, que no és possible que una persona mori amb testament i sense testament».⁶²

negat eudem in paganis & testato, & intestato decedere posse. Eandem prodit Cicero de Invent. Unius, inquit, pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt: nec unquam factum est, ut eiusdem alius testamento, alius lege heres esset. Ait Pomponius in d. L. 7. in Paganis, scilicet bonis; nam postea in Castrensibus licuisse pro parte intestatum decedere neglecto iure adrecedendi, apertè ostendum L. 6. L. 37. de Testam. milit. L. Filius 42. §. Castrensium I. de Bon. libert. Quod ad privilegia militum referendum est, quibus contra Iuris Civilis regulas, & observationem facultas testandi de bonis Castrensibus concessa suit; adeo, ut quoquo modo testari fuissent, rara esset eorum voluntas. L. I. de test. milit. Vid. JAC. GOTHOFRED. ad L. 7. de reg. Iur.»), i d'alguna de les seves conseqüències, com la impossibilitat que el testador prohibís l'acreixement (núm. 13, p. 419), però ni la justificà —sinó que la qualificà simplement de «legis dispositionem», ni —al contrari que CANCER—, considerà que donava lloc a una varietat d'acreixement. Podem dir que FINESTRES treia sacralització a aquesta regla, és a dir, no li donava el caràcter tan transcendental que li atribuïen altres autors del *ius commune*, però sense que se'n ressentís el sistema.

I, pel que fa als autors del segle XIX, també es limitaven a assenyalar la vigència de la regla sense entrar en consideracions. Així, per exemple, BROCA-AMELL (Guillermo M^a DE BROCA Y MONTAGUT, Juan AMELL Y LLOPIS, *Instituciones del Derecho Civil Catalán Vigente*, Barcelona, Imprenta Barcelonesa, 1880, p. 347), o Félix María FALGUERA, a Vicente GIBERT, *Teórica del Arte de Notaría*, Barcelona, Manuel Saurí y Eudaldo Puig Editores, 1875, p. 204, nota e. També la STS de 7 d'abril de 1864 (vegeu-la a *Jurisprudencia Civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia*, tom IX, 1864, p. 235 a 238) assenyala que «Es un principio reconocido en la ley 7^a Dig. De diversis regulis iuris, que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, no pudiendo por consiguiente tener lugar á la vez la sucesión testamentaria y la legítima, conforme se halla dispuesto tambien por la ley 89 del mismo título, vigentes ámbas en Cataluña».

61. CANCER, *op. cit.*, cap. IV, núm. 35.

62. Joan MARTÍ I MIRALLES, *Principis del Dret Successori aplicats a fórmules d'usdefruit vi-*

2.1. LA REFORMULACIÓ DEL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE* EN ELS DRETS LOCALS DE BARCELONA I TORTOSA

En els drets locals de Barcelona i Tortosa unes disposicions particulars varen fer necessària una reformulació del principi *nemo pro parte*, i li van donar un sentit més proper al que té en el Codi de successions que al que tenia en aquells moments en el dret general de Catalunya. Fins i tot, alguns autors van posar en dubte la vigència d'aquest principi.

a) Pel que fa a Barcelona i als municipis que gaudien dels seus mateixos privilegis, una pragmàtica concedida per Pere III el 14 de novembre de l'any 1339 va permetre la compatibilitat entre testament i successió intestada, de manera que existint un testament eficaç podia ser que s'obris la successió intestada. La darrera part de la Pragmàtica independitzava l'efectivitat del testament de l'acceptació de l'hereu, i establia que «Estatuim també i ordenem que encara que l'hereu escrit no admeti l'herència, o admesa la rebutgi, o bé per qualsevol altre modo i manera falti l'hereu universal del mateix difunt, des del principi o després, o en un interval; no obstant i això, sempre que el testador o un altre que disposa una altra última voluntat pogués fer testament, valguin els llegats i fideicomisos i les demés coses disposades en testament o en qualsevol altra última voluntat per un testador apte de disposar, mentres que els llegats i fideicomisos o altra qualsevol disposició sien fets a subjectes capaços d'ells».⁶³

dual i d'herència vitalícia, Barcelona, Imprenta La Renaixença, 1925, reimpressa l'any 1985 en edició facsimilar per la Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, p. 28 i 29. MARTÍ I MIRALLES exposava els principis del dret successori romà aplicats a Catalunya. D'aquests principis (la necessitat d'institució d'hereu perquè hi hagi testament, la universalitat de la successió, la incompatibilitat de les successions testada i intestada, la perpetuïtat d'una classe de successió i de l'altra, i la indivisibilitat de l'acceptació i la repudiació de l'herència), dos eren fonamentals: el de la necessitat d'hereu perquè hi hagi testament (Digest 28.5.1.3; Instituta 2.23.2 i 2.20.34.) i el del caràcter universal de la successió de l'hereu: l'hereu succeeix en tots els béns i els drets del difunt (Digest, 28.5.9.12). I d'aquests dos principis bàsics se'n derivaven uns altres, entre els quals trobem el principi *nemo pro parte*. Si tot testament havia de contenir institució d'hereu, i aquest ho era en la totalitat del patrimoni del difunt, no quedava res per transmetre per via de successió intestada. L'existència efectiva d'un hereu testamentari exclouïa la possibilitat d'obertura de la successió legal.

63. Segons la traducció feta per MARTÍ I MIRALLES, *op. cit.*, p. 100. L'esmentada Pragmàtica que conté les Constitucions y altres Drets de Catalunya (CYADC, vol. II, llibre sisè, tit. I, p. 153 en l'edició de la Generalitat de Catalunya) establia que «Debita meditatione pensantes, qualiter ex insufficientia, seu ignorantia aliquorum Notariorum plura testamenta rationibus infrascriptis possent de facili vitari, ac etiam annullari, quod nedum in testantium, verumetiam quam plurimum aliorum dispendium redundaret, idcirco, cum intersit Reipublicae praemissis quae ex hoc possent imminere dispendiis, provisione Regia obviare, tenore praesentis cartae nostrae perpetuo valiturae, ad supplicationem humilem pro parte Consiliariorum, & proborum Hominum Civitatis Barchinonae propterea

Per tant, la insubsistència a Barcelona del principi *nemo pro parte* d'acord amb el significat tradicional (incompatibilitat entre testament i successió intestada) es podia defensar per dues vies diferents. Per alguns, perquè el testament podia no contenir institució d'hereu, i per a uns altres, perquè un testament que contenia institució d'hereu seguia sent eficaç tot i que l'instituit hereu no arribés a ser-ho.

a.1) En el dret local de Barcelona la possibilitat de concedir eficàcia a un testament quan l'instituit hereu no havia arribat a ser-ho havia estat acceptada sense discussió per la doctrina clàssica. Ja Cancer assenyala que «Est que ad verterum, quòd praedicta regula habet locum, in praesenti Principati, paerterquam Barcinone, ubi per d. R. Pragma. licet ex testamento non adeatur hereditas, vel adita repudietur, & denique quocun que modo nomen haeredis & effectus enervetur ab initio, sive ex postfacto, valent legata, & fideicommissa, & cetera per testatorem testabilem in testamento relicta, modo capacibus sint relicta».⁶⁴ Si l'hereu testamentari no acceptava, les altres disposicions testamentàries no quedaven sense efecte, sinó que subsistien a càrrec dels hereus intestats —naturalment, si hi havia un únic hereu testamentari, o cap dels instituïts no arribava a ser hereu—, amb la qual cosa es podia morir en part testat i en part intestat. Així Trías i Giró afirmava que: «En Barcelona no es la incompatibilidad entre las dos sucesiones absoluta,

nobis factam concedimus, statuimus, ac etiam ordinamus, quod ex quo testator, seu alius quivis quemcunque disponens ultimam voluntatem fuerit testabilis, & capaces haeredes instituerit, tale testamentum, seu quaevis alia cuiuscunque ultima voluntas, non sit, nec possit dici nullum, sive nulla, seu valeat annullari, dato quod personae quae de iure communi institui habent praetereantur, sive exheredentur, vel de postumo, vel de postumis mentio nulla siat, & dato etiam quod aliqua solemnitas iuris, quae in eis requiritur omissa fuerit, in toto testamento, seu alia ultima voluntate, vel aliqua eorum parte, ex quo in ipso testamento, vel ultima voluntate fuerint duo testes, vel plures etiam non rogati, & ipsum testamentum, seu alia quaelibet ultima dispositio fuerit in publicam formam redactum, seu redacta ita tamen, quod ipsis personis quae institui habent, vel de quibus mentio est fienda ius salvum remaneat super legitima, nisi fuerint iuste praeteriti, ac etiam exhaeredati. Statuimus etiam, & ordinamus, quod licet haeres scriptus non adeat haereditatem, vel adita repudietur, vel alias quocunque modo, & qualitercunque deficiat haeres ipsius deffuncti universalis, ab initio, vel ex post facto, seu ex intervallo, nihilominus in Omni casu, ex quo testator, vel alius disponens aliam ultimam voluntatem fuerit testabilis, valeant legata, & fideicommissa, & caetera per aptum testatorum disponere in testamento, seu quavis alia ultima voluntate, dum legata, & fideicommissa facta sint capacibus, seu alia quaevis dispositio in capaces. Mandantes, & c.»

64. CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii, et Municipalis Principatus Cathaloniae*, Pars Prima, Barcinone, 1594, f. 24, núm 37. I en el segle XIX GIBERT escrivia que «Si alguno fuere instituido heredero y repudiar la herencia no habiendo sustituto o pariente, se invalida todo el testamento y nada vale de cuanto en él se halla escrito; pero en la ciudad de Barcelona, aunque no se acepte la herencia testamentaria, ó ya aceptada se repudie, vale todo lo demás que ha dispuesto el difunto».

porque, según el privilegio de Pedro III, cuando por repudiación del heredero testamentario o por otra causa falta el heredero universal, se conservan los fideicomisos y demás disposiciones ordenadas en el testamento». ⁶⁵ En el mateix sentit, Manuel Duran i Bas afirmava que «La sucesión intestada ábrese en ella [a Catalunya] como en Castilla, no sólo cuando no hay testamento, sino cuando éste no subsiste; y ábrese igualmente en Barcelona y poblaciones que de sus privilegios disfrutan, no en el resto del antiguo Principado, donde no es posible morir parte testado y parte intestado según queda dicho más arriba, en algunos casos en que no subsiste la institución hereditaria, pero sí el resto del testamento». ⁶⁶

a.2) Més dubtosa era la validesa del testament que no contingüés institució d'hereu. Els autors catalans del *ius commune* no esmentaven aquesta especialitat, per la qual cosa pressuposaven la vigència de la normativa general. ⁶⁷ La polèmica va començar a partir de Vives i Cebrià, qui, en la *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña*, després d'afirmar que «La institución de heredero es necesaria en Cataluña, pues no hay ley que como la 1, del tit. 18, lib. 10, novis. recop. autorize el que se pueda morir en parte con testamento y en parte sin él», va dir que «no obstante en Barcelona y demás ciudades que gozan de los privilegios de Barcelona, no es necesaria la institución de heredero en virtud de la ley única, tit. 1, lib. 6. del 2º volúmen». A partir d'ell, la doctrina es va dividir en dues corrents:

65. A la traducció de las *Instituciones de Derecho Romano*, de Felipe SERAFINI, 9a ed. (corregida per J. M. TRÍAS DE BES), tom II, p. 389, nota 1.

66. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Imprenta Casa de Caridad, Barcelona, 1883, p. 269. Igualment, FALGUERA, *Apuntes de Notaría*, Barcelona, 1871, p. 380: «En Barcelona puede morirse parte testado y parte intestado, pero con tal que se nombre heredero»; i BROCA-AMELL, *op. cit.*, p. 281: «Es también incompatible (la sucesión intestada) con la sucesión testada en fuerza del principio nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, que rige aun con todo su vigor en Cataluña, excepto en Barcelona, en virtud del privilegio de Pedro III, único del Tít. 1º (De testaments), Lib. VI, vol. II, de que luego se hablará, y en Tortosa según hemos indicado».

67. Els autors que feien referència a algunes especialitats del dret de Barcelona passaven per alt la que ens ocupa. Així, Josep COMES (1655-1722), *Viridarium artis notariatus sive tabellionum viretum ex odoriferis doctorum, & huiusce Artis Authorum floribus quibusque optioribus compactum, sacraeque Romanae Rotae, utriusque Senatus affuentibus aquis perutiliter faecundatum, Tomus primus, Gerundae, Typ. Francisci Oliva, MDCCIV*, recollia diverses especialitats del dret local de Barcelona, entre aquestes, en relació amb el testament nuncupatiu, la del cap. XIII, núm. 8, p. 428, mentre que en relació amb la necessitat d'institució d'hereu, deia al núm. 1 del cap. III, p. 357 i 358, que «Haeredit institutio, caput, & fundamentum est, ut praedixi, totius testamenti, sine qua illud inutile est, quaecumque tandem sit». Igualment Bonaventura DE TRISTANY († 1714), *Sacri supremi regii senatus Cathaloniae decisiones*, Tomus Tertius, Anno 1701, Barcinone, Typographia Raphaelis Figueró, feia referència a la seva Decisio XCII (tom III, p. 277 i s.) al «privilegium Civibus Barcinone concessi Serenissimi Domini Regis III», però no deia res sobre la no-necessitat de la institució d'hereu per a la validesa del testament.

— Els qui hi estaven d'acord eren Elías-Ferrater,⁶⁸ Permanyer⁶⁹ i Corbella,⁷⁰ qui afirmà que «No sería posible que se sostuvieran por sí mismas, es decir, sin cláusula codicilar ni otro adjutorio, las disposiciones todas del testamento, faltando el heredero escrito, en cualquier tiempo y por cualquier causa, si fuese necesaria la institución de heredero, que, suponiéndola obligatoria, pugnaría, por otra parte, con el espíritu del citado Privilegio, según se descubre a través de cada una de sus numerosas disposiciones, todas ellas obedientes al principio de la libertad testamentaria, conculcada por el derecho romano».

— Els qui entenien que la institució d'hereu seguia sent imprescindible per a la validesa del testament a Barcelona, que era la posició majoritària, eren Falguera,⁷¹ Brocà-Amell,⁷² Maluquer Viladot,⁷³ Coll i Rodés,⁷⁴ Durán i

68. *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*, 3a ed., 1885, p. 633, núm. 4381.

69. J. J. PERMANYER AYATS, *Apuntes de Historia General del Derecho español*, p. 191.

70. Arturo CORBELLA, *Manual de Derecho Catalán*, imp. de Viuda de Vidiella y Pablo Casas, Reus, 1906, p. 757 i 758.

71. A Vicente GIBERT, *Teórica del Arte de Notaría*, Barcelona, Manuel Saurí y Eudaldo Puig (ed.), 1876, p. 215, nota 0, qui afirmava que «Equivocadamente dice el Sr. Vives en su Traducción al castellano de las Constituciones de Cataluña que la cláusula de institución de heredero no es necesaria en la ciudad de Barcelona, según el privilegio de Pedro III. Este privilegio libra á los testamentos otorgados por los ciudadanos de Barcelona de muchas de las nulidades en que podrian incurrir según el derecho romano por la existencia de ciertos defectos, pero con la condición de que no falte la cláusula de institución de heredero: «statuimus ac etiam ordinamus, quod ex quo testator seu alius quis quicumque disponens ultimam voluntatem fuerit testabilis, ET CAPACES HEREDES INSTITUERIT, tunc testamentum, seu quaevis alia cujuscumque ultima voluntas non sit nec possit dici nullum, sive nulla, seu valeat annullari, dato quod, etc.» De consiguiendo la cláusula de institución de heredero es esencial en Barcelona, lo mismo que en todo el resto del territorio catalán, y á no ser así, no hubiera dejado de advertirlo Gibert».

72. Tom II, ed. 886, § 652, p. 318 i 319.

73. Juan MALUQUER VILADOT, *Derecho civil especial de Barcelona y su término*, Imprenta La Renaixença, Barcelona, 1889, p. 144 i s.: «No hay duda que, lo mismo en esta ciudad que en el resto del Principado, salvo el fuero de Tortosa y su término, es esencial en todo testamento la cláusula de institución de heredero», fent-se ressò de les opinions de FALGUERA, BROCÀ i de la STS de 12 de setembre de 1865.

74. Ramón COLL I RODÉS, «El privilegio del Rey en Pere III de 1339», a *Revista Jurídica de Cataluña*, tom XVII, 1911, p. 322, qui dóna com a argument «El fet de no haver-hi en el privilegi cap disposició que explícitament, radicalment derogui aquell requisit de la institució d'hereu [...] Puig si era la intenció del legislador innovar el dret constituït podia y debía expressar-ho clarament, com clars son els demés preceptes que comprén el privilegi, y el no haver-ho fet aixís demostra que no era aquella la seva intenció», fent-se ressò (nota 12) de la diferència de claretat envers del codi dels Costums de Tortosa. I invoca la STS de 23 de setembre de 1864 (vegeu-la a *Jurisprudencia Civil*. Colección completa de la sentencia dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, tom X, segon semestre de 1864, Madrid, 1864, p. 93) que deia que «Considerando que si bien la ley única, tít. 1º, lib. 6º, volumen 2º de las Constituciones de Cataluña, que se cita como infringida, está vigente, y según ella el testamento otor-

Bas⁷⁵ i Trías i Giró,⁷⁶ que es basen bàsicament en la falta de derogació expressa de l'exigència esmentada i en la consideració que el text de la Constitució pressuposa aquella necessitat.

L'acceptació de la posició de Vives i Cebrià donava a entendre que es podia morir en part testat i en part intestat quan el testament no contenia la institució d'hereu i s'ordenaven llegats: el testament subsistia i malgrat això s'havia d'obrir la successió intestada.

No obstant això, cal insistir que aquestes excepcions no significaven un trencament absolut de la regla *nemo pro parte*, sinó només la seva reïnterpretació o reformulació. El trencament es produiria si es permetés la concurrència d'hereus testats i intestats, però cap disposició no ho autoritzava, ni expressament ni tàcitament.

b) Pel que fa a Tortosa, en el Codi dels Costums de Tortosa la rúbrica quarta del llibre sisè «De ordinació de testaments» establia expressament la no-necessitat de la institució d'hereu en els testaments.⁷⁷ Per tant, era clar que el principi *nemo pro parte* no podia tenir el significat tradicional, de manera que l'existència d'un testament era compatible amb l'obertura de la successió intestada. El dubte era en si podien concórrer hereus testats i intestats. D'acord amb la no-exigència de conjunció per a l'acreixement i amb el tractament que donaven els Costums a l'hereu en cosa certa —la mateixa que els autors del *ius commune*: si no hi ha cap altre hereu instituït sense aquesta assignació tindrà la consideració d'hereu universal, i s'evita, per tant, l'entrada dels hereus intestats—,⁷⁸ semblava que se seguia

gado por un ciudadano de Barcelona es válido aunque carezca de algunas de las formalidades de derecho, este privilegio, como las palabras de la misma ley lo demuestran, no puede referirse sino á las formas esternas del otorgamiento, y de ningún modo á las condiciones esenciales de la institución [...]».

75. *Memoria...* p. 188: «El respetable D. Pedro Nolasco Vives sostiene que en Barcelona y de más ciudades que gozan de los privilegios de la misma no es necesaria la institución de heredero en virtud de la ley antes citada; y esta opinión han prohijado igualmente los Autores del Manual de Derecho civil vigente en Cataluña; pero es de advertir que ni esto se encuentra en el Privilegio transcrito literalmente más arriba, ni tal opinión ha sido jamás sostenida por los antiguos Tratadistas, como Cancero, Fontanella, Mieres y otros, y antes bien en lo moderno ha sido por algunos combatida».

76. A la traducció de las *Instituciones de Derecho Romano*, de Felipe SERAFINI, 9a ed. (correcta per J. M. TRÍAS DE BES), tom II, p. 400, par. 182, nota 1.

77. «En tot testament pot lo testador establir hereu o hereus quals qu'es vulla, ab que sien persones que de testament puxen pendre.

Encara si en son testamen departira sos bens; pot o fer e departir: que no y fara ne y establira hereu ni hereus si no's vol; e val aquel testament e es ferm e estable per tots temps, que no's pot rompre ni revocar. per ço car es costuma que testament sense establiment o institució d'hereu: que val y es ferm: sens contrast y embarc de nuyla persona» (José FOGUET MARSAL, Víctor COVIÁN i Juan J. PERMANYER, *Código de las Costumbres escritas de Tortosa*, Imprenta Querol, Tortosa, 1912).

78. El Costum, segon de la rúbrica 5a del llibre 6è disposava que «Quan algu estableyx hereu

mantenint la impossibilitat de concurrència entre hereus testamentaris i intestats. En realitat, com afirmà Martí i Miralles,⁷⁹ «[...]lo que fer la costum tortosina [...] va ser donar nom de testaments a les darreres voluntats que no contenien institució d'hereu», però no es va abolir el principi *nemo pro parte*, sinó que simplement se n'havia de matisar el significat tradicional, paral·lelament al que va succeir a Barcelona.

Entre els autors que s'han ocupat de la qüestió hi havia una aparent discrepància. Així, mentre Oliver, sobre la base de l'esmentat costum segon de la rúbrica 5a defensava la subsistència de la regla, en afirmar que «A pesar de que en la parte externa o extrínseca las Costums se separan de los principios antiguos de la legislación romana, los siguieron al adoptar la regla en virtud de la cual nadie puede morir en parte testado y en parte intestado»,⁸⁰ Permanyer deia que els Costums havien refusat el principi d'incompatibilitat: «[...]nada obstante de haber repudiado las Costumbres de Tortosa el principio de la necesidad de institución de heredero, y el otro, que les es conexo y complementario, de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, prohibaron las disposiciones romanas referentes al derecho de acrecer, a la institución de heredero en cosa singular etc., que son consecuencias lógicas de dichos principios».⁸¹ Però, com veiem, aquesta afirmació no és tan rotunda com el que es pot deduir de les seves paraules inicials, sinó

en son testament en certa cosa. ço es a saber en vn es cases, o en vn camp o en altra cosa certa : o quantitat de peccunia; e daltres bens mencio no faça; o altre hereu no y establezca, o fara mencio d'alguna partida dels bens mas de no tots es entes que aquel en aquela certa cosa estableyx hereu es e deu esser hereu de tots los bens seus que romanen. que no aura partits ni assignats. ni feyta mencio».

A la mateixa rúbrica 5a, el costum tercer, per al cas de concurrència de diversos hereus quan un no podia o no volia adquirir l'herència, establia l'acreixement: «Si dos hereus o pus son establits en vn testament: e la vn mor ans que prenga la hereta: o la heretat no pot o no deu pendre; o no la vol pendre. la part que a eyl deuia pertanyer es de sos cohereus: ço es a saber daquels qui en aquel testament o darrera volentat ensems eb eyls fon establits herens; Mas si lo testador diu axi, qualquequal den. P; o den. R. mora ans que la heretat ajen prefa. lo sobreuient ço es aquel qui viura sia mon hereu si amdos viuen e prenen la heretat amduy son hereus. o plus si plus ni auia establits». La no-exigència de conjunció semblava indicar que el fonament de la regla no estava sinó en la impossibilitat de concurrència entre hereus testamentaris i intestats.

79. Joan MARTÍ I MIRALLES, *Principis del Dret Successori...*, Generalitat de Catalunya, p. 121.

80. Bienvenido OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, tom III, Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta, 1879, p. 34, qui afegia que «pero examinado este principio á la luz de la filosofía del derecho, se observa que, lejos de ser un puro formulismo como algunos han supuesto, es la verdadera aplicación de la voluntad del difunto manifestada incompletamente. Cuando éste ha designado la persona que ha de sucederle en ciertos y determinados bienes, sin nombrar otra distinta para los restantes, la presunción más legítima es la que atribuye á la persona designada la totalidad del patrimonio del testador».

81. J. J. PERMANYER, pròleg dels Costums, p. LVII.

que s'ha d'entendre que el que volia dir Permanyer és que el que varen fer els Costums fou no abolir, sinó únicament modificar, el significat tradicional del principi *nemo pro parte*. Per tant, no existia contradicció de fons entre els dos autors, sinó només una interpretació diferent del principi. Sembla que tots dos admetien que, si el testament no contenia institució d'hereu, podia obrir-se la successió intestada. Però si hi havia un hereu testamentari, tot i que ho fos en cosa certa, s'excloïa l'herència intestada.⁸²

En definitiva, es pot afirmar que tant a Barcelona com a Tortosa subsistia el principi *nemo pro parte*, i que tots els problemes que es plantejaven derivaven d'una comprensió incorrecta del seu significat. Quan en el dret romà va sorgir aquesta regla, s'afirmava la incompatibilitat entre testament i successió intestada, ja que el testament havia de contenir institució d'hereu, i si no n'hi havia o la institució no era efectiva, el testament era nul i havia d'obrir-se la successió intestada. Hi havia una identificació entre testament i institució d'hereu efectiu. A partir del moment que es va admetre que el testament podia ser vàlid sense que hagués de contenir una institució d'hereu eficaç, calia reformular el principi en el sentit que la incompatibilitat es predicaria entre l'hereu testamentari i l'hereu intestat. Per tant, podia ser compatible un testament sense institució d'hereu, o en què aquest no arribava a ser-ho, amb la successió intestada. El que no s'admetia era la coexistència d'un hereu testamentari i un d'intestat.⁸³ Una cosa era que malgrat que el testament no contingué institució d'hereu, o que aquest no arribés a ser-ho, s'obris la successió intestada i l'hereu intestat estigués obligat a complir les disposicions testamentàries; però era diferent que, havent-hi un hereu testamentari, es pogués cridar els hereus legals respecte a part de l'herència. Això és el que veritablement impedeix el principi *nemo pro parte*, ja que si no es limitaria a ser un principi merament formal.

82. Tot i que, admetent-se el testament sense hereu, la consideració de l'hereu en cosa certa com a hereu no serà exigida pel principi *nemo pro parte*.

83. Així ho afirma MARTÍ I MIRALLES («Principis del Dret Successori aplicats a fórmules d'usudefruit vidual i d'herència vitalícia», *Revista Jurídica de Catalunya*, volum XXIX, any XXIX, 1923, p. 107) en relació amb Barcelona: «Si per compatibilitat de les dos successions s'entén la possible coexistència de disposicions particulars ordenades en forma de testament, amb la successió universal intestada, la incompatibilitat de la successió testada i intestada no regeix a Barcelona. Si per compatibilitat de successions s'entén la coexistència d'un successor a títol universal per testament, i d'un altre o altres successors universals lligítims o ab-intestat, entre els quals, els d'una classe i de l'altra es distribueixin la herència, com pot ocórrer segons el Còdic espanyol, la incompatibilitat de les dos successions subsisteix a Barcelona, doncs no ha sigut destruïda per la constitució coneguda amb el nom de Privilegi de Pere III; la qual solament manté en concurrència de la successió intestada, les disposicions de caràcter particular ordenades en forma de testament».

2.2. LES CONSEQÜÈNCIES

Els autors catalans es feien ressò de les mateixes conseqüències del principi *nemo pro parte* que els contemporanis europeus.

2.2.1. L'acreixement necessari

La doctrina clàssica catalana també admetia l'existència d'una modalitat d'acreciment que no derivava de la voluntat del testador, sinó de la llei. Canceja deia que l'hereu instituït en una quota hereditària, si no hi havia altres hereus, feia seva la totalitat de l'herència —«[...] quod institutus ex semisse, nullo alie cohaerede dato, habebit totum assem, & reddit text. rationem, neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest»—,⁸⁴ i que l'acreciment també tenia lloc entre hereus disjunts —«In haereditatibus tamen, licet in diversis orationibus simus instituti, & partes à testatore sint distinctae expressim, adhuc est locus iuri accrescendi, nam in haereditatibus, etiam inter omnino disiunctos est locus ius accrescendi: & hoc, ne quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus [...]».⁸⁵ La raó era evitar que una persona morís en part testada i en part intestada.⁸⁶ En el segle XVIII, Finestres també admetia l'acreciment sense necessitat de conjunció.⁸⁷ I també entre els juristes del segle XIX i del començament del XX se seguia mantenint l'acreciment entre hereus testamentaris en virtut del principi *nemo pro parte*. Eren clares les paraules de Borrell i Soler dient que «[...] a diferència del dret d'acréixer entre legataris, que només s'aplica quan se'ls ha deixada una cosa o la mateixa part d'una cosa, perquè, en altre cas, la part vacant resta a favor de l'hereu; aquí en canvi, la porció vacant sempre es defereix, per dret d'acréixer, als cohereus [...]».⁸⁸

84. *Op. cit.*, núm. 5.

85. *Op. cit.*, núm. 32.

86. «Fuit inductum ius accrescendi, ne quis decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus» (*op. cit.*, núm. 5).

87. «Conjunctionis nihilominus diversitas diversus effectus parit, non modo in legatorum, sed etiam in hereditariae partis adcreione: hoc tamen discrimine, ut sola conjunctio in legatis ius adcrecendi operetur; in hereditate verò, etiam ubi nulla conjunctio est, detur ius adcrecendi. Siquidem in legatis metimur ius adcrecendi ex sola voluntate testatoris, quae deprehenditur ex conjunctione; in hereditate verò etiam aliquando ex sola legis necessitate inducitur ius adcrecendi, ut in specie, quam tractat Ulpianus in L.35.pr. et § 1.cum seq. de Hered. inst. si fortè ubi unus ex institutis deficeret. Hinc derivandae sunt causae iuris adcrecendi, eiusque origo, de quibus nunc breviter differamus» (FINESTRES, *op. cit.*, núm. 9).

88. Antoni M. BORRELL I SOLER, *Dret Civil vigent a Catalunya*, vol. V.II, Barcelona: Imprenta de la Casa de Caridad, 1923, p. 516.

2.2.2. L'eficàcia de la clàusula d'acomentament

Pel que fa a l'eficàcia de la clàusula d'acomentament, la doctrina catalana no va ser unànime. Coincidia, lògicament, a no atribuir-li una eficàcia plena, en virtut del principi *nemo pro parte*, però discrepava sobre les conseqüències. Així, mentre Cancer entenia que el testador no podia prohibir el dret d'acréixer, i que si ho feia la prohibició no viciava el testament sinó que s'entenia com a no formulada,⁸⁹ Finestres i de Monsalvo, en canvi, després de dir que el testador no podia prohibir el dret d'acréixer, afirmava que si malgrat tot el testador feia la prohibició, per tal de respectar la seva voluntat la porció vacant aniria als hereus intestats, no directament, sinó per via de fideïcomís, amb la qual cosa es respectava el principi *nemo pro parte*, de manera que els hereus testamentaris havien de restituir els béns vacants als hereus abintestats.⁹⁰

89. Partia de la base que el testador havia instituit uns hereus, i que no hi havia cap raó que induís a pensar que volia que deixessin de ser-ho. I la millor manera de respectar la voluntat del testador era que el testament valgués, de manera que el que quedaria viciat seria la prohibició. I res no deia respecte a una possible restitució en favor dels hereus intestats. CANCER, *op. cit.*, pars III, cap. XXII, després d'exposar al núm. 151 els arguments que la doctrina havia donat en favor que el testador no podia prohibir el testador, i els que en sentit contrari s'havien aduït als núm. 152 i 153, donava la seva opinió als núm. 154 a 156. Assenyalava CANCER que «Ego in hoc puncto sic statuendum opinor, regulariter nullam esse habendam rationem dictæ prohibitionis iuris accrescendi inter cohæredes, cum negari non possit, quin testator, qui solemne fecit testamentum, & suos instituit hæredes, licet prohiberit ius accrescendi, testari voluisset, cum non sit præsumendum cum voluisse facere actum frustraneum, l. 3. ff. de militar. testament. l. quoties, de rebus dub. cap. Abbate, de verbor. significat. Imò sit præsumptio, quod quis velit, ut actus, quem facit, substineatur, omne meliori modo quo possit, dict. l.3. & dict. l. quoties... Et si ut voluntas principalis testatoris servetur, ut nempe testamentum valeat, debeat illa prohibitio iuris accrescendi, potius pro non apposita haberi, quam quod dicatur illam vitare testamentum: tum quia publicè interest, ut valeant testamenta, l. vel negare. ff. quemad testam. aper. Tum etiam ut dictum est, ne dicatur testatorem voluisse facere actum inanem, & frustraneum: & præsumendum sit dictam prohibitionem iuris accrescendi fecisse testatorem turbatum mortis cogitatione, l. hac consultissime, § at cum humana, C. qui testam. facer. poss. Quid? quòd habemus, quòd quælibet adiectio impossibilis, inutilis, inepta, vel aliter à iure reprobata, si de facto in ultima voluntate adiciatur, non vitiat dispositionem, sed ipsa adiectio vitatur, & reiicitur, perindè que habetur, ac si in testamento non esset apposita, l. si impossibilis, ff. de hæred. instit. l. reprehendenda, C. de instit. & substit. & l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testa.»

Afegia CANCER que aquesta era la regla general, però que tenia una excepció quan constés de manera molt clara que havia volgut cridar als hereus intestats. Ara bé, en cas de dubte sempre es ressona en favor de la vigència del testament (núm. 157). I no és obstacle per a aquesta interpretació de CANCER la citada *L. quoties*, ja que aquesta Llei el que estableix és que quan s'ha instituit diversos hereus en cosa certa en diverses parts, tret de la cosa certa mencionada, es consideren hereus instituïts sense designació de parts —excepte, com diem respecte a la cosa certa, en què succeïen segons les parts assignades pel testador— (núm. 158 i 159).

90. Josephus FINESTRES I DE MONSALVO, *Praelectiones Cervarienses...*, tom 1: «Sed & quamvis

La doctrina catalana del segle XIX i del començament del XX —Pella-Forgas, Brocà-Amell, Elías-Ferrater, Gibert, Falguera— no va tractar la qüestió.⁹¹

2.2.3. *La consideració de l'hereu en cosa certa*

En relació amb la consideració de l'hereu en cosa certa, la doctrina clàssica catalana va seguir la posició majoritària en els autors del *ius commune*. Cancr afirmava que «institutus in re certa non dato cohaerede universali censeatur institutus in solidum»,⁹² posició ja assenyalada per Mieres,⁹³ i seguida, entre d'altres, per Fontanella,⁹⁴ Finestres⁹⁵ i Falguera.⁹⁶

prohibitio iure adcrendi, credi possit hoc ipso testatorem voluisse, ut pars defecta, ex causa fideicommissi, ad legitimos perveniat: nihilo tamen minus iuri adcrendi erit locus; sed portio ex fideicomisso restitui debet legitimis: neque enim directo heredes fieri hoc casu possunt, ne partim ab intestato succedatur testatori. Ex praeiactis facile patet, quid sentiendum sit in ea quaestione, quam prolixè tractarunt veteres. Interpretes, an scilicet ius adcrendi veniat ex iudicio legis, an testatoris. de qua videndus CAES. COSTA variar. ambig. lib. 3.cap.26. LUDVEL. de Ult. vol. part.1.cap.5.pag.115. seqq.»

91. I, per la seva banda, BORRELL I SOLER només fa una remissió a VINNIUS.

92. Iacobus CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii, & Municipalis Principatus Cathalauniae*, Pars Prima, Lugduni, Sump. Lavr. Arnaud, et Petri Borde, MDCLXX, assenyalada, a la part. I, cap. I, núm. 7, p. 6, basant-se en la Lex si ex fundo, ff. de haered. instit. l. cohaeredi, § fin. ff. de vulga».

93. Qui, a l'hora de qualificar-lo, parla d'un «tertium genus», seguint per tant BARTOLUS. Thomas MIERES (1400-1474), *Apparatus super constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*, Typis et aere Sebastiani à Comellas, Barcinonae, 1621, a la Collatio Septima, cap. II, núm 18 a 20 (p. 136 i 137) diu que «haeres ex re certa non est proprie haeres, sed loco legatarii, vel est tertium genus per se, quia vocatur haeres singularis [...]».

94. De pactis... cl. 4, glossa 9, pars IV, núm. 108-110, p. 162.

95. FINESTRES ET DE MONSALVO, *Praelectiones...*, núm. 62, p. 446 i 447, després d'assenyalar que a l'hereu en cosa certa hom el considera hereu universal, planteja el dubte que, si hi ha un altre hereu instituit i aquest repudia, si li acreix l'herència d'aquest: «Cum institutus ex re certa, v.g. ex fundo Titiano, nullo alio herede instituto non legatarii loco habeatur, sed detracta fundi mentione universalis heres efficiatur, L. 1, § Si ex fundo 4, de Hered. instit. iuncta L. quoties 13, Cod. eod. occasionem praebuit dubitandi, an idem obtineat alio praeterea herede instituto, & repudiante: adeoque, an inter institutum ex re certa, & heredem universalem detur ius accrescendi? Negant nonnulli adducti à BELLONO de Iur. adcrend. cap.7, quaest. 9, num.2 & PAPILLONIUS Tract. de Iur. adcrend. aliique, qui corrue eo casu testamentum existimant. Sed verius alii censent remoto herede simpliciter instituto, atque redacta re ad eum casum, quo solus invenitur scriptus heres ex re certa, idem iuris esse, ac si hic solus initio fuisset institutus: idcirco ei adcrendere quidquid habiturus esset qui defecit: neque hoc casu inter dissimili ex causa venientes ius adcrendi esse, cum institutus ex re certa verus heres intelligatur. Ita sentit CAR. GRASSUS Recept. Sent. § hereditas cap.3 num.3; ANT. GOMEZ, Var. particle 1, cap. 10, num.13; EM. COSTA, in Cap. Si pater, particle 1, verbo In re certa, num. 13 X. de testament.

3. LA SUBSISTÈNCIA A CATALUNYA DEL PRINCIPI *NEMO PRO PARTE* DESPRÉS DE LA PUBLICACIÓ DEL CODI CIVIL. ELS PROJECTES D'APÈNDIX AL CODI CIVIL

La publicació del Codi civil espanyol de 1889 —que no admetia el principi *nemo pro parte*⁹⁷ no va significar per a Catalunya cap alteració en el sistema

cum aliis, quos laudat BELLONUS d. cap.7, quaest. 9, num.16. ANT. FABER in Suo Codic. lib. 8, tit. 2, defin. 1, num. 5, & suadere videtur tum favor testamenti, tum voluntas testatoris, qui institutum ex re certa videtur praetulisse venientibus ab intestato. Hanc sententiam tantum probo in eo, quod institutum ex re certa, deficiente coerede, admittit; non in eo, quod ius adcrendi in specie proposita agnoscit: nam illo demum deficiente, quo tempore heredis qualitem nanciscitur, ex hereditate, quam nec alius adierat, nec ipse adire poterat, nihil dum adquisierat, cui aliquid posset adcrecere: unde illo deficiente, simul ac semel ex toto asse heres sit, detracta certa rei mentione. Vide alias rationes apud BELLON. num.17. Planè si per alium sustineri posset testamentum, veluti, si duo scripti essent heredes simpliciter, quorum unus repudiaret, alteri totam portionem deficientis adcrecere, nihil verò ex re certa instituto, nemo dubitat, cum legatarii loco habeatur, d. L. 13, Cod. de Hered. instit.».

96. La doctrina catalana del segle XIX no s'ocupà a bastament de la qüestió, però seguia l'opinió tradicional. FALGUERA, *Apuntes...*, p. 431, es limità a dir que «Cuando se instituye á uno en cosa cierta ó determinada, si hay otro heredero universal, solo adquiere la cosa determinada y tiene la ventaja de que puede tomarse la posesión por sí mismo; pero si no hubiese instituido otro heredero universal, el instituido solo en una cosa determinada adquiriria toda la herencia [...]. La institución de heredero puede hacerse [...] singularmente; es cuando se instituye heredero á uno en una sola cosa determinada; en cuyo caso como que la institución debe ser universal, solo viene a ser un legatario, solo que tiene la ventaja de tomarse la posesión por sí mismo de la cosa legada; pero si no hay otro heredero instituido se tendrá por heredero universal y adquirirá toda la herencia en virtud del derecho de acrecer».

97. En el dret de Castella va ésser una qüestió molt discutida entre els seus juristes dels segles XVI a XIX si després de l'Ordenamiento de Alcalá i de la Novísima Recopilación va mantenir-se la vigència dels principis romans; les Partidas —concretament del *nemo pro parte*—, ja que la Llei 1a del títol XIX del citat Ordenamiento —que va passar després a ser la Llei 1a, títol II, llibre V del Ordenamiento Real de Castilla o de MONTALVO, del títol IV, llibre V de la Nueva Recopilación, i del títol XVIII del llibre X de la Novísima— va establir que «[...] y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuera ordenado, valga en cuanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquel que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento...». Era clara, per tant, la no-necessitat d'institució d'hereu per a la validesa del testament. I, lògicament, si l'hereu no acceptava, no per això esdevenien ineficaces les disposicions testamentàries. En conseqüència, el principi *nemo pro parte* —si s'entenia que seguia vigent— havia de tenir un significat formalment diferent que el que tenia en el dret romà: la incompatibilitat respecte a la successió intestada es referia no al testament sinó a l'hereu testamentari. I així ho varen entendre alguns juristes castellans. No obstant això, d'altres van anar més lluny, considerant que la citada disposició havia abolit no tan sols el principi de necessitat d'institució d'hereu per a la validesa del testament, sinó també els altres principis successoris romans, entre aquests el *nemo pro parte*. I podem dir que mentre que en els juristes del *ius commune* predominà la primera tendència, en els autors castellans del segle XIX, a conse-

romà exposat abans. El Codi civil no va derogar el dret propi català —com tampoc no ho havien fet anteriorment els Decrets de Nova Planta de 1714—, sinó que en preveia la conservació mitjançant uns apèndixs on es recollissin les seves especialitats. Mentrestant seguirien regint les disposicions civils catalanes i el seu dret supletori propi, amb la qual cosa no s'alterava el règim jurídic vigent abans de la promulgació del Codi civil. Això implicava, en relació amb el tema que tractem, la vigència del principi *nemo pro parte*, com assenyalava la doctrina. Ben clarament, Borrell i Soler afirmava que «La successió intestada podria completar la testamentària quan el testador no disposa de tot el patrimoni o en queda vacant una part; però, per raons històriques, el D.R. no permet que, dins una mateixa successió, hi hagi hereus testamentaris i intestats: “nemo paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest”, i així s'aplica a Catalunya».⁹⁸

En varen publicar dos tipus d'apèndix: uns de caràcter privat, amb un pur valor doctrinal, i uns de caràcter oficial. Tots acceptaven, més o menys explícitament, el principi *nemo pro parte*.

3.1. EL MANTENIMENT DEL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE* EN ELS PROJECTES PRIVATS D'APÈNDIX

Els projectes privats d'apèndix varen mantenir el principi *nemo pro parte*, i formulaven la relació d'incompatibilitat entre el testament i la successió intestada, ja que si la institució d'hereu era ineficaç, el testament no valia com a tal sinó com a codicil —tot i que no contingués la clàusula codicil·lar—, i el compliment de les seves disposicions quedava a càrrec dels hereus testamentaris.

qüència de la seva posició crítica respecte al dret romà, prevalia la segona tesi, cosa que es va manifestar tant en el projecte de 1851 —l'article 553.2 deia que «Puede también deferirse (l'herència) de una misma persona, en una parte por la voluntad del hombre, y en otra por la disposición de la ley»—, com en el Codi civil de 1889, en què l'article 658.3 Cc disposà que la successió «Podrá también deferirse en una parte por disposición del hombre, y en otra por disposición de la ley», i l'article 764 Cc preveu que «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos» (Sobre la vigència del principi *nemo pro parte* en el dret de Castella, vegeu Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Los principios de la universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y su atenuación o derogación», a *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. I, Madrid: Ed. Montecorvo SA, 1987, p. 72 i s.).

98. *Op. cit.*, vol. V-I, §429, p. 11.

3.1.1. *El projecte de l'Academia de Derecho de Barcelona*

El projecte de l'Academia de Derecho de Barcelona acceptava el principi *nemo pro parte*,⁹⁹ tot i que alguns dels seus preceptes podien fer dubtar d'aquesta afirmació. Efectivament, en algunes normes del projecte semblava refusar-se el principi *nemo pro parte*:

— L'exposició de motius, que deia que «De esta suerte, imponiendo á los herederos ab intestato la obligación de cumplir las demás disposiciones del testamento, cuando fuese ineficaz la institución de heredero, aunque no contenga la cláusula rutinaria llamada codicil·lar, sancionada por múltiples textos del Derecho Romano, y sin necesidad, por tanto, de la aplicación del discutido principio *nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest* [...]»;

— L'article 20, a l'apartat primer diu «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento o en codicilo, y en su defecto por disposición de la ley», i afegeix en el segon que «Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley»;

— El fet que es considerés vigent l'article 768 Cc, relatiu a la consideració de l'hereu en cosa certa, atès que en matèria d'institució d'hereu no s'establia cap altra especialitat que la que contenia l'article 43.¹⁰⁰

Això no obstant, eren majoritaris els preceptes que mostraven indicis favorables a la vigència del principi *nemo pro parte*:

— L'esmentada compatibilitat de la successió voluntària i la successió legal prevista a l'article 20 no es referia al testament, sinó al codicil. L'article 25 establia la conversió formal *ex lege* del testament ineficax en codicil en disposar que «Cuando un testamento no pueda sostenerse como tal, por invalidarse, ó ser ineficaz por cualquier causa la institución de heredero, se mantendrán las demás disposiciones como hechas en codicilo, aunque no contenga cláusula alguna que lo prevenga». Era el codicil el que era compatible amb la successió intestada, no el testament, que havia de contenir necessàriament institució d'hereu.¹⁰¹

— L'article 91, segons el qual la successió intestada s'obria «cuando el testamento no contiene institución de heredero», sense afegir l'incís que preveia el

99. ACADEMIA DE DERECHO DE BARCELONA, *Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña*, Barcelona: Tipografía La Académica de Serra Hermanos y Rusell, 1896.

100. Segons el qual «Si el testador instituye á sus hermanos y los tiene de doble vínculo y de padre ó madre, se dividirá la herencia entre todos ellos por igual. Queda en este sentido modificado el artículo 770 del Código civil».

101. Deia l'article 23 que «Se llama testamento el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos ó parte de sus bienes, con institución de heredero. Quedan en este sentido modificados los artículos 667 y párrafo 2º del 668 del Código civil».

Codi civil «en todo o en parte»,¹⁰² de manera que, a *sensu contrario*, es deduïa que si el testament contenia institució d'hereu en part dels béns no es podia obrir la successió intestada.

— La regulació que es feia de l'acreixement, en no fer-ne dependre l'actuació del fet que hi hagués conjunció, de manera que juntament amb l'acreixement derivat de la conjunció hi havia l'acreixement *necessari* derivat de la impossibilitat d'obertura de la successió intestada. Establia l'article 106 que «En las sucesiones, así legítimas como testamentarias, la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre á los coherederos. Queda en este sentido modificado el artículo 981 del Código civil»; i l'article 107 deïa que «No regirán en Cataluña los artículos 982, 983, 985 y 986 del Código civil».

— I, d'altra banda, la consideració de l'hereu en cosa certa com a legatari es podia justificar en l'esmentada conversió del testament en codicil, de manera que no es produïa una concurrència entre testament i successió intestada, sinó entre aquesta i un codicil.

Per tant, segons el Projecte de l'Academia de Derecho de Barcelona regia el principi *nemo pro parte*, i s'havia d'interpretar en el sentit que el testament —i no solament la institució d'hereu— era incompatible amb la successió intestada.

3.1.2. L'Avantprojecte Romani-Trías

L'Avantprojecte Romani-Trías,¹⁰³ després d'establir a l'exposició de motius del títol IV dedicat a la successió per causa de mort que considerava més adients els principis romans que els del Codi civil —si bé afegia que convenia templar-los «adoptando otras reglas encaminadas á asegurar la mayor conservación posible de la voluntad del testador»—, mantenia el principi *nemo pro parte*, que s'havia d'entendre també en el sentit d'incompatibilitat entre testament i successió intestada, d'acord amb l'article 479.1,2.¹⁰⁴ La seva vigència es desprenia de diversos

102. L'article 912.2 Cc deïa que «La sucesión legítima tiene lugar: 2º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto».

103. FRANCISCO ROMANÍ Y PUIGDENGOLÉS, Juan de Dios TRIÁS Y GIRÓ, *Anteproyecto de apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Barcelona: Hijos de Jaime Jepús, Impresores, 1903.

104. «Todo acto de última voluntad arreglado á las disposiciones de este capítulo será válido aunque no contenga institución de heredero, sea nula la institución, ó el instituido válidamente no llegue por cualquier motivo á ser heredero. En cualquiera de esos casos, en defecto de sustituto ó de co-

preceptes, com ara l'article 426, que semblava donar a entendre que la successió intestada s'obria a falta de voluntat del causant;¹⁰⁵ l'article 480, que establia l'acreciment «necessari» respecte a la quota no disposada;¹⁰⁶ l'article 481.1, que atribuïa efecte expansiu a la institució d'hereu en cosa certa,¹⁰⁷ i l'article 479.3, segons el qual «Cuando el heredero instituido acepta la herencia, no se dá entrada á los herederos ab-intestato».¹⁰⁸

3.1.3. *El Projecte Permanyer-Ayats*

Aquest mateix significat del principi *nemo pro parte* es mantenia al Projecte Permanyer-Ayats,¹⁰⁹ de manera que no tan sols hi havia incompatibilitat entre hereus testamentaris i intestats, sinó també entre testament i successió intestada. Si la institució d'hereu quedava sense efecte, el testament no valia com a tal sinó només com a codicil, en virtut de la clàusula codicil·lar que s'entenia imposada al testament. El principi *nemo pro parte* significava que l'existència d'un testament eficaç impedia l'obertura de la successió intestada, ja que aquesta eficàcia implicava que l'hereu nomenat havia d'arribar efectivament a ser-ho; si no, el testament es convertia en codicil. És plenament indicatiu l'article 815, que establia que «Si el testador no instituye heredero o substituto capaz, o habiéndoles instituido, ninguno de ellos llega a adir la herencia, ya sea por no querer, ya por no poder, el tes-

heredero llamado por derecho de acrecer, el acto de última voluntad valdrá como codicilo, y serán herederos del otorgante los que lo fueren abintestato; pero estarán obligados á cumplir los legados y demás disposiciones ordenadas por el otorgante, pudiendo detraer la cuarta falcidia en los casos y en la forma establecidos en este Apéndice.»

105. Si bé el precepte —que deia que «La herencia, los bienes singulares que la integran ó determinadas partes alícuotas de aquélla, se defieren por voluntad del causante, por disposición de la ley en defecto de esta voluntad, ó por disposición de la ley rigurosamente obligatoria para el mismo causante»—, admetia altres interpretacions.

106. «Cuando el testador instituye heredero ó herederos tan solo en una parte de la herencia, la parte de que no haya dispuesto acrecerá en su totalidad al heredero si fuese uno, y á prorrata entre los demás, según los principios establecidos para el derecho de acrecer si fuesen varios.»

107. «El heredero instituido en cosa ó cosas ciertas y determinadas será considerado como heredero y obtendrá á título de tal la totalidad del patrimonio de que el difunto no hubiere dispuesto a título de legado y será también sucesor universal en los derechos y obligaciones del causante.»

108. D'altra banda, hi havia una sèrie de normes que recollien les particularitats dels drets locals, sense que respecte a Tortosa es preveís cap especialitat en aquesta matèria. Hi havia algunes regles especials en matèria successòria (articles 1041-1043), dins les quals no s'hi trobava la que determinava la no-necessitat de la institució d'hereu per a la validesa del testament.

109. J. J. PERMANYER Y AYATS, *Proyecto de Apéndice al Código Civil*, Barcelona: Imprenta Casa Provincial de Caridad, 1915.

tamento tan sólo podrá valer como codicilo. En este caso vendrán llamados a la sucesión universal del testador, sus herederos abintestato, quienes deberán cumplir los legados y demás disposiciones a título singular por él ordenados, con facultad de detraer la cuarta falcidia de la conformidad que podrían detraerla los herederos testamentarios. *Pero no podrán concurrir simultáneamente en una misma sucesión los herederos testamentarios con los herederos abintestato*. Tot i formular-se explícitament la incompatibilitat entre hereus testamentaris i intestats, en realitat la incompatibilitat existia també entre el testament i la successió intestada.¹¹⁰

Com a aplicacions del principi podem citar l'acreixement *necessari* respecte a la quota no disposada;¹¹¹ el tractament de l'hereu en cosa certa, que qualificava com a acreixement el que no era sinó una conversió del títol successori,¹¹² i l'article 1173, segons el qual «La sucesión legítima tiene lugar: [...] 4º Cuando todos los herederos y substitutos premueren al testador, o sobreviviéndole no quieren o no pueden aceptar la herencia. 5º Cuando todos los herederos y sustitutos llamados son incapaces de suceder». Y cal aclarir que tot i que l'article 709.4 establia que «Y aún existiendo testamento [la successió] puede deferirse en parte por disposición de la ley rigurosamente obligatoria», es feia referència amb aquesta expressió a la llegítima, en el sentit que tot testament havia de respectar els drets dels hereus forçosos.¹¹³

3.1.4. L'Avantprojecte Almeda-Trías

En l'Avantprojecte Almeda-Trías,¹¹⁴ si bé no hi havia una disposició tan taxativa com la de l'article 815.fin del Projecte Permanyer-Ayats, la vigència del

110. I cal tenir en compte que no es feia cap referència explícita a la incompatibilitat en relació amb els hereus contractuals, tot i que l'article 709.3 preveia que «También puede deferirse [la successió] por voluntad del hombre manifestada en capítulos matrimoniales», i la successió contractual es regulava als articles 1104-1172.

111. L'article 819 deia que «Si el testador instituye al heredero o herederos universales que nombre, en una parte de su herencia, sin disponer de la parte restante, se entenderán instituidos aquellos por derecho de acrecer, en la totalidad de la herencia».

112. L'article 820 establia que «El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario si existiere heredero universal instituido. En caso contrario, si fuese uno solo se entenderá éste llamado por derecho de acrecer a la totalidad de la herencia [...]».

113. És interessant l'article 711: «Llámase heredero al que sucede a título universal y es continuador de la personalidad del difunto [...]».

114. Joaquín ALMEDA, *Anteproyecto de Apéndice del Derecho catalán al Código civil. Ponencia de D. Joaquín Almeda con la colaboración de D. Martín Trías y Doménech*, [s. d.].

principi *nemo pro parte* resultava d'una sèrie de preceptes: l'article 65.1, que modificava l'article 658 Cc en no preveure que la successió es podia deferir part per testament i part per la llei: «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento o en codicilo, y en su defecto por disposición de la Ley»; l'article 238, que no exigia la crida conjunta com a requisit indispensable per a l'acreixement: «En las sucesiones, así legítimas como testamentarias, la parte del que falte o repudie acrecerá siempre a los coherederos», i l'article 242.5, relatiu a l'hereu en cosa certa, segons el qual «El que hubiese sido instituido solamente en una cosa determinada, no percibirá la porción o porciones vacantes sino en defecto de otro heredero».

A l'igual que els altres projectes privats, el principi *nemo pro parte* s'havia d'interpretar en el sentit d'incompatibilitat entre el testament i la successió intestada, com es despenia de l'article 108.¹¹⁵

3.2. ELS PROJECTES OFICIALS D'APÈNDIX

Els projectes oficials d'apèndix mantenien igualment el principi *nemo pro parte*, amb una formulació que presentava alguna novetat envers la que es pot qualificar de tradicional. Mentre que l'articulat de la *Memoria* de Duran i Bas¹¹⁶—després d'establir la vigència del principi d'incompatibilitat de successions al Principat,¹¹⁷ llevat del territori de Barcelona i de poblacions que gaudien dels seus

115. L'article 108 establia que «Cuando un testamento no pueda sostenerse como tal, por invalidarse o ser ineficaz por cualquier causa la institución de heredero, se mantendrán las demás disposiciones como hechas en codicilo, aunque no contenga cláusula alguna que lo prevenga.

»La institución hereditaria contenida en el testamento ineficaz se convertirá en fideicomiso, siendo el fideicomisario la persona instituida en el mismo testamento. Los fiduciarios serán los instituidos en un testamento anterior válido o los herederos abintestato.

»Si la ineficacia dependiese de la falta de heredero, los llamados por la ley tendrán que cumplir las disposiciones particulares contenidas en el testamento inválido.

»Queda, en este sentido, modificado el artículo 764 del Código civil».

116. Manuel DURAN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona: Imprenta de Casa de Caridad, 1883, p. 269.

117. «[...]Jera entre ellos (los jurisconsultos romanos) principio de derecho que nadie podía morir parte testado y parte intestado. Estos principios han pasado á ser de derecho general en Cataluña; y el Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido implícitamente el primero y explícitamente el segundo en sus Sentencias. La ley del Ordenamiento de Alcalá que derogó estos principios en Castilla, ni por su origen, ni por otra disposición de fecha posterior ha sido admitida en el antiguo Principado; por manera que en él como en Roma la institución de heredero es una solemnidad interna en todos los testamentos, y son incompatibles las dos sucesiones» (*Memoria...*, p. 185 i 186).

privilegis—¹¹⁸ no contenia una consagració d'aquella regla,¹¹⁹ el projecte de 1930,¹²⁰ i l'avantprojecte de 1931,¹²¹ destaquen pel fet que el principi d'incompatibilitat es formulava de manera explícita, i es referia als tres fonaments successoris: testament, heretament i llei. Els articles 339 del Projecte 1930 i 293 de l'Avantprojecte 1931 disposaven que «La sucesión intestada es incompatible con la testada universal y sólo tiene lugar cuando no existe ningún heredero instituído en testamento válido o en capitulaciones matrimoniales que acepte la herencia», complementats pels articles 268.1 del Projecte 1930 i 220.1 i de l'Avantprojecte 1931, que deien que «En una misma sucesión universal no pueden concurrir simultáneamente herederos testamentarios y herederos legítimos, aunque el testador no haya dispuesto de toda la herencia [...]» Tot i que aquests preceptes establien la relació d'incompatibilitat entre hereus voluntaris i legals, el cert és que la incompatibilitat tenia lloc també entre fonaments successoris. Havent-hi un testament eficaç no es podia obrir la successió intestada, atès que l'eficàcia del testament exigia un hereu que arribés a ser-ho. Efectivament, no tan sols la institució d'hereu era necessària per a la validesa del testament, sinó que si l'hereu no acceptava les disposicions testamentàries esdevenien ineficaces, i no quedaven a càrrec dels hereus intestats,¹²² tret que el testament contingué la clàusula codicil·lar, que no es considerava establerta implícitament.¹²³ Per tant, el codicil, a diferència del testament, sí que era compatible amb la successió intestada.

118. «La sucesión intestada ábrese en ella (a Catalunya) como en Castilla, no sólo cuando no hay testamento, sino cuando éste no subsiste; y ábrese igualmente en Barcelona y poblaciones que de sus privilegios disfrutan, no en el resto del antiguo Principado, donde no es posible morir parte testado y parte intestado según queda dicho más arriba, en algunos casos en que no subsiste la institución hereditaria, pero sí el resto del testamento.»

119. L'article CCCXXIII deia que «Las sucesiones intestadas se rijan por las reglas del derecho común salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

120. *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 RD de 24 de abril de 1899, 1930.*

121. COMISIÓN JURÍDICA ASESORA, *Anteproyecto de Apéndice. Instituciones de Derecho Civil Catalán*, Madrid, 23 de julio de 1931. No es tractava d'una comissió formada per juristes catalans, sinó de tot l'Estat (era presidida per Ángel OSSORIO, que era qui signava el text), que fiscalitzava el Projecte de 1930.

122. Així ho establien els articles 338.3 del Projecte 1930 i 292.3 de l'Avantprojecte de 1931, segons els quals «Los testamentos originariamente válidos pierden su eficacia: 3º Por no querer o no poder aceptar la herencia ninguno de los herederos instituídos ni de los substitutos, salvo el caso de transmisión de la misma herencia».

123. Els articles 259 del Projecte 1930 i 211 de l'Avantprojecte de 1931 establien que «Cuando un testamento no pueda sostenerse como tal testamento, pero reúna las condiciones de validez del codicilo, se sostendrá como codicilo si contuviere cláusula que así lo ordene».

Les conseqüències que ratificaven la vigència del principi *nemo pro parte* eren l'efecte expansiu de l'hereu en cosa certa,¹²⁴ i l'increment *necessari* en favor de l'instituït en una quota de l'herència i entre cohereus disjunts.¹²⁵

4. EL PARÈNTESI DE LA SEGONA REPÚBLICA: LA NO-VIGÈNCIA DEL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE*

La promulgació de la Constitució de la República Espanyola de 9 de desembre de 1931 i de l'Estatut de Catalunya de 15 de setembre de 1932 va representar un canvi notable respecte a la situació anterior. Es va reconèixer l'autonomia legislativa a Catalunya i la competència en matèria civil, i fruit d'això va ser la publicació de diverses lleis civils catalanes.¹²⁶ Una d'aquestes va ser la Llei de successió intestada, de 7 de juliol de 1936 (LSI 1936), aprovada pel Parlament de Catalunya el dia 3 de juliol de 1936 i publicada al Butlletí Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 192, de 10 de juliol, que va entrar en vigor aquest mateix dia, d'acord amb la disposició addicional.

4.1. LA PRETESA MODERNITAT COM A JUSTIFICACIÓ DE LA INDISCUTIDA ABOLICIÓ DEL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE*

D'acord amb les circumstàncies polítiques del moment, i sota la influència d'algunes opinions doctrinals partidàries de reformar l'estricta sistema successori romà,¹²⁷ la LSI 1936 va abolir el principi *nemo pro parte*. I ho va fer d'una manera

124. Els articles 261.1 del Projecte 1930, i 213.1 de l'Avantprojecte de 1931 deien que «Los herederos instituidos en cosa cierta se considerarán meros legatarios de la cosa si concurren con algún heredero instituido sin dicha indicación; pero si no hubiere otro heredero, lo serán ellos; y si todos los instituidos lo fueren en cosas ciertas, se entenderán prelegatarios de dichas cosas y herederos del resto de la herencia por partes iguales».

125. Article 359.1 del Projecte 1930 i 313.1 de l'Avantprojecte de 1931: «Cuando el testador no ha dispuesto de toda la herencia y cuando alguno de los herederos directos o fideicomisarios válidamente instituidos no puede o no quiere adquirir la parte de herencia que se le ha deferido, ésta acrece a los demás coherederos [...]».

126. Veg. Pablo SALVADOR CODERCH, *La Compilación y su historia*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1985, p. 175 i s.

127. En aquest sentit, Ramon COLL I RODÉS, «Consideracions y normes generals referents a la successió voluntària a títol universal», *Revista Jurídica de Catalunya*, t. 18, 1912, p. 262 a 292, afirmava que «[...]jare, quan arriui el moment de que el dret català surti d'aquesta interinitat, mitjançant la formació del Apèndix, es precis que recobri la propia sava, y se imposa, per a conseguir-ho una refor-

pacífica, sense l'oposició de cap grup parlamentari i sense que en la tramitació de la Llei es donés gaire importància a la qüestió. Ja l'article 1 del Projecte de llei sobre successió intestada establia clarament la compatibilitat entre successió voluntària i intestada, que deia que «La successió intestada no té lloc més que quan en tot, o en part, falten la testamentària i la derivada de capítols», i tant aquesta regla com les seves conseqüències —en relació concretament amb el tractament de l'increment hereditari i la consideració de l'hereu en cosa certa— passaren pacíficament als dictàmens successius i al text definitiu.¹²⁸ Ni es va presentar cap esmena, ni en la discussió del text en cap moment es va qüestionar l'abolició del dit principi. Les qüestions polèmiques eren unes altres.

És significatiu que el Sr. Andreu i Abelló, en la presentació del Dictamen de la Comissió sobre el Projecte de llei referent a la successió intestada,¹²⁹ en enumerar les modificacions que la Llei feia en relació amb el dret de successions vigent

ma del fons successori romà que borri la rigidesa dels principis estrictes, arreconi als anacronismes jurídics i transformi les institucions caducades, y una obra de unificació legal y de transplantació al redós de la llei, de les institucions secularment consuetudinaries; tot això presidit per l'esprit de nostre dret propi que gelosament, definitivament, devem conservar intacte com preuat tresor» (p. 266). I, en relació concretament amb el principi *nemo pro parte*, l'autor esmentat propugnava l'abolició: «[...] deu modificarse nostre dret y abolirse definitivament aquells principis absoluts que junt amb el topic de la clàusula codicil·lar, han sigut foragitats de tots els còdics moderns. En realitat ni la suposada incompatibilitat entre les successions testada y intestada es res mes que una exageració del horror dels romans al intestat, n'hi ha cap fonament jurídic per a exigir la institució d'hereu com a presuposició de la validesa del demés contingut del testament. Y ho palesa les excepcions establertes per el mateix dret romà que reconeix la eficàcia dels llegats y fideicomisos, a pesar de la invalidació del testament o de la institució, quan per consecuenca de la no adquisició per part del instituit passava la herencia al fise, quan l'instituit maliciosament rebutja le herencia pera que ell mateix o un altre la pugui adquirir abintestat lliure de llegats y càrregues; y quan a consecuenca de ser el testament inoficiós passava la herencia als hereus intestats.

»El legislador, a mon entendre, sens perjudici de procurar la unitat patrimonial de la herencia, deu vetllar per el compliment de la voluntat del testador, tal com se ha manifestat y sols fins aont s'ha declarat. Mes enllà, la voluntat del causant no existeix; doncs a la llei toca suplirla. El criteri de llibertat propi del dret català y la facultat de lliure disposició, pugnen amb aquells principis o be violenten la voluntat del testador obligant-lo a manifestar-se per tota la herencia, o be la desnaturalisen, aixamplant ses parcials disposicions fora de lo expressament declarat per el mateix testador.»

128. El Projecte presentat el podeu consultar al DSPC de 30 d'abril de 1936, p. 4263-4265. Va ser objecte d'un primer dictamen de la Comissió Permanent de Justícia i Dret, presidida per Josep Andreu i Abelló, i integrada per Carles Gerhard i Ottenwaelder (secretari), Rovira i Virgili, Colldeforns, Mies, Torres i Barberà, Ribas i Soberano, Magre, Abadal, i Sol i Xirau (DSPC del divendres 15 de maig de 1936, p. 4446-4448), i d'un segon dictamen de la mateixa Comissió «Dictamen de la Comissió referent el dictamen anteriorment llegit sobre el Projecte de Llei referent a la successió intestada», (DSPC, 21 de maig de 1936, p. 4472-4474). El text definitiu es publica com a annex al DSPC núm. 247, del divendres 3 de juliol de 1936.

129. DSPC, 16 de juny de 1936, p. 4669-4670.

fins aleshores a Catalunya, assenyalava l'equiparació de drets dels fills nascuts fora de matrimoni, la no-exclusió dels germans de vincle senzill en cas de concurrència amb germans de doble vincle, l'exigència de convivència amb el causant perquè els parents de cinquè i sisè grau tinguessin dret a successió intestada, i l'establiment de l'usdefruit del cònjuge supervivent en la totalitat de l'herència quan els hereus cridats fossin col·laterals i en la meitat quan fossin ascendents o descendents, però no feia cap referència a la compatibilitat entre successió testada i intestada.

La justificació de la supressió del principi *nemo pro parte* no es pot trobar en la LSI, a conseqüència de la manca d'un preàmbul que ho pogués explicar. Tampoc no va existir una discussió parlamentària sobre la qüestió, sinó que es van aprovar per unanimitat els articles que hi feien referència. Només en la intervenció del Sr. Abadal —en la discussió de l'article 14 dedicat als ordres successoris—, es pot trobar una al·lusió a la supressió del principi *nemo pro parte*, quan assenyalava que si bé estava d'acord amb el trencament del sistema tradicional que suposava l'exclusió del principi *nemo pro parte*, aquesta «modernitat» no arribava fins al punt d'acceptar els ordres successoris proposats pel Grup Socialista. Deia el Sr. Abadal que:

[...] Nosaltres, dintre d'aquest dictamen, hem vingut a acceptar modificacions substancials a allò que deia el senyor Conseller de Justícia i Dret que era el passat. La primera d'elles, la de l'article 1r. que ja hem aprovat. Aquest article que destrueix aquell principi que estava infiltrat dintre de tots els conceptes jurídics de Catalunya de la impossibilitat de la coincidència de la successió testada i de la intestada.

Jo tinc ja molts anys i puc dir que tots els eminents juristes catalans del darrer terç del segle passat —no anem gaire lluny— haurien considerat una veritable heretgia jurídica que dintre de Catalunya es vingués a aquest principi de successió, a aquest principi que fa coincident la successió testada i la intestada. I nosaltres ho hem acceptat, i això que aquells juristes no deixaven de tenir certa raó dintre del concepte que aleshores hi havia —del concepte que potser es podria conservar avui, i al que em referia abans—, perquè dintre del principi aquest que es concretava en aquelles tres fórmules de què: no poden coincidir la successió testada i la intestada, que el que era hereu d'una part era hereu d'un tot i el que era hereu en un moment ho era sempre, constituïa un sistema de tan fondes i extraordinàries i transcendents conseqüències, que res més que amb aquests tres principis es resumeixen totes les qüestions que podien venir de la successió intestada.

Hem acceptat aquest principi, perquè no som del passat, senyor Conseller de Justícia i Dret; hem acceptat aquest principi perquè creiem que dintre de les noves necessitats cal buscar noves fórmules. No és que ens sacrifiquem, perquè l'acceptem agradosament i agradosament volem anar a totes aquelles reformes que representen perfeccionaments dintre de la nostra legislació. I com en aquest principi, no hem po-

sat cap resistència a les limitacions que nosaltres posem —encara que no les accepti la Minoria Socialista— a l'accessió a l'herència dels pares, dels fills naturals, dels fills fora de matrimoni. Com no deixem d'acceptar una nova concepció que hi ha dintre de l'herència del cònjuge vidu respecte del cònjuge premort [...].¹³⁰

4.2. L'ADMISSIÓ DE L'ACREIXEMENT ENTRE DISJUNTS TOT I LA NO-VIGÈNCIA DEL PRINCIPI *NEMO PRO PARTE*

La LSI de 1936, després d'establir el trencament amb el principi *nemo pro parte* a l'article primer dient que: «La successió intestada no té lloc més que quan en tot o en part falten la testamentària i la derivada de capítols», en els tres articles següents assenyalava una sèrie de conseqüències i normes complementàries a aquella regla:

— En l'article 2.2 mantenia la compatibilitat entre testament i successió intestada, quan deia que «Àdhuc en el cas que els hereus instituits no arribin a ésser-ho, les altres disposicions ordenades pel testador seran mantingudes». Per tant, es mantenia l'eficàcia del testament malgrat que faltessin els hereus testamentaris, i subsistien els llegats a càrrec dels hereus intestats.

— L'article 4 disposava que «L'hereu de cosa certa i determinada és considerat legatari». Es prescindia, doncs, del criteri tradicional, d'acord amb el qual la qualificació de l'hereu en cosa certa depenia de la concurrència o no amb hereus normals, i s'atenia exclusivament a la presumible voluntat del testador. D'aquesta manera, l'hereu en cosa certa podia concórrer amb els hereus intestats.

— Les dues regles esmentades dels articles 2.2 i 4 de la LSI de 1936 podien encaixar també dins d'un sistema en què regís el principi *nemo pro parte*, ja que no es produïa una concurrència entre hereus testamentaris i intestats, sinó només entre testament i hereus intestats en el primer cas (article 2.2), i entre un legatari — l'hereu en cosa certa— i els hereus legals en el segon (article 4). La veritable prova de la derogació del principi *nemo pro parte* es trobava a l'article 2.1 de la LSI de 1936, segons el qual «Quan la institució d'hereu feta pel causant comprèn solament una part alíquota de l'herència, la part no disposada és deferida als hereus

130. DSPC, 18 de juny de 1936, p. 4707 i 4708. Abans, el Sr. Sol s'havia referit a la supressió del principi *nemo pro parte* en la sessió del dia 16 de juny de 1936: «El projecte de la Comissió Jurídica Assessora va ésser modificat dintre de la Comissió. Ja venia modificat en alguns punts dels que era tradicional a la nostra terra respecte de la successió intestada, perquè esborrava —i feia bé— aquell principi provinent de Roma de què no es podia morir part testada i part intestada» (DSPC, 16 de juny de 1936, p. 4674).

per intestat». Per tant, en una mateixa successió podien concórrer hereus testamentaris i intestats, quan no s'havia disposat de una part de l'herència, i eliminava en aquest cas l'anomenat acreixement *necessari*. Això no obstant, cal tenir en compte que la LSI no va eliminar absolutament l'acreixement sense conjunció, sinó que era possible un *acreixement entre disjunts*, d'acord amb l'article 3 LSI, que deia que «Quan resti vacant la porció deixada a algun dels hereus testamentaris, aquesta porció, a manca de substitut, passa als restants instituïts; amb preferència entre ells, als cridats conjuntament amb el titular de la porció vacant. Si quedés vacant la porció destinada a alguns dels hereus intestats, es deferirà als altres hereus intestats.»¹³¹ S'entenia, doncs, que la voluntat del testador era que respecte a la porció vacant per la falta d'algun dels instituïts no s'obris la successió intestada, sinó que es repartís entre la resta de cohereus, tot i no ésser conjunts.

5. EL RETORN AL SISTEMA *TRADICIONAL* EN ELS PRECEDENTS DEL CODI DE SUCCESSIONS

Amb la Llei de 8 de setembre de 1939 es va restablir el dret anterior.¹³² La tasca recopiladora del dret civil català no es va reprendre fins després del Congrés Nacional de Dret Civil, que va tenir lloc a Saragossa l'any 1946, on, com a pas previ cap a la formació d'un codi civil general, es va proposar l'elaboració de compilacions dels drets civils territorials.

5.1. EL PROJECTE DE COMPILACIÓ DE 1955

El Projecte de compilació de 1955 mantenia la vigència del principi *nemo pro parte*, que era formulat expressament a l'article 220.2, que establia que «La herencia se defiere por testamento, por contrato o por la ley. La sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido, y es incompatible con la testada y la contractual universales», i a l'article 247, segons el qual «En una misma

131. L'article 3 va quedar redactat d'aquesta manera després de l'esmena proposada per Vallés i Pujals, Carreres i Artau, Duran i Ventosa, i Rovira i Roure. La redacció presentada inicialment establia que: «Si el testador només deixa una part alíquota de l'herència als que institueixi hereus, i resta vacant la porció d'algun d'ells, aquesta porció, a manca de substitut, passa als restants instituïts; amb preferència entre ells, als cridats conjuntament amb el titular de la porció vacant. Si quedés vacant la porció destinada a algun dels hereus intestats, es deferirà als altres hereus intestats» (DSPC, 17 de juny de 1936, p. 4696).

132. BOE de 30 de setembre de 1939.

sucesión no pueden concurrir simultáneamente herederos testamentarios y herederos abintestato, aunque el testador no hubiera dispuesto de toda la herencia».¹³³ En conseqüència, la relació d'incompatibilitat es formulava només entre la successió intestada i les successions voluntàries, i no entre aquestes.

Pel que fa a la qüestió de si la incompatibilitat es formulava entre hereus o entre fonaments successoris, en no existir en els articles 468 a 477 del Projecte de 1955 un precepte sancionador de la ineficàcia del testament per la falta d'acceptació de l'hereu —com sí que succeïa en canvi en l'article 338.3 del Projecte de 1930—, es pot afirmar la compatibilitat entre testament i successió intestada. Cert és que l'article 238.1 del Projecte de 1955 deia de manera molt genèrica que «El acto de última voluntad otorgado como testamento que sea ineficaz como tal, se sostendrá como codicilo si puede valer como éste, siempre que dicho testamento contenga la denominada cláusula codicil·lar, i per tant es podia entendre que la no-acceptació de l'hereu era un cas d'ineficàcia. Però l'article 494.3.I del Projecte de 1955 resolva la qüestió en establir que «El heredero que repudie la herencia testada podrá aceptar la intestada que se le defiera, pero con sujeción a los legados, fideicomisos y otras cargas que le haya impuesto el testador». El precepte volia dir que, tot i que l'hereu repudiés l'herència, valien les disposicions fetes en el testament, que mantenia l'eficàcia com a tal, i no com a codicil, ja que la subsistència dels llegats prevista a l'article 494.3.I s'establí sense exigir-se que el testament contingués la clàusula codicil·lar.

Les conseqüències més importants del principi *nemo pro parte* eren les següents:

— L'anomenat *increment hereditari*, al qual el Projecte de 1955 dota de substantivitat separant-lo de l'acreixement. Efectivament, després de regular als articles 504-506 l'acreixement derivat de la crida conjunta entre hereus testamentaris, l'article 507 va establir que l'increment hereditari podia tenir lloc entre hereus disjunts, sempre que no procedís el dret d'acréixer, així com respecte a tots els hereus en relació amb la porció no disposada.¹³⁴

133. Precepte anàleg, per tant, als articles 268.1 del Projecte de 1930 i 220.1 i de l'Avantprojecte 1931. I l'article 478 del Projecte de 1955 començava dient que «Por fallecimiento de una persona sin dejar ningún heredero testamentario o contractual, o que el nombrado o nombrados no lleguen a ser herederos, se abrirá su sucesión intestada [...]».

134. Article 507.1 del Projecte de 1955: «Siempre que por causa ajena a las previstas en el último párrafo del artículo 503, no pueda tener lugar entre los herederos instituidos el derecho de acrecer que regulan los artículos anteriores, la cuota o porción hereditaria vacante, que habría correspondido al heredero que no llegue a serlo, incrementará las cuotas de los demás herederos a proporción de las mismas, pero no subsistirán los legados, fideicomisos u otras cargas impuestas al heredero que falte. Lo mismo se aplicará respecto a la cuota o porción hereditaria no dispuesta por el testador, cuando éste falleciere con heredero o herederos instituidos sin haber dispuesto de alguna cuota o porción de herencia».

— La consideració de l'hereu en cosa certa com a prelegatari i hereu si no concorria amb hereus instituïts sense aquesta assignació,¹³⁵ conseqüència de la supressió del règim romà del prellegat.¹³⁶

— I, en relació amb la col·lisió entre la voluntat del testador manifestada en la prohibició de l'increment i el principi *nemo pro parte*, l'article 507.2 del projecte de 1955 va establir que «Este incremento o derecho de acrecer supletorio no podrán renunciarlo los herederos que lleguen efectivamente a serlo, ni prohibirlo el testador, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 346. En lo demás, regirá lo preceptuado en los artículos anteriores, en cuanto sea de aplicación». I l'article 346 del Projecte de 1955 preveia les conseqüències de la prohibició feta pel testador en forma de clàusula d'acomentament.¹³⁷

5.2. LA COMPILACIÓ DE 1960. REFERÈNCIA ESPECIAL A LA REGULACIÓ DE L'EFICÀCIA DE LA CLÀUSULA D'ACONTENTAMENT

La Compilació de 1960 va mantenir la mateixa línia que el Projecte de 1955. El principi *nemo pro parte* s'establia a l'article 97.1 de la CDCC, segons el qual «L'herència es defereix per testament, per contracte o per llei. La successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb la testada i la contractual universals». El precepte establia, per tant, la incompatibilitat entre la successió intestada i la testada i la contractual universals —havent-se

135. L'article 244 del Projecte de 1955 disposava que «El heredero o herederos instituidos sólo en cosa cierta serán legatarios de la misma si concurren simultáneamente con heredero o herederos instituidos sin esta asignación. Pero en otro caso, o sea si el heredero único o todos los herederos instituidos lo son en cosa cierta, serán prelegatarios de ella y exclusión hecha de la cosa o cosas ciertas tendrán el carácter de herederos universales, y por partes iguales entre ellos de ser varios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 346».

136. L'article 422 del Projecte de 1955 deia que: «El coheredero o el heredero único favorecidos con algún legado, adquirirán éste íntegramente a título de legatarios y no de herederos, aunque el testador lo haya impuesto determinadamente a cargo de los mismos».

137. L'article 346 del Projecte de 1955 establia que «Instituidos todos o el único heredero en cosas ciertas, o en determinadas cuotas de la herencia, sin agotar ésta, disponiendo expresamente el testador que se contenten con dichas cosas o cuotas, se entenderá que respecto del resto de la herencia o cuotas hereditarias de que no haya dispuesto el testador, éste ha establecido fideicomiso de substitución, para después de fallecidos los instituidos o instituido, a favor de los que al momento de fallecer éstos serían herederos intestados del testador.

»Caso de concurrir además otro heredero de cosa cierta pero sin tal cláusula de contentamiento, éste, sin perjuicio de lo que le corresponda según el artículo 244, será fideicomisario respecto del resto en vez de los indicados en el párrafo anterior.»

d'entendre com una incompatibilitat entre hereus intestats i hereus voluntaris—,¹³⁸ però no es referia a la relació entre successions voluntàries. Diversos articles preveïen la coexistència entre un testament i l'heretament (art. 66, 78, 85.3 de la CDCC), però cap no preveïa la concurrència d'hereus testamentaris i contractuals.¹³⁹

Les conseqüències del principi *nemo pro parte* en el sentit d'incompatibilitat entre hereus voluntaris i intestats es mostraven en l'increment hereditari de l'article 267 de la CDCC, en el tractament que es donava a l'hereu en cosa certa, a l'hereu instituit en usdefruit i a l'hereu vitalici (articles 110 i 112 de la CDCC), i en la solució que es donava a la clàusula d'acomentament (article 166 de la CDCC), de la qual ens ocupem amb un cert detall.¹⁴⁰

138. Tot i que no es resolía de manera explícita la qüestió, considerem que, tal com hem afirmat respecte al Projecte de 1955—i tal com va succeir després amb el Codi de successions—, la incompatibilitat no es donava entre successió intestada i successió voluntària, sinó entre hereus testamentaris i intestats. Cal reconèixer que uns dels arguments que utilitzavem respecte al Projecte de 1955 no serveixen per a la Compilació. Si bé l'article 256.1 de la CDCC establia l'eficàcia dels llegats ordenats en testament, que quedaven a càrrec dels hereus intestats, el canvi que l'article 106 de la CDCC—segons el qual s'entenia imposada la clàusula codicil·lar en els testaments—suposava respecte a l'article 238.1 del Projecte de 1955, permetia mantenir que la dita subsistència s'entenia feta no en testament, sinó en codicil. La majoria de la doctrina es mostrava favorable a la ineficàcia del testament en el cas de falta d'acceptació de l'hereu i la seva conversió en codicil. Entre aquestes opinions podem citar les de Xavier ROCA FERRER, a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tom XXVIII, vol. 1, Madrid: Edersa, 1982, p. 146, qui afirmava que «el único supuesto en que entra en juego la cláusula codicil·lar legal es el de la falta de heredero, falta que puede tener carácter originario (testamento que no contiene institución) o posterior (heredero que no quiere o no puede heredar)[...]», i la de PUIG FERRIOL, a Luis PUIG FERRIOL, Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, tom III, vol. 1, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, p. 312, que deia que «[...] un testamento válido con institución de heredero eficaz en el momento del fallecimiento del causante puede devenir ineficaz con posterioridad a la apertura de la sucesión cuando sobrevienen circunstancias que impiden que el heredero llamado llegue a adquirir la cualidad de tal [...]». En canvi, MARSAL GUILLAMET defensa la tesi contrària afirmant que «Atès que la de la CDCC no ho establia expressament, l'acceptació de l'instituit hereu no podia condicionar la qualificació de la declaració de voluntat del testador amb valor negocial des de la seva mort. De l'acceptació de l'instituit hereu només depenia que la successió fos testada universal o intestada», *op. cit.*, p. 104. El fet que tota clàusula sancionadora hagi d'interpretar-se restrictivament, i que no hagi passat a la Compilació una norma com la de l'article 338.3 del Projecte de 1930, són altres arguments que ens fan decantar per la tesi de MARSAL GUILLAMET i entendre, en conseqüència, que el principi *nemo pro parte* s'havia d'interpretar com una incompatibilitat entre els títols d'hereu voluntari i hereu intestat.

139. Si el destinatari de la reserva per a testar era instituit hereu, tenia la consideració de legatari (article 110 de la CDCC), atès que concorria amb un hereu—no testamentari, sinó contractual— instituit sense aquesta assignació. Vegeu sobre la qüestió de la incompatibilitat entre successions voluntàries l'anàlisi clar i detallat que fa MARSAL GUILLAMET, *op. cit.*, p. 37-40.

140. Atès que es tracta d'un precepte que, a diferència dels esmentats anteriorment, no ha passat al Codi de successions.

La Compilació de 1960 no va incorporar a l'articulat l'esmentat segon paràgraf de l'article 507 del Projecte de 1955, de manera que no feia cap referència genèrica a la prohibició de l'increment hereditari, però sí que va mantenir la norma de l'article 346 del Projecte de 1955 relativa a la clàusula d'acomentament, que va passar a ser l'article 166 de la CDCC, que establia que «Instituïts tots o l'únic hereu en coses certes o en determinades quotes de l'herència, sense esgotar aquesta, amb la disposició expressa del testador de què s'acomentin amb les dites coses o quotes, s'entendrà que la resta de l'herència queda gravada de fideïcomís de substitució condicional a favor dels qui, al temps de morir els esmentats hereus, serien successors ab intestat del testador. Cas d'ésser varis els hereus, i no afectar aquesta clàusula de comentament a algun o alguns d'ells, aquest fideïcomís s'entendrà disposat a favor d'aquests últims».¹⁴¹ Se seguia parcialment la línia que en la doctrina clàssica catalana va propugnar Finestres i de Monsalvo, de considerar que el testament era vàlid malgrat la clàusula, i que per tant tota l'herència s'atribuïa als hereus testamentaris, si bé la part afectada per la prohibició estava gravada amb un fideïcomís en favor dels hereus intestats. La diferència estava en el moment en què s'havia de fer la restitució: de manera immediata segons Finestres (fideïcomís pur) i en complir-se la condició consistent en la mort del fiduciari (substitució fideïcomissària) d'acord amb la Compilació.¹⁴² Es podien distingir diversos supòsits:

141. La inclusió d'aquest precepte en la Compilació també va resultar polèmica. A la revisió del Projecte de 1955 feta dins del marc de la Comisión General de Codificación, per CASTÁN, BONET i CABANAS el precepte s'havia suprimit. El suggeriment núm. 41 de ROCA SASTRE proposava la reintroducció justificant-la en aquests termes: «Así se compilan los siguientes textos: Digesto XXXI-único, frag. 69, pr.; XXXII-único, frag. 37, par. 4º; XXXVI-1, frag. 29; y XXXII-único, frag. 11, par. 4º» (Archivo de la Comisión General de Codificación, lligall 30, carpeta 5). No obstant això, no es va acceptar el suggeriment, i en el text presentat a les Corts no es trobava la norma esmentada. Va ser a conseqüència de l'esmena núm. 53, presentada per F. BERTRÁN GUELL i sis procuradors més, que la Comisión va reintroduir el precepte. La justificació de l'esmena deia que «Con este concepto se racionaliza el principio de la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada [...]» (Archivo del Congreso de los Diputados, lligall 1117).

142. Cal assenyalar que la regla de l'article 166 de la CDCC va ser criticada per la doctrina. SALVADOR CODERCH (a Ferran BADOSA COLL *et al.*, *Comentarios a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, vol. 1, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1987, p. 671) afirmà que el principi *nemo pro parte* manifesta una tendència a afavorir l'hereu instituït, però que aquesta finalitat no és compatible «de cap manera amb la regla de l'article 166 Comp. (substitució fideïcomissària condicional abans de la intestada; regla palmàriament contrària a la voluntat del testador). La regla de l'article 166 és absolutament discordant amb l'esmentada finalitat: ni manté el nombre d'hereus ni evita la successió intestada. Més aviat, complica la seva posició jurídica i es limita a ajornar l'obertura de la successió legítima. Com a regla integradora de la disposició testamentària, l'article 166 Comp., fa qualsevol cosa excepte respectar-la. La norma és, així, molt difícil de justificar». I MARSAL GUILLAMET afirma que és una prova del

a) Existència d'un únic hereu instituït en cosa certa, amb la prevenció que s'accontentarà amb aquesta cosa. D'acord amb l'article 110.1 de la CDCC, aquell tenia la consideració de prelegatari respecte a la cosa, però d'hereu universal en relació amb la resta de l'herència. El que la clàusula produïa era la consideració com a fiduciari de l'instituït, i eren fideïcomissaris els hereus abintestat del testador no en el moment de la mort d'aquest sinó quan s'acomplia la condició: la mort de l'hereu instituït en cosa certa.

b) Un únic hereu instituït en una quota de l'herència, que s'havia d'accontentar amb aquesta quota. El que feia l'article 166.1 de la CDCC era preveure un altre efecte per a aquella prohibició del testador: que la seva adquisició de la resta del cabal hereditari (en virtut de l'article 267 de la CDCC) estaria gravada amb un fideïcomís en favor dels hereus abintestat.

c) Un o diversos hereus en cosa certa i amb clàusula d'accontentament (per a tots o només per a alguns d'ells), que concorrien amb uns altres hereus universals. En aquest cas el fet d'establir-se la clàusula no tenia rellevància, ja que a aquells se'ls considerava legataris (article 110.1 de la CDCC) i, per tant, encara que no s'hagués estipulat l'accontentament, no tindrien dret a la incrementació: la part no disposada aniria als hereus *purs*.

d) Si l'instituït en una quota amb clàusula d'accontentament concorre amb un altre o altres hereus instituïts també en quotes de l'herència i sense clàusula,¹⁴³ sembla que la voluntat del testador admetria que la quota vacant anés directament als hereus instituïts sense la clàusula, però mai al que *s'ha d'accontentar*. Si no hi hagués la clàusula, d'acord amb l'article 267 de la CDCC, la quota vacant incrementaria proporcionalment la porció de tots els hereus. El seu establiment motivaria, d'acord amb l'article 166.2 de la CDCC, que hi hagués un fideïcomís, no en favor dels hereus abintestat, sinó en favor dels hereus instituïts sense la clàusula.

El mateix succeïa quan, havent diversos hereus en cosa certa (i cap hereu uni-

caràcter decisiu de la utilització de la paraula hereu com a criteri decisiu per a atribuir o no la qualitat d'hereu. Assenyala MARSAL GUILLAMET (*op. cit.*, p. 114) que «L'existència en el testament d'una "disposició expressa del testador" per tal que els instituïts hereus en cosa certa «s'accontentin amb les dites coses» (article 166.I CDCC) reflectia clarament que la voluntat del testador no era la «d'atribuir a l'afavorit la condició de successor en tot el seu dret o en una part d'aquell» (article 109.II CDCC). I, tanmateix, els així instituïts hereus obtenien la qualitat de tals. S'intentava «accontentar» la voluntat del testador impedint que l'instituït hereu en cosa certa pogués adquirir definitivament la titularitat dels béns que el testador no li hagués atribuït de manera expressa. El mecanisme consistia en presumir («hom entendrà») ordenada sobre aquells béns una substitució fideïcomissària condicional a favor dels qui en morir el fiduciari serien els successors intestats del testador».

143. Exemple: «Institueixo hereus B, C i D. B s'accontentarà amb la vuitena part de l'herència, sense que pugui adquirir res més; a C i a D els institueixo a cadascun en la quarta part de l'herència».

versal), únicament a alguns hereus en cosa certa se'ls imposava la clàusula. Si aquesta no s'hagués posat, hi hauria l'increment de manera igualitària entre tots ells, independentment del valor de la cosa (articles 110.1 i 267 de la CDCC). Però l'existència de la clàusula implicava que hi havia un fideïcomís en favor dels hereus instituïts sense la clàusula, a l'igual que en el cas anterior.

Així doncs, tot i que la solució més lògica i conforme a la voluntat del testador semblava ser en tots dos casos l'increment en favor dels instituïts sense la clàusula, l'article 166.2 del CS imposava un fideïcomís a favor seu.

El problema era, en tots dos casos, determinar quina era la part d'herència vacant gravada amb fideïcomís en favor dels hereus instituïts sense la clàusula d'acomentament: si tota la resta,¹⁴⁴ o únicament la part d'aquesta resta que correspondria als instituïts amb la clàusula. Aquesta darrera creiem que és la solució més lògica, ja que la clàusula d'acomentament no hauria de perjudicar necessàriament —com succeiria si es constituís el fideïcomís— als hereus instituïts sense la clàusula. Aquests haurien de tenir dret a la incrementació lliure de la part que els correspondria. Fins i tot, no contradiria la voluntat del testador que tota la part vacant anés directament, i no per via de restitució, als hereus instituïts sense la clàusula.

e) Tots els hereus ho són en cosa certa i amb clàusula d'acomentament. Sense la clàusula, respecte a la quota vacant, tots l'adquiririen de manera igualitària. La inclusió d'aquella clàusula motivaria l'existència de diverses substitucions fideïcomissàries en favor dels hereus abintestat, en les quals variaria el moment de la delació fideïcomissària i, per tant, podrien ser diferents els fideïcomissaris de les diverses porcions.

f) Tots els hereus ho són en quotes i amb la clàusula. Sense aquesta clàusula es produiria l'adquisició proporcional de la quota vacant. La clàusula motivaria, a l'igual que en el cas anterior, que la part incrementada de cada hereu estigui gravada amb una substitució fideïcomissària en favor dels hereus abintestat.

144. Així ho entén Xavier O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 74 i 75, basant-se en la relació entre el primer i el segon paràgraf de l'article 166 de la CDCC: «[...]el objeto de la sustitución fideicomisaria, entiendo que será igualmente todo el resto de la herencia, menos las cosas o cuotas concretas atribuidas a los herederos con o sin cláusula de contentamiento. Esto requiere una explicación: el resto de la herencia, según el segundo inciso del párrafo 1º del artículo 110 se debería distribuir por partes iguales entre todos los herederos instituidos en cosas o cuotas concretas, y en consecuencia, sólo serían fideicomitidos los bienes que correspondieran a los herederos con cláusula de contentamiento, pero el artículo 166 cuando en su párrafo 1º impone el fideicomiso, establece que éste comprenderá «el resto hereditario», y si hay otros herederos instituidos en cosas o cuotas concretas, sólo cambian (en su párr. 2º) las personas de los fideicomisarios, pero no el alcance del fideicomiso, por lo que estos herederos en cosas o cuotas concretas sin cláusula de contentamiento serán prelegatarios en cuanto a los mismos, y herederos fideicomisarios en cuanto al resto de la herencia».

Tant en aquest cas com en l'anterior —apartats *e* i *f*)—, s'estableix una solució molt forçada. Per tal d'evitar la crida inicial als hereus abintestat, solució que sembla la desitjada pel testador però que no és possible a causa del principi d'incompatibilitat de successions, el que es fa és considerar els hereus abintestats com a fideïcomissaris. Es retarda, per tant, la seva delació al moment de la mort de l'instituit, amb la qual cosa el concret dret de cadascun no solament s'ajorna sinó que pot arribar a ser il·lusori si mor abans que l'instituit hereu. No es pot dir que s'estableixi un dret en favor dels hereus intestats (aquests no se sap qui seran) sinó un gravamen als hereus testamentaris.

Es produirà en molts casos, per tant, una substitució fideïcomissària en favor dels hereus instituïts sense aquesta clàusula, si n'hi ha (article 166.2 de la CDCC), o en favor dels hereus abintestat (article 166.1 de la CDCC), segons si la clàusula d'acomentament afecta algun o tots els hereus. El que cal tenir en compte és que aquest fideïcomís no és únic, sinó que n'hi ha tants com hereus que *s'han d'accontentar*, que podran ser diversos:

a) Respecte a la quantia del fideïcomís, si és en favor dels hereus intestats, es distribuirà d'acord amb les regles de la successió intestada. I si és en favor dels hereus instituïts sense la clàusula, caldrà distingir segons hagin estat instituïts en cosa certa o en quotes. En el primer cas, les parts del fideïcomís seran iguals (article 110.1 de la CDCC), mentre que en el segon serien proporcionals a les quotes (aplicant l'article 267 de la CDCC).

b) Igualment, depenent del moment en què s'acompleixi la condició —la mort del fiduciari o fiduciaris—¹⁴⁵ podran ser fideïcomissaris diverses persones o no ser-ho ningú:

— Si els fideïcomissaris són els hereus abintestat del causant, sempre n'existirà algun, d'acord amb l'ordre legal de crides, si bé la seva determinació dependrà del moment en què s'acompleixi la condició.¹⁴⁶

145. Que la mort del fiduciari és una condició estava establert a l'article 163.3 de la CDCC (i actualment a l'article 185.2 del CS). Es tracta d'una norma que recull la tradició jurídica catalana. La RDGRN de 12 de maig de 1920 va dir que en la doctrina clàssica catalana s'entenia que si el fideïcomissari moria abans que el fiduciari s'extingia el fideïcomís: el dret no es transmetia a l'hereu, sinó que el fideïcomís quedava purificat. Així ho preveïa l'article 164.2 de la CDCC.

146. En aquest sentit, Xavier O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 75, entenia que pels hereus abintestat operava el dret de representació: «Al aplicarse las normas de la sucesión intestada para conocer quiénes sean fideicomisarios, entrará en juego el derecho de representación, es decir, si el hijo del fideicomitente premuere al fiduciario, no será fideicomisario, pero sus hijos, aunque aquél haya muerto con testamento y nombrado heredero a un tercero, serán fideicomisarios pues «serían sucesores intestados del testador» (fideicomitente) cuando murió el fiduciario y se cumplió así la condición».

— I si el fideïcomís s'estableix en favor dels cohereus aquests, per a poder adquirir-lo, hauran, com hem dit, de sobreviure al fiduciari. El seu dret no es transmet. Si els fideïcomissaris moren abans d'acomplir-se la condició, el fideïcomís perd l'eficàcia, i si només en mor un, i en queden d'altres que visquin en complir-se la condició, aquests seran els únics fideïcomissaris.¹⁴⁷

5.3. EL SEGUIMENT DEL PRINCIPI *NEMO PRO PARTE* A LA LSI DE 1987

La LSI de 1987 va seguir el principi d'incompatibilitat entre la successió voluntària i la intestada. L'article 1 establia que «La successió intestada s'obre, de conformitat amb el que estableix la Compilació del Dret Civil de Catalunya, quan mor una persona sense deixar hereu testamentari o contractual, o quan el nomenat o nomenats no arriben a ésser-ho». Ja des de la proposta de llei de successió intestada elaborada per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya s'observà el manteniment del sistema tradicional. No obstant això, les diverses redaccions que es donaren a l'article 1 de la LSI podien arribar a produir conseqüències ben diferents.

Efectivament, ja en el si de l'Acadèmia es plantejaren dues redaccions. Una primera segons la qual «La successió intestada s'obrirà en tots els supòsits en què correspongui segons la CDCC». Però també se'n formulà una segona, menys asèptica, segons la qual «Per mort d'una persona sense deixar cap hereu testamentari o contractual o quan cap dels nomenats no arribi a ser hereu s'obrirà la successió intestada en la qual la llei crida com a hereus del difunt els seus parents [...]».¹⁴⁸ La diferència era evident; mentre el primer supòsit era *adaptable* a una eventual derogació del principi *nemo pro parte*, el segon ja se situava en favor de la vigència.

El Projecte de LSI va optar per la primera fórmula,¹⁴⁹ si bé l'exposició de motius es feia ressò de la vigència del principi *nemo pro parte*,¹⁵⁰ d'acord amb la

147. Així ho entén Xavier O'CALLAGHAN, qui afegeix que «Aquí no juega el derecho de representación pues ninguna referencia hay a la sucesión intestada, tan sólo cabría la sustitución vulgar que hubiera dispuesto el fideicomitente para el fideicomisario que fallezca antes de cumplirse la condición y «no llegue a serlo efectivamente» como prevé el artículo 171» (*op. cit.*, p. 75).

148. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia. Arxiu Central, capsa 11-D-núm. 25.

149. Deia l'article primer del Projecte de LSI que «La successió intestada s'obrirà en tots els supòsits en què correspongui segons la Compilació del Dret Civil de Catalunya» (BOPC núm. 126, de 21 d'abril de 1986, p. 6125).

150. Es deia que «El text del projecte ha tingut molt present la Llei de la Generalitat Republicana i l'Avantprojecte de Compilació, però no s'ha cregut oportú prescindir dels grans principis que

Compilació. Varen presentar-se esmenes de diferent signe. Mentre el Grup Socialista proposava un text alternatiu, en el qual es mantenia la redacció de l'article 1 segons el Projecte i es volia recalcar a l'exposició de motius el caràcter asèptic d'aquell precepte,¹⁵¹ el Grup Parlamentari Popular volia que l'article 1r ja reflectís la vigència del principi *nemo pro parte*.¹⁵² Aquesta segona posició va ésser l'acceptada per la Ponència de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana, mitjançant un text transaccional, que va ésser el que va passar al text definitiu de la Llei.¹⁵³

6. EL DRET VIGENT: LA SUBSISTÈNCIA DEL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE* EN EL CODI DE SUCCESSIONS

Arribem, finalment, al dret vigent. Ja hem avisat que no faríem una anàlisi exhaustiva del principi *nemo pro parte* en el Codi de successions, però sí que cal fer una referència, ni que sigui breu, al significat i a les conseqüències, referència

han informat tradicionalment el dret català en la matèria, malgrat la posició que, en sentit diferent, mantingué en alguns supòsits l'esmentada Llei del 1936; és a dir, la incompatibilitat entre la successió testada i la intestada i la permanència de la institució d'hereu». (BOPC núm. 126, de 21 d'abril de 1986, p. 6125).

151. «Tanmateix no s'incideix en els grans principis del dret successori català, com ara la incompatibilitat entre la successió testada i la intestada, i la necessitat de la institució d'hereu, que en tot cas hauran de ser abordats en moments posteriors [...]» (BOPC núm. 150, de 16 de setembre de 1986, p. 7249).

152. L'esmena presentada proposava la redacció següent: «La successió intestada s'obrirà quan mori una persona sense deixar hereu testamentari o contractual, o quan el nomenat o nomenats no arriben a ser-ho». (BOPC núm. 196, de 14 d'abril de 1987, p. 10101).

153. «La successió intestada s'obre, de conformitat amb el que estableix la Compilació del Dret Civil de Catalunya, quan mor una persona sense deixar hereu testamentari o contractual, o quan el nomenat o nomenats no arriben a ésser-ho» (BOPC núm. 196, de 14 d'abril de 1987, p. 10112). Aquest text es va mantenir també després del dictamen de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana (BOPC núm. 199, de 4 de maig de 1987, p. 10348). Es va mantenir l'esmena a la totalitat del Grup Socialista, que proposava la redacció inicial del precepte (BOPC núm. 199, de 4 de maig de 1987, p. 10354), que no fou acceptada. Cal destacar que, en aquest aspecte, la posició del Grup Socialista no era la d'una oposició al principi *nemo pro parte*, sinó que s'acceptava en aquell moment, però sí a la redacció de la Llei, que no s'adaptava a una eventual supressió posterior d'aquell principi. A la intervenció del diputat del Grup Socialista Francesc Casares s'assenyalava l'acceptació del principi *nemo pro parte*, però deia que «[...]nosaltres estem convençuts que a curt termini caldrà tornar a considerar aquest principi i modificar-lo, seguint criteris doctrinals molt solvents, que, avui, ja proclamen aquesta necessitat i que, en definitiva, es tracta de la solució que va adoptar la Llei del Parlament de la República» (DSPC, 12 de maig de 1987, p. 4403). L'article primer segons el text del dictamen va ésser aprovat per unanimitat.

que ens permetrà discernir sobre si el manteniment del principi és inevitable, o si se n'hagués pogut prescindir. Abans, però, palesarem que aquest manteniment del principi en el Codi de successions no va ésser indiscutit.

6.1. EL DISCUTIT MANTENIMENT DEL PRINCIPI *NEMO PRO PARTE* EN EL CODI DE SUCCESSIONS

Tot i que, com s'ha vist, el principi *nemo pro parte* es mantingué en la LSI de 1987, no havia estat exempt de crítiques per part de la doctrina posterior a la Compilació,¹⁵⁴ fet que podia fer pensar de modificar-lo en el futur Codi de successions. Això no obstant, el principi s'ha conservat. L'article 3.2,3 del CS estableix que «La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituit i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal. La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament».¹⁵⁵ La justificació del manteniment del principi cal trobar-la sobretot en el respecte a la tradi-

154. En aquest sentit, Francisco SOTO NIETO, «Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Catalunya. Conveniencia de su revisión», a *Materials III Jornades de Dret Català a Tossa: «La Reforma de la Compilación. El sistema sucesorio»*, Tossa de Mar, 1984, parla d'una vetusta regla sense justificació que contraria obertament la voluntat del causant, fent-se ressò de l'antiguitat del principi: «La vigencia en Cataluña del Derecho Romano como supletorio en el dilatado período precompilador ha contribuido, a nuestro parecer, a esta esclerotización de algunos aspectos de su derecho sucesorio. Pensemos que respecto a Roma se ha querido fundar la regla en la naturaleza de las cosas, en la unidad de la sucesión hereditaria por su continuación de una sola persona o en el derecho sagrado que exigía la perpetuidad de los sacrificios de familia» (p. 259 i 260). En termes semblants, Lluís PUIG FERRIOL, «Els principis successoris catalans: present i futur», a *Materials...*, p. 48, qui analitza la conveniència o no del manteniment del principi. Ben al contrari, Josep-Joan PINTÓ RUIZ («Contestació al Discurs d'Ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de Lluís Roca Sastre i Muncunill», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, p. 1025) justifica el principi precisament en la pròpia voluntat manifestada pel testador: «Si volem, que en els diversos casos concrets que es presentin (sense perjudici d'excepcions específiques que només la pràctica pot assenyalar i detectar) la destinació d'allò que quedi vacant s'operi en funció d'una extensió integradora de la voluntat del testador, hem de mantenir el principi; si al contrari, no desitgem extreure tota l'energia de la voluntat específica del testador, i preferim una regulació legal i estandaritzada (no relacionada amb l'específica voluntat del testador) per a omplir el buit creat, aleshores hem d'acabar amb el principi».

155. I l'article 322 preveu que «La successió intestada s'obre quan mor una persona sense deixar hereu testamentari o en heretament, o quan el nomenat o els nomenats no arriben a ésser-ho». Per tant, l'existència del testament exclou l'obertura de la successió intestada, en no preveure's el supòsit de disposició parcial, com fa l'article 912.2 del CC: «La successió legítima té lloc: 2n. Quan el testament no conté la institució d'hereu en tot o en part dels béns, o no disposa de tots els que corresponen al testador. En aquest cas, la successió legítima tindrà lloc solament respecte als béns de què no s'hagués disposat».

ció jurídica catalana, però en cap cas no va ésser una qüestió pacífica, sinó que va anar precedida d'una certa polèmica, com passem a veure.¹⁵⁶

6.1.1. *L'abolició inicial del principi nemo pro parte en les primeres propostes de regulació del dret de successions*

Per tal de desenvolupar la normativa successòria catalana recollida parcialment a la Compilació, es va optar per anar elaborant una sèrie de lleis especials que havien de conduir a un futur Codi de successions. S'aprovaren les lleis reguladores de la successió intestada (Llei 9/1987, de 25 de maig), de les reserves legals (Llei 11/1987, de 25 de maig, que s'integrava a la CDCC i la modificava l'article 269-272) i de la llegítima (Llei 8/1990, de 9 d'abril, que modificava els articles 122-146 de la CDCC), i quedaren pendents les lleis relatives a la successió testada i a les disposicions comunes a les successions testada i intestada.

Al final de l'any 1988, l'aleshores director general de Dret i d'Entitats Jurídiques, Miquel Billoch i Barceló, va constituir una comissió encarregada d'elaborar una proposta d'avantprojecte de llei sobre la regulació de la successió testada.¹⁵⁷

6.1.1.1. *El treball de base de Puig Ferriol*

El punt de partida de la tasca de la Comissió el constitueix el treball de base elaborat per Puig Ferriol.¹⁵⁸ Aquest treball comprenia tota la matèria successòria, incloent-hi dins l'articulat, amb algunes modificacions, el text de la LSI de 1987. Si bé es mantenia el principi de la necessitat d'institució d'hereu en el testament —article 45, llevat de l'atorgat per persona subjecta al dret civil de Tortosa— es trencà amb el tradicional principi *nemo pro parte*. L'article 3 —a diferència de l'article 97 de la CDCC— ja no es referia a la relació d'incompatibilitat, sinó que només establia que «La successió per causa de mort pot ordenar-se per mitjà del testament o de l'heretament. Únicament en defecte d'aquestes disposicions s'o-

156. Els treballs preparatoris del Codi de successions els hem consultat a l'Arxiu Central del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (ACDJ), caps 8155 (dates extremes: 1988-1990), 8156 (dates extremes: 1991) i 8157 (dates extremes: 1987-1991).

157. Comissió de la qual van formar part, a part de l'esmentat director general, Lluís PUIG FERRIOL (magistrat i catedràtic de dret civil de la Universitat Autònoma de Barcelona), Miquel TARRAGONA COROMINA (notari de Barcelona) i Antoni CUMELLA GAMINDE (registrator de la propietat de Granollers), i a la qual s'agregaren posteriorment Antoni CASTELLA RIERA i Jordi LLORET.

158. ACDJ, capsa 8155.

brirà la successió legal».¹⁵⁹ D'acord amb aquesta idea s'eliminava del capítol del dret d'acréixer l'anomenat *increment hereditari*,¹⁶⁰ i en el títol relatiu a la successió intestada l'article 262 establí que «Quan la institució d'hereu feta pel causant comprèn solament una quota de l'herència, la part no disposada es defereix als hereus abintestats».¹⁶¹ Pel mateix motiu, es donava un nou tractament a l'hereu en cosa certa, més conforme amb la voluntat del testador. L'article 47 deia que «L'hereu o els hereus instituïts solament en cosa certa no s'entendran cridats a títol d'hereus, a menys que la voluntat del testador sigui la d'atribuir la cosa o les coses certes com a quota del seu patrimoni o per via d'ordenació de la partició hereditària».

6.1.1.2. *L'Avantprojecte de llei de successió testada*

D'acord amb el treball base de Puig Ferriol, les diverses comissions feren les seves propostes. Les redaccions dels diferents articles anaven canviant lleugerament, però en totes s'hi mantenia el trencament amb el principi *nemo pro parte*. Després de diverses reunions al llarg de l'any 1989, en la reunió del dia 4 de desembre de 1989 s'acordà un text definitiu, que es va sotmetre al dictamen de la

159. El precepte es justificava dient que «L'article tercer enumera els títols en virtut dels quals es defereix la successió per causa de mort en el dret civil de Catalunya, suprimint el principi de la incompatibilitat entre la successió voluntària i la legal. Es proposa substituir aquest privilegi per un altre més conforme amb la voluntat del causant, com és el de declarar compatible la successió voluntària i la legal quan el causant disposa únicament d'una quota del seu patrimoni, però no quan el causant disposa íntegrament del seu patrimoni, però després es produeix una vacant per circumstàncies sobrevingudes. En aquest sentit es pronuncia l'article 262 seguint el precedent marcat per la Llei sobre successió intestada catalana de 7 de juliol de 1936 (articles 2 i 3)» (ACDJ, caps 8155, carpeta 4).

160. «[...] Es prescindeix de la incrementació forçosa que estableix l'article 267 de la Compilació per tal de donar beligerància al principi de la incompatibilitat entre els hereus testamentaris i els abintestats, que no es creu convenient que s'hagi de mantenir, atès que és obertament contrari a la voluntat del testador, en el supòsit que s'esmenta en les notes del títol quart» (ACDJ, caps 8155, carpeta 4).

161. En la nota als articles relatius a la successió intestada s'establí que «Els articles 261-289 que integren aquest capítol són els corresponents a la Llei catalana sobre successió intestada 9/1987. L'única modificació que es proposa és la de tornar al criteri que establí la Llei republicana sobre successió intestada de l'any 1936, molt més respectuosa amb la voluntat del testador, i que es traduïa en obrir la successió intestada respecte a la quota d'herència de la qual voluntàriament no hagués disposat el testador, perquè aleshores era clara la seva voluntat que succeïssin els hereus abintestat conjuntament amb els hereus testamentaris. I atribuir tota l'herència als hereus abintestats quan la quota vacant es produïa per circumstàncies alienes o no previstes pel testador (tal com resulta de l'article 262 de l'avantprojecte que es proposa)» (ACDJ, caps 8155, carpeta 4).

Comissió Jurídica Assessora, i l'article 3 establia que «La successió es defereix per testament, per heretament o per llei. La successió intestada no té lloc més que quan en tot o en part falta la disposada pel causant».¹⁶²

Aquest precepte havia d'influir la regulació d'una sèrie d'institucions, com la de l'hereu en cosa certa i l'instituit vitaliciament,¹⁶³ i afectava, com diem, un dels principis bàsics del sistema successori català, per la qual cosa es feia necessari donar unes poderoses raons que justificuessin el trencament del sistema tradicional. Aquests motius els va aportar la Comissió: el dret comparat (aquest és el sistema admès per gairebé tots els ordenaments jurídics moderns), el principi de respecte a la voluntat del testador i el caràcter familiar de la successió que recomana la crida als hereus abintestat.¹⁶⁴

162. Aquesta redacció es va acordar a la reunió del dia 4 de desembre de 1989, i va ser fruit d'una sèrie de modificacions al text proposat inicialment. Així, en principi no s'havia parlat inicialment de successió, sinó d'herència («L'herència es defereix[...]»), i es feia referència únicament als títols voluntaris: «La successió per causa de mort pot ordenar-se per mitjà del testament o de l'heretament. Únicament en defecte d'aquestes disposicions s'obrirà la successió legal» (ACDJ, capsa 8155, carpeta núm. 1).

163. L'article 48 establia que «L'hereu o els hereus instituïts solament en cosa certa no s'entendran cridats a títol d'hereus, a menys que la voluntat del testador sigui una altra, ja perquè així ho manifesti en ordenar la partició hereditària, ja perquè atribueixi la cosa o coses certes com a quota del seu patrimoni», i l'article 49 deia que «L'hereu instituït vitaliciament tindrà el caràcter d'hereu fiduciari gravat de restitució fideïcomissària condicional a favor de la persona o de les persones designades pel testador, i si el testador no ha nomenat hereu posterior o el designat no arribés a ésser-ho, s'entendran cridats com a hereus fideïcomissaris les persones que serien hereus ab intestat del testador al temps de morir l'hereu vitalici» (ACDJ, capsa 8155, carpeta núm. 1).

164. En una carta que Puig Ferriol fa arribar a Antoni Castella, signada el dia 24 d'abril de 1989, la Comissió aportà els arguments següents, que per la seva claredat i importància ens permetem transcriure (ACDJ, capsa 8155, carpeta núm. 1):

«1. L'article 97 de la CDCC estableix que «la successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb la testada i la contractual universals». És a dir, que el text compilat de 1960 és fidel en aquest punt als precedents romans, que estructuraven la successió per causa de mort partint del principi que en una mateixa successió no poden concórrer hereus testamentaris i abintestats.

La immensa majoria dels drets moderns ha superat clarament aquest principi d'incompatibilitat entre la successió testada i la intestada, perquè en els temps actuals s'entén que no suposa cap mena d'absurd jurídic que una persona mori en part testada i en part intestada.

2. Respecte a aquest punt es poden mantenir —fonamentalment— tres criteris:

2.1. L'esmentat en primer lloc, de clars precedents romans i que va fer seu l'article 97 de la Compilació: incompatibilitat entre la successió testada i la intestada.

2.2. El criteri d'absoluta compatibilitat que, com s'ha indicat fa un moment, és el que adopten pràcticament tots els ordenaments jurídics moderns i entre ells el Codi civil espanyol en els seus articles 658 i 912.

2.3. Un criteri intermig que es tradueix en atribuir conjuntament l'herència als hereus testa-

mentaris i als abintestats, quan el testador voluntàriament sols hagi disposat d'una quota de la seva herència, i la d'atribuir totalment l'herència als hereus testamentaris que restin, quan s'hagin produït quotes vacants per premoriència, incapacitat o repudiació, perquè en semblants casos es pot entendre que existeix una voluntat —ni que sigui implícita— d'excloure els hereus abintestats. És la solució que va adoptar la llei catalana sobre successió intestada de 7 de juliol de 1936, segons resulta dels seus articles 1 i 2.

3. La regla de la incompatibilitat té al seu favor el criteri dels precedents romans, de pregona influència en el dret successori català. Encara que aquests precedents són més aviat moderns, perquè ja Duran i Bas en la seva memòria de finals de segle passat proposava bandejar el principi de la incompatibilitat i adoptar el de compatibilitat, que era el pràcticament admès per tothom. I si no s'adoptà aquest criteri, fou segurament per influència de Martí i Miralles, que a principis del present segle va defensar la conveniència de mantenir el principi de la incompatibilitat, i el fet que l'esmentat jurista formés part de la Comissió redactora del projecte de 1930, va determinar que aquest projecte tornés al criteri tradicional, que passà després al Projecte de Compilació i finalment al text compilat de 1960.

Prescindint d'aquests precedents legislatius, el principi de la incompatibilitat de la successió testada i la intestada es fonamenta, a nivell general, en el criteri que el testador es va equivocar a l'hora d'establir les quotes hereditàries, i que el seu error s'ha de corregir per mitjà de la regla de la incompatibilitat. Però això és presumir massa, ja que normalment en l'atorgament del testament intervé un professional que assessora convenientment al testador. Per tant, és absurd presumir un error en els casos generals: és més probable que hi hagi una voluntat clara de disposar sols d'una quota de l'herència. I aquesta postura és perfectament defensible, perquè com ha posat en relleu VALLET és ridícul defensar que s'oposi al dret natural morir en part amb testament i en part que la successió es reguli per les normes de l'abintestat, ja que no existeix impossibilitat material ni lògica en aquest punt, sinó que en tot cas es podria parlar d'una incompatibilitat jurídica si el sistema successori vigent exclou la compatibilitat. És per tant una pura qüestió de dret positiu.

4. La solució intermitja que adopta la Llei Catalana sobre successió intestada de l'any 1936 és força més respectuosa amb la voluntat del testador. Perquè si aquest voluntàriament sols disposa d'una quota de la seva herència és violentar la seva voluntat fer extensiva la disposició testamentària a la totalitat del seu patrimoni. Mentre que quan el testador voluntàriament ha disposat de la seva herència i per circumstàncies sobrevingudes o que ell no va preveure es produeix una vacant, ja no és incongruent atribuir aquestes quotes vacants als hereus testamentaris, perquè àdhuc es podria presumir una voluntat de voler excloure els seus hereus per les regles de l'abintestat.

Però com totes les solucions intermitges, té els seus punts vulnerables. Fonamentalment un, com és el de què en el fons desemboca en el principi de la incompatibilitat. Perquè pràcticament mai es dona el cas que una persona voluntàriament disposi únicament d'una quota del seu patrimoni. I per tant es produirà gairebé sempre la incrementació a favor dels restants hereus testamentaris, en els casos de quota vacant per causes sobrevingudes.

5. Per aquestes raons, la Comissió s'ha inclinat finalment per recomanar passar d'un sistema d'incompatibilitat entre la successió testada i la intestada, a un altra sistema que admeti clarament el principi de la compatibilitat. I que es fonamenta:

5.1. En què aquest és el criteri admès avui per tots o gairebé tots els ordenaments jurídics moderns.

5.2. És molt més respectuós amb la voluntat del testador que el de la incompatibilitat, que a voltes porta a contrariar la voluntat expressa del testador per tal de fer valdre uns principis amb els quals cal pensar que la immensa majoria dels ciutadans de Catalunya no s'hi senten identificats.

5.3. El principi de la incompatibilitat tenia potser un cert sentit quan el costum general era instituir un hereu únic entre els fills, i així ho defensaven els autors amb referència al dret romà. Quan a Ca-

L'Avantprojecte de llei de disposicions generals sobre successió hereditària es va sotmetre, com diem, al dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, i el principi *nemo pro parte* va ser precisament uns dels eixos centrals d'aquell dictamen.¹⁶⁵ Pugnaven dos punts de vista, el dels partidaris de mantenir la situació tradicional, que entenien que no hi havia «cap raó per variar els principis successoris del dret català, d'innegable arrel romana, i que per a molta gent encara ara tenen una justificació vàlida», i el que considerava que, atesa l'eliminació del principi d'incompatibilitat de la Llei de successió intestada de 1936, era «discutible considerar tradicional el fet de mantenir el principi d'incompatibilitat entre successió testada i intestada», i que el manteniment o no de la regla era una qüestió de política legislativa.¹⁶⁶

talunya era corrent aquest tipus de disposició testamentària, tenia doncs un cert sentit conservar el principi de la incompatibilitat. Avui dia sembla que el més corrent és la distribució més o menys igualitària del patrimoni hereditari entre els fills, i des d'aquesta perspectiva cal entendre que el manteniment del principi d'incompatibilitat no el justifiquen raons jurídiques ni social ni familiars.

5.4. En el temps actual la successió hereditària té un marcat sentit familiar. Per consegüent si quan a Catalunya era corrent aquest tipus de disposició testamentària per causes sobrevingudes queda una quota hereditària vacant, sembla més conforme atribuir-la als hereus per les regles de l'abintestat que no pas a l'altre cohereu testamentari, que a vegades serà un estrany (en el sentit de persona no cridada a l'herència segons les normes de l'abintestat).

5.5. En fi, es pot invocar també l'escassa coherència que té el principi de la incompatibilitat en el propi text de la Compilació de 1960. Com ho acredita l'article 244.2, que es veu en la necessitat de convertir uns hereus abintestat en uns legataris de part alíquota per tal de mantenir el principi d'incompatibilitat. I els articles 158, 160, 166 i 179, entre d'altres, que preveuen diferents supòsits de concurrència d'hereus testamentaris i abintestat en una mateixa successió.»

165. Dictamen 42/1990, fet, a petició de l'aleshores conseller de Justícia, Agustí M. Bassols, per la Comissió Jurídica Assessora presidida per Josep M. Vilaseca Marçet, aprovat a la reunió del Ple de la Comissió el dia 13 de desembre de 1990 (Comissió Jurídica Assessora, Dictamen 42/90, Memòria 1990, Generalitat de Catalunya, p. 175).

166. Respecte a l'article 3r, el dictamen deia que «El paràgraf 2n diu: «La successió intestada no té lloc més que quan en tot o en part falta la disposada pel causant». Una part de la Comissió no en veu la utilitat i creu que en aquest aspecte és preferible mantenir la situació actual, ja que opinen que un canvi d'aquesta profunditat mereix una meditació molt seriosa i només es pot fonamentar en motius molt convincents que no encertem a veure.

Altra part entén que aquest precepte, tot i que reconeix la preponderància de la successió testada o, més exactament, la disposada pel causant pel fet de ser manifestació expressa de la seva voluntat, sobre la successió intestada, resulta una versió feble del principi romà *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* recollit clarament a l'article 97, p. 1r *in fine* de la Compilació, i també, d'una altra forma, a l'article primer de la Llei 9/1987, de 25 de maig (fa únicament poc més de tres anys).

A l'article 33, l'avantprojecte estableix unes normes que són conseqüència del caràcter universal i expansiu del títol d'hereu testamentari, que s'han de considerar, en certa manera, derivades del principi citat. Però és lògic que el paràgraf 2n de l'esmentat article 3r es pronunciï de la manera indicada ja

6.1.1.3. *L'Avantprojecte de llei reguladora de les successions*

La Comissió Jurídica Assessora, a part de dictaminar sobre la resta de l'articulat,¹⁶⁷ va aconsellar, en relació amb la tècnica legislativa, l'elaboració d'un codi

que això resulta imposat pels articles 12 (del primer avantprojecte) i 32 i 47 (del segon avantprojecte). Per tant, si aquests resulten justificats o admissibles, també ho és el repetit paràgraf de l'article 3. Això ho examinarem quan comentem els tres articles indicats. No obstant això, assenyalarem d'entrada que, segons la nostra opinió, no corresponen a veritables necessitats, encara que la seva justificació teòrica sigui el respecte a la voluntat del testador».

167. Referits al principi *nemo pro parte*, a part de l'article 3, el 12 (relatiu a la institució com a hereu d'una persona no concebuda al temps de la mort del causant), el 32 (49, referent a l'hereu instituint vitaliciament), i 31 (48, dedicat a l'hereu en cosa certa), respecte al qual la Comissió tampoc no va arribar a una conclusió unitària:

Una part de la comissió manifesta el següent:

«L'article 31 de l'avantprojecte és, sens dubte, una rèplica a l'article 110 de la Compilació, que es refereix a la institució d'hereu ex re certa. Aquesta, com se sap, és una institució contradictòria. El títol d'hereu pressuposa necessàriament una crida a tota l'herència o a una quota d'aquesta, però en afegir el testador que l'hereu adquirirà la cosa determinada que li indica, contradiu aquella conseqüència necessària del nomenament d'hereu. Aleshores es presenta el problema, resolt de manera diferent pels diversos ordenaments, de si s'ha de donar preferència al títol d'hereu, almenys en alguns casos, o si, al contrari, s'ha de considerar com a no feta la crida a títol universal i entendre que es produeix solament una crida concreta a títol singular o de llegat. La primera solució va ser la del dret romà i la segona, entre d'altres, és la del Codi civil espanyol (article 768).

La Compilació en el citat article segueix, com sembla lògic dins el seu sistema, el dret romà i es refereix, igualment com feia aquest, a diferents fórmules d'institució d'hereu ex re certa, que avui semblen arcaïques; tanmateix, prescindint de les fórmules concretes, aquestes disposicions són possibles, si bé poc freqüents en la pràctica quotidiana actual.

És molt comprensible que el dret romà adoptés la solució indicada i que donés preferència al nomen iuris —el títol d'hereu—, sobre l'assignatio, l'atribució concreta de la cosa. La necessitat de mantenir la institució d'hereu per conservar la validesa del testament ho justifica. Per altra banda, si l'instituit en cosa certa adquirís únicament aquesta, l'herència restant hauria d'anar als hereus d'abintestat en contra del caràcter universal i expansiu del títol d'hereu i en contra de l'altre principi romà que sosté que ningú no pot morir en part testat i en part intestat (article 97-109 de la Compilació i 29 i 30 d'aquest avantprojecte) i per exigències també del principi d'aplicació continua del favor testamenti.

L'article 31 de l'Avantprojecte, separant-se de la lògica interna del sistema romà, el qual també assumeix parcialment, s'orienta en la línia del Codi civil ja que aquest diu: «El heredero instituido en cosa cierta y determinada se considerará como legatario». El citat article de l'avantprojecte arriba de forma negativa a la mateixa conclusió, si bé afegeix «a menys que la voluntat del testador sigui una altra» o perquè adjudiqui la cosa certa a títol de partició hereditària o en pagament d'una quota de l'herència. Aquestes excepcions, per cert, no resulten de fàcil o possible aplicació quan hi ha un sol hereu. Aquest precepte tampoc no es refereix —cosa que seria coherent acceptant la solució contrària a la Compilació—, a l'hereu instituit solament en usufruct, com fa el paràgraf segon de l'article 110 de la Compilació.

L'article 768 del Codi civil és considerat per la doctrina com un precepte merament interpretatiu de la voluntat del testador i per això determina nombroses excepcions a la regla del Codi.

de successions que reunís tota la matèria successòria,¹⁶⁸ en lloc d'anar aprovant diferents lleis especials. I la mateixa Comissió de 1988 va elaborar un primer avantprojecte de codi de successions, el qual va ser lliurat al Govern de la Generalitat el dia 25 de gener de 1991, el qual, pel que fa al principi d'incompatibilitat, mantenia la línia dels treballs anteriors, és a dir, el trencament amb la regla *nemo pro parte* i les seves conseqüències.¹⁶⁹

6.1.2. *La reintroducció del principi nemo pro parte en l'Avantprojecte de codi de successions*

Però es pot dir que la sort de l'Avantprojecte de llei reguladora de les successions estava sentenciada, ja que en una reunió de la Comissió Assessora del Departament de Justícia per a l'estudi de l'Avantprojecte de codi de successions, que

L'article 31 de l'avantprojecte, al seu entendre, hauria de dir que l'hereu o els hereus instituïts solament en una cosa certa, si no concorren amb altres instituïts sense aquesta assignació, seran considerats com a tals hereus, sens perjudici d'adquirir la cosa especialment assignada, llevat que la voluntat del testador sigui una altra i que l'hereu instituït únicament en usdefruit s'equipari a l'hereu instituït en cosa certa.

Una altra part de la comissió creu que cal mantenir l'actual tractament de la figura de l'heres ex re certa, ja que l'article proposat respon al refús del principi *nemo pro parte testatus*, que no consideren convenient.

Altres membres de la comissió entenen que la norma d'aquest precepte és sensiblement més incompleta que la regulació continguda en l'article 110 de la Compilació, que assenyalava el règim jurídic d'altres hipòtesis (concurrència com hereu o hereus instituïts sense assignació de cosa certa i institució de l'hereu en usdefruit). Sobretot, creuen que no hi ha cap raó per prescindir d'aquesta última figura, amb l'assimilació consagrada de l'hereu instituït en usdefruit a l'hereu instituït en cosa certa».

168. El Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, quant a la tècnica legislativa, determinava que: «Els dos avantprojectes responen en general a una bona sistemàtica i fan també algunes innovacions encertades i interessants. No obstant això, resten fora moltes disposicions de dret successori regulades per la Compilació [...] Aquesta manca de regulació planteja un important problema: Vol dir això que es dona per bé el que disposa actualment la Compilació o és que es deixa per a un moment ulterior una nova regulació que serà també objecte d'altres avantprojectes posteriors? [...] Per altra banda, no sembla oportú dividir aquest projecte en diverses lleis, ja que caldrà establir una sèrie de disposicions transitòries, finals i addicionals en cada una de les lleis que s'estalviarien si es presentés un únic projecte de llei al Parlament.

»El nostre suggeriment, per tant, és que, quan es plantegi aquesta qüestió, es recomani aquesta fórmula com a més coherent des del punt de vista de tècnica legislativa».

169. Com, per exemple, la inexistència d'increment hereditari. L'article 320 determinava que: «Si el dret d'acréixer no pot tenir lloc entre els hereus instituïts, la quota o porció hereditària vacant es deferirà als hereus abintestats, amb subsistència dels llegats i altres càrregues» (ACDJ, capsa 8157, carpeta 4).

sota la presidència del conseller de Justícia, senyor Agustí M. Bassols i Parés, va tenir lloc el dia 17 de novembre de 1990,¹⁷⁰ es va debatre la qüestió del manteniment dels principis successoris catalans, i més concretament la del principi *nemo pro parte*, i les intervencions gairebé van ser unànimes en favor del manteniment, adduint-se arguments com els següents: tota modificació del dret tradicional havia d'estar molt justificada; «la institució d'hereu no pot partir-se»; el manteniment de la identitat pròpia catalana; les raons de lògica de sistema, i els principis de successió en la persona, del manteniment del patrimoni i de llibertat de testar.

Amb el lliurament de l'Avantprojecte de llei reguladora de les successions el dia 25 de gener de 1991, la Comissió de 1988 va cessar en les seves funcions, i gairebé immediatament, el dia 8 de febrer de 1991, el conseller de Justícia va nomenar una nova comissió,¹⁷¹ a la qual es va entregar el text anterior per estudiar-lo i formar, amb les modificacions escaients, un nou avantprojecte de codi de successions. I una de les principals innovacions va ser la reintroducció del principi *nemo pro parte*. La Comissió va rebre una sèrie d'«instruccions precises» per tal d'adaptar l'Avantprojecte a aquell principi tradicional.¹⁷² Es va donar una nova redacció als articles 3, 48, 49, i 320 del text de 25 de gener de 1991, es va suprimir l'article 12,¹⁷³ i es va optar per tornar a la regulació compilada. La raó esgrimida era que no hi havia arguments jurídics, necessitats d'ordre pràctic, exigències de tipus social ni pensaments polítics que justificuessin el trencament amb un dels grans principis del dret tradicional català, configuradors d'un sistema congruent, natural, pedagògic i gens forçat, i ben diferenciat de la resta del dret civil de l'Estat.

Per carta de 15 d'abril de 1991, es va remetre al conseller de Justícia l'Avantprojecte de codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya,¹⁷⁴

170. A la qual assistiren el director general de Dret i d'Entitats Jurídiques, Antoni Castella i Riera, Encarna Roca i Trías, Antoni Isac Aguilar, Josep Delfí Guàrdia Canela, Josep Antoni López Tena, Lluís Jou Mirabent, Pere Cuixart Bartolí, Lluís Figa Faura, Antoni Mirambell i Abancó, Josep Pintó i Ruíz, Ferran Badosa i Coll, i Jordi Lloret i Magdalena (ACDJ, capsa 8157, carpeta 2).

171. Integrada per Antoni Castella i Riera (director general de Dret i d'Entitats Jurídiques), Lluís Puig Ferriol (magistrat i catedràtic), Josep M. Puig Salellas (notari), Josep Delfí Guàrdia i Canela (advocat), Antoni Mirambell i Abancó (professor titular de Dret Civil) i Lluís Jou Mirabent (notari).

172. ACDJ, capsa 8156.

173. Article que establia que «Quan s'institueixi hereu una persona encara no concebuda al temps de la mort del causant, si aquest no ha nomenat marmessor universal, hom presumirà que la seva voluntat era instituir hereu fideicomissari el no concebut i hereus fiduciaris els que serien hereus ab intestat del testador en el moment de la seva mort».

174. Abans s'havien elaborat diversos esborranys d'avantprojecte de Codi de successions (ACDJ, capsa 8157, carpeta 4). En un dels primers, ja d'acord amb la nova orientació, l'article 3 establia que «La successió es defereix per heretament, per testament i per llei. La successió intestada sola-

que va ser aprovat pel Govern de la Generalitat en sessió del dia 7 de maig de 1991, i va esdevenir projecte. L'article 3 determinava que: «La successió es defereix per heretament, per testament o per llei. La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituint i és incompatible amb l'heretament i amb la testada universal. La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament».

6.1.3. *La tramitació parlamentària. El text definitiu*

Es van presentar una sèrie d'esmenes als articles esmentats, la majoria de les quals no qüestionaven la vigència del principi *nemo pro parte* sinó que afectaven bàsicament qüestions formals i de detall.¹⁷⁵

ment podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituint i és incompatible amb la testada i la contractual universal. La successió testada solament podrà tenir lloc en la mesura que ho permetin els heretaments pactats en capítols matrimonials». En una redacció posterior (13-3-91), que va ser la que es va sotmetre al dictamen d'una comissió dirigida pel Dr. Ferran Badosa Coll el paràgraf tercer deia que «La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament o, si n'hi ha, en la mesura permesa per aquest», i era incongruent amb l'actual article 82.1 del CS que, respecte a la reserva de disposició (al·ludida amb l'expressió «en la mesura permesa per aquest»), i al contrari que l'anterior article 18 de la CDCC, preveia que no s'havia de fer en testament, sinó en codicil, memòria testamentària o donació (vegeu 2.1.1.1). La contradicció es trobava en què, d'una banda, s'havia exclòs el testament de l'article 82.1, però, de l'altra, l'article 3.3 parlava de «successió testada universal», la qual es podia fer únicament en testament (anant, a més, en el seu cas, contra el principi d'incompatibilitat). El legislador va tenir en compte l'informe del Dr. Badosa Coll i, com hem vist, va modificar el paràgraf tercer de l'article 3. Igualment es va donar una regulació molt similar a l'actual als articles 48, 49, 49 bis i 320, relatius a l'hereu instituint en cosa certa, a l'instituint vitaliciament, en usdefruit i a l'increment hereditari, respectivament.

175. A l'article 3r van presentar-se tres esmenes. La núm. 4, del Grup Parlamentari Popular, de modificació del paràgraf primer: «[...]per testament o per lo disposat a la llei»; la núm. 5 del Grup Parlamentari d'Iniciativa per Catalunya, de supressió de tot el paràgraf segon; i, també a aquest segon paràgraf, la núm. 6 del Grup Parlamentari Popular, d'addició: «[...] amb l'heretament i amb la successió testada universal». (La Ponència va recomanar l'acceptació de les esmenes 4 i 6). Als articles 41 i 325 no es va presentar cap esmena. A l'article 141, relatiu a l'hereu en cosa certa, l'Agrupació Parlamentària d'Esquerra Republicana, va presentar dues esmenes: la núm. 159, de modificació del paràgraf primer: «L'hereu o els hereus instituïts solament en cosa certa, si no concorren amb altres hereus instituïts sense aquesta assignació, seran considerats com a tal hereus, sens perjudici d'adquirir la cosa especialment assignada, llevat que la voluntat del testador sigués una altra i que l'hereu instituint únicament en usdefruit s'equipari a l'hereu instituint en cosa certa»; i la núm. 160, d'addició al paràgraf segon: «[...] per parts iguals si són més d'un. L'hereu instituint solament en usdefruit s'equipara a l'hereu instituint en cosa certa». La Ponència no va fer cap recomanació (BOPC núm. 306, de 28 d'octubre de 1991).

Després de les recomanacions de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana,¹⁷⁶ es va redactar novament el text del Projecte, i va ser objecte de discussió parlamentària el dijous dia 12 de desembre de 1991, a la sessió plenària 82.1, tot just després d'aprovar-se per unanimitat una proposició no de llei sobre defensa de la competència del Parlament de Catalunya en matèria civil.¹⁷⁷ Les esmenes a l'article 141 del Projecte —relatiu a l'hereu en cosa certa— van ser retirades, per la qual cosa, en relació amb el tema que tractem, únicament s'havia de debatre l'esmena núm. 4, del Grup Parlamentari d'Iniciativa per Catalunya, de supressió del paràgraf 2 de l'article 3. Després de les intervencions dels Senyors Nualart, defensant l'esmena,¹⁷⁸ i Camps i Rovira,¹⁷⁹ donant suport al text del Projecte, es va votar, l'esmena va ser rebutjada i es va aprovar l'article 3 segons el text del Dictamen de la Comissió,¹⁸⁰ el qual, després d'alguna correcció lingüística, va ser redactat de la manera següent: «La successió es defereix per heretament, per testament o pel que disposa la llei. La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal. La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament».¹⁸¹

176. Veg. BOPC núm. 310, de 6 de novembre de 1991. Respecte als articles que estudiem i en relació amb el text anterior, únicament va variar l'article 3r, en ser acceptades les dues esmenes del Grup Parlamentari Popular, que va quedar redactat de la manera següent: «La successió es defereix per heretament, per testament o per lo disposat a la llei.

»La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal.

»La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament.»

177. Veg. DSPC núm. 114, p. 5814-5820.

178. «[...] Aquesta és una esmena de supressió d'un paràgraf de l'article tres, perquè entenem que la successió intestada pot ser compatible amb els altres heretaments, perquè pot existir la renúncia, per tant aquí es discuteix una mica el dret de créixer o no amb la successió intestada. Per tant, és per això que nosaltres demanaríem la supressió d'aquest article i, si no és en aquest sentit, aleshores ho trobem sobrer, perquè és evident, si hi ha hereu instituït, ja s'entén que no hi ha successió intestada. Per tant és per això que nosaltres demanem aquesta supressió.» (DSPC núm. 114, p. 5822).

179. «[...] A nosaltres ens sembla que la supressió que demana el senyor Nualart contradiria el principi de primacia de voluntat que es fonamenta al Codi de successions. A més, jo ja li vaig dir en Comissió que a mi em semblava que això representava la vulneració d'aquell principi —li ho dic en llatí, no amb ganes, és a dir, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest, és a dir, el principi d'incompatibilitat de successions i ens obliga a mantenir-ho i em sembla que és una errònia interpretació per part de vostè, sincerament.» (DSPC núm. 114, p. 5822).

180. L'esmena va quedar rebutjada per 3 vots a favor, 53 en contra i 16 abstencions, i l'article 3 va quedar aprovat per 69 vots a favor, cap en contra i 3 abstencions (DSPC núm. 114, p. 5823).

181. BOPC núm. 333, de 31 de desembre de 1991, que publicava el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya.

6.2. BREU REFERÈNCIA AL SIGNIFICAT, LES CONSEQÜÈNCIES I LA RAÓ S'ÉSSER DEL PRINCIPÍ *NEMO PRO PARTE* EN EL CODI DE SUCCESSIONS

Com diem, el Codi de successions ha mantingut el principi d'incompatibilitat de títols successoris. La justificació —preàmbul §7— és el respecte a la tradició jurídica catalana: «Aquesta Llei substitueix i modifica parcialment la legalitat anterior i és especialment respectuosa amb els principis clàssics i amb la tradició jurídica recent [...] No es modifiquen, per tant, els grans principis propis del dret romà, tan arrelats en el Dret successori català [...] Aquests principis, arrelats a la tradició i vius avui en l'aplicació del Dret a Catalunya, es mantenen íntegrament, atesa la inexistència de justificacions d'ordre jurídic, social o pràctic suficients que facin aconsellable la seva modificació, ni que sigui parcial». Però, encaixa realment el principi *nemo pro parte* en el dret successori vigent? Per a contestar aquesta qüestió cal fer una breu referència al significat i a les conseqüències d'aquest principi en el Codi de successions.¹⁸²

6.2.1. *El significat del principi nemo pro parte*

Definit tradicionalment el principi *nemo pro parte* com la incompatibilitat entre el testament i la successió intestada, aquest significat s'ha de replantejar necessàriament en el Codi de successions, per dos motius. En primer lloc, per l'existència d'un tercer fonament successori, l'heretament (articles 67 i s. CS); i, en segon lloc, per l'eficàcia, tot i que l'hereu instituït no arribi efectivament a ser-ho, de les disposicions testamentàries (articles 27.1 del CS, 127.2 del CS, 260.3 del CS, 266.pr. del CS) i del testament. Això fa que la relació d'incompatibilitat s'hagi de formular també respecte als hereus contractuals, i que no es produeixi una identificació testament-hereu testamentari efectiu. Partint d'aquests pressupòsits, la relació d'incompatibilitat s'ha de formular en els termes següents:

La successió intestada és incompatible amb la successió testada a títol universal.

L'article 3.2 del CS estableix que «La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal». El precepte es pot dividir en dues parts que estableixen dues idees diferents:

— L'article 3.2.pr. del CS vol donar a entendre que havent-hi una crida tes-

182. Més àmpliament, podeu veure el meu treball «El principi *nemo pro parte* en el Codi de successions: el seu significat i conseqüències», p. 391-416.

tamentària efectiva a la totalitat de l'herència, sigui directa (s'inclouen els casos dels articles 38 i 144 del CS) o subsidiària (articles 167-170 del CS), no es cridaran els hereus intestats. Estem davant de crides que, pel fet de referir-se al mateix objecte —la totalitat de l'herència—, són materialment incompatibles; la Llei ha de resoldre el conflicte atribuint preferència a una d'aquestes, i ho fa en favor de les crides testamentàries.

— L'article 3.2.fin del CS conté la relació entre les crides materialment compatibles. El precepte s'està referint als casos en què la disposició testamentària a títol universal admetria la concurrència d'hereus intestats («universalitat parcial»). L'article 3.2.fin del CS transforma la compatibilitat material en incompatibilitat jurídica quan diu que «La successió intestada [...] és incompatible [...] amb la successió testada universal». Atès que l'article 3.2.pr. del CS ha donat prevalença a la crida testamentària sobre la intestada, l'hereu testamentari adquirirà tota l'herència, com ho corrobora l'article 41.fin del CS.

La relació d'incompatibilitat s'estableix entre els hereus testamentaris i els hereus legals, no en relació amb els fonaments successoris. Per això, el testament, el codicil i la memòria testamentària —fonaments jurídics voluntaris— són compatibles amb la successió intestada, atès que poden o han de contenir disposicions a títol particular.

La successió intestada és incompatible amb la institució d'hereu contractual

Havent-hi un hereu contractual efectiu, no es pot obrir la successió intestada. Aquest és el sentit de la relació d'incompatibilitat entre la successió contractual i la intestada, establerta de manera no gaire precisa a l'article 3.2.del CS.

A l'igual que succeeix respecte a la relació successió testada universal-successió intestada, la relació entre aquesta i l'heretament es configura mitjançant una relació de preferència i una altra d'incompatibilitat:

a) La relació de preferència s'estableix a l'article 3.2.pr. del CS: «La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituit», i de manera més precisa a l'article 322 del CS: «La successió intestada s'obre quan mor una persona sense deixar hereu testamentari o en heretament, o quan el nomenat o els nomenats no arriben a ésser-ho». La idea que es desprèn d'aquests preceptes és que, tractant-se de disposicions «materialment incompatibles», l'hereu contractual —a l'igual que l'hereu testamentari— té preferència sobre els hereus intestats, però no s'estableix expressament una relació d'incompatibilitat jurídica si les disposicions són materialment compatibles.

b) La relació d'incompatibilitat jurídica s'estableix —de manera inexacta—, a l'article 3.2.fin del CS, quan diu que «La successió intestada [...] és incompatible amb l'heretament». L'afirmació d'aquest precepte no és totalment certa, ja que hi

ha una modalitat d'heretament que no exclou l'obertura de la successió intestada. És el cas de l'heretament prelatiu en favor dels fills dels contraents, que no atribueix «*dret successori directe*» (article 95.1 del CS), sinó que només representa una limitació a la llibertat d'elecció d'hereu en favor de certs fills, i que esdevé ineficaç si es mor sense haver fet testament. Per tant, la relació d'incompatibilitat jurídica s'ha de formular entre l'hereu contractual i l'hereu intestat.

L'hereu contractual té preferència sobre l'hereu testamentari, però ambdós no són incompatibles.

De les relacions entre la successió testada universal i la contractual se n'ocupa l'article 3.3 del CS, quan diu que «La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament». Es tracta d'un precepte sense precedents en el dret català, respecte al qual la doctrina entén que proclama la incompatibilitat entre l'hereu testamentari i el contractual.¹⁸³ Això no obstant, considerem que aquesta afirmació no és exacta, sinó que el que l'article 3.3 del CS estableix és la incompatibilitat jurídica, no només la preferència de la successió contractual sobre la testamentària (preferència que s'estableix també a l'article 70.1 del CS). Així ho deduïm de la comparació amb l'article 3.2 del CS. L'article 3.3 del CS no diu res de la relació d'incompatibilitat —segon incís de l'article 3.2 del CS—, sinó que s'ocupa només de la relació de preferència, utilitzant una fórmula similar a la de l'article 3.2.pr. del CS: «només pot tenir lloc».

Cert és que en la majoria de casos la relació entre la successió contractual i la *testada universal* —i amb la intestada— serà d'incompatibilitat material. D'acord amb la seva finalitat originària, en l'heretament s'ordenarà la successió completa del causant. Els articles 3.3 del CS i 70.1 del CS es refereixen a aquest supòsit quan preveuen la prevalença de l'hereu contractual sobre l'hereu testamentari. Però si l'heretament es fa no en tota l'herència, sinó només respecte a una quota d'aquesta, i per tant hi ha compatibilitat material amb la disposició testamentària de la quota restant, la Llei no transforma en aquest cas la compatibilitat material en incompatibilitat jurídica.

Amb aquesta interpretació que proposem de l'article 3.3 del CS, la voluntat del causant surt reforçada. Si s'hagués instituït un hereu contractual respecte a una quota de l'herència i el causant disposés per via testamentària de la resta, seria

183. Així ho entenen, entre d'altres, Josep M. PUIG SALELLAS, al comentari a l'article 3 de *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, p. 22; Joan MARSAL GUILLAMET, Ferran BADOSA COLL (coord.), a *Compendi de Dret Civil Català*, Barcelona-Madrid: Edicions de la Universitat de Barcelona-Marcial Pons, 1999, p. 377; i PUIG FERRIOL, a *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, p. 45 i 46, i a «Introducción al derecho sucesorio catalán», *RCDI*, núm. 651, (març-abril 1999), p. 518-520.

totalment contrari a la seva voluntat deixar sense eficàcia aquesta disposició i incrementar la quota de l'hereu contractual sobre la base d'un pretès principi d'incompatibilitat entre títols successoris voluntaris, sense que això tampoc no ho imposi el pacte que dona lloc a l'heretament.

Els hereus instituïts en diferents testaments poden ésser compatibles.

L'article 3 del CS no es refereix a la relació de preferència ni a la de compatibilitat entre els hereus instituïts en diferents testaments. L'article 130.2 del CS, sense distingir si les disposicions són o no materialment compatibles, diu que «l'atorgament d'un testament vàlid revoca de ple dret el testament anterior». Per tant, d'acord amb aquest precepte, tant si s'institueix en tots dos testaments un hereu en la totalitat de l'herència (incompatibilitat material), com si en un s'institueix un hereu en la meitat i en el posterior en l'altra meitat (compatibilitat material), hi ha una incompatibilitat jurídica que es resol en favor del segon testament, que revoca el primer.

Perquè els testaments compatibles materialment ho siguin també jurídicament, cal, d'acord amb l'article 130.3 del CS, que el testador ordeni «de forma expressa en el testament posterior que el testament anterior subsisteixi totalment o parcialment».¹⁸⁴ Així doncs, i contràriament al que succeïa en la tradició jurídica, hi ha compatibilitat tant entre testaments¹⁸⁵ com entre institucions d'hereu fetes en diferents testaments, si bé aquesta es tracta d'una possibilitat que s'utilitzarà poc a la pràctica, ja que sempre serà més senzill incorporar la modificació al segon testament.

6.2.2. Les conseqüències del principi *nemo pro parte*

Les conseqüències que es deriven del principi *nemo pro parte*, no totes enumerades en el preàmbul § VII CS, ni traduïdes en un precepte específic del Codi, són les següents:

184. MARSAL GUILLAMET, *op. cit.*, p. 52, assenyala que «L'article 130,III obliga a limitar l'abast del principi d'incompatibilitat de fonaments successoris («principi d'incompatibilitat de títols successoris» Preàmbul II,2). Els 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 (article 130,III) o per més d'un heretament (article 92,I). Per tant, allò que és incompatible ja no és el fonament successor, sinó la successió. L'article 130,III obliga a una altra lectura de l'article 3,I CS, per a introduir el plural a «per testament». La «successió testada universal» pot deferir-se per més d'un testament».

185. És el cas del testament confirmatori. L'article 130.3 del CS segueix dient que «Això mateix s'observa quan el testador ordena expressament en el testament posterior que valgui l'anterior revocat, encara que el testament posterior no contingui institució d'hereu, sempre que es confirmi la institució d'un, almenys, dels hereus instituïts en el testament anterior».

1) El preàmbul § VII del CS n'enumera dues:

— L'increment hereditari entre disjunts i respecte a la quota no disposada, que té caràcter «necessari» (article 41 del CS).

— El tractament que es dóna a l'hereu en cosa certa, en usdefruit i vitalici (articles 138-140 del CS), la consideració dels quals depèn de la concurrència o no d'altres hereus. Això no obstant, cal advertir que la no-aplicació de les regles d'aquests articles no suposaria necessàriament un trencament del principi *nemo pro parte* (en el seu significat actual). Si per exemple l'únic hereu en cosa certa tingués la consideració no d'hereu sinó de legatari i s'hagués d'obrir la successió intestada, això no contradiria el dit principi, ja que no hi hauria concurrència entre hereus testamentaris i hereus intestats, ni tan sols entre successió intestada i testament, ja que aquest es convertiria en codicil d'acord amb l'article 125.4 del CS.

2) La consideració dels hereus intestats com a legataris de part alíquota en el cas de caducitat parcial de la confiança, conseqüència establerta a l'article 135.2 del CS.

3) I, finalment, una conseqüència no recollida expressament per l'articulat del Codi de successions, és la de l'eficàcia de la clàusula d'acontentament. Qüestió molt discutida i discutible, proposem que aquesta clàusula signifiqui una crida testamentària tàcita als hereus intestats, amb la qual cosa es respectaria la voluntat del testador sense trencar el principi *nemo pro parte*.¹⁸⁶

6.2.3. *Consideracions finals: encaixa realment el principi nemo pro parte en el dret vigent, o se'n podria prescindir?*

Tornem, doncs, a la pregunta que plantejàvem al començament. Una vegada s'ha vist què vol dir el principi *nemo pro parte* i quines conseqüències té, es tracta realment d'un principi imprescindible? La resposta entenem que ha d'ésser negativa. Efectivament, el dit principi ni té la mateixa lògica que quan va sorgir, ni les conseqüències que se'n fan derivar han d'anar-hi necessàriament vinculades.

A la tradició jurídica la regla tenia la seva lògica. Si l'hereu es considerava el successor en la personalitat jurídica del difunt, i el succeïa en tot el seu patrimoni, si arribava a ésser efectivament hereu no es podia donar entrada als hereus intestats, ja que no quedava res per disposar per via intestada. O adquiria la totalitat, o no adquiria res, i per tant no es podia donar una concurrència entre hereus testats i intestats. I, d'altra banda, si l'eficàcia del testament es lligava a l'acceptació de l'hereu testamentari, es produïa una equivalència entre testament i hereu efectiu,

186. Veg. BOSCH CAPDEVILA, «El principi *nemo pro parte*...», § II.3.2.

de manera que la relació d'incompatibilitat es podia formular no solament entre hereus testamentaris i intestats, sinó també entre testament i successió intestada.

En el dret vigent, en canvi, el principi *nemo pro parte* ja no té el mateix significat que en la tradició jurídica, ni es pot dir que vingui imposat per la naturalesa de les coses, és a dir, per la impossibilitat que un, a la vegada, sigui i deixi d'ésser alguna cosa (hereu en el nostre cas). Si es permet la institució en una quota de l'herència, el testador ha trencat la *universalitat total* que suposa la idea inicial de l'hereu com a successor en tot el dret del seu causant, i ha donat lloc a la *universalitat parcial*. El caràcter natural del títol d'hereu (*universalitat total*) s'ha modificat pel testador (*universalitat parcial*).

En conseqüència, admès que la idea de totalitat no és inherent a la d'universalitat, el caràcter universal del títol d'hereu no impedeix per si sol l'existència de quotes vacants. Utilitzant la mateixa expressió que Martí i Miralles, sí que «quedaria alguna cosa que es podria transmetre per títol d'intestatura». La sola existència d'un hereu testamentari no impediria materialment l'existència d'hereus cridats per altres títols, de manera que l'expansivitat del títol no és més que una opció legal. Efectivament, el principi *nemo pro parte* deriva de la llei, que transforma el que de vegades és una compatibilitat material en una incompatibilitat jurídica. I, d'altra banda, l'eficàcia del testament tot i la no-acceptació de l'hereu testamentari ja permeten desvincular testament i hereu, i el principi es reformula en el sentit d'incompatibilitat de títols, no de fonaments successoris.

Però és que, a més, en el Codi de successions s'obren, segons la nostra opinió, importants escaletxes al principi *nemo pro parte*. La compatibilitat entre hereus instituïts en diferents testaments, o entre un hereu testamentari i un hereu contractual, ja atempten contra la pretensió d'exhaustivitat de cada fonament successori. I, si s'admet la compatibilitat entre hereus cridats per diferents fonaments voluntaris sobre la base de la seva complementarietat, per què no es pot admetre també la compatibilitat jurídica entre hereus voluntaris i hereus legals quan hi ha també compatibilitat material? Si es respon que en aquests casos —successió intestada— falta la voluntat del testador, s'està reconeixent que el principi *nemo pro parte*, més que de la Llei, ha de derivar d'aquella voluntat del testador, amb la qual cosa hauria de quedar trencat si hi ha una voluntat contrària a l'increment hereditari (clàusula d'acontentament).

Amb tot, cal tenir en compte que si traspassem el fonament del principi *nemo pro parte* de la llei a la voluntat del testador, no totes les que el preàmbul §7 del CS cita com a conseqüències d'aquell principi quedarien sense efecte. Tant l'increment hereditari, com la consideració que es dona a l'hereu en cosa certa, l'hereu vitalici i l'hereu en usdefruit, podrien mantenir-se, partint d'una presumpció legal favorable a la voluntat del testador en aquell sentit, però que adme-

tria la declaració i la prova en contrari. Tal com succeïa a la LSI de 1936, pot ser raonable presumir que el testador hagués preferit que la porció vacant aprofités als hereus testamentaris disjunts abans que als hereus intestats, ja que aquells, almenys, han estat afavorits en el testament. El debat s'ha de traslladar a esbrinar quina era la presumible voluntat del testador, sense imposar una solució basada en un principi fonamentat simplement en la voluntat del legislador, tot i la important tradició que arrossega.

BIBLIOGRAFIA

- ACADEMIA DE DERECHO DE BARCELONA (1896). *Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña*. Barcelona: Tipografía La Académica de Serra Hermanos y Rusell.
- ALMEDA, Joaquín [s.d.]. *Anteproyecto de Apéndice del Derecho catalán al Código civil. Ponencia de D. Joaquín Almeda con la colaboración de D. Martín Trias y Doménech*.
- BARRY, Franciscus DE [1550/1570-1644] (1681). *De successionibus testati ac intestati*, Tomus secundus, Sumptibus Ioannis Antonii Huguetam, & Guilielmi Barbier, Lugduni.
- BARTOLUS A SAXOFERRATO [1313/1314-1357]. *In secundam codicis partem*, Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Bevilaquam, MDLXXIII.
- BELLONUS, Antonius [1580/1590-1640] (1672). *De iure accrescendi. Tractatus elaboratissimus*, Apud Nicolaum Pezzana, Venetiis.
- BONFANTE, Pedro (1929). *Instituciones de Derecho Romano*. [Trad. de la 8a ed. italiana per Luis BACI i Andrés LARROSA]. Madrid: Ed. Reus.
- BORRELL I SOLER, Antoni M. (1923). *Dret civil vigent a Catalunya*. Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve. «El principi *nemo pro parte* en el Codi de successions: el seu significat i conseqüències». *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 92, (gener-febrer 2001), p. 381-419.
- BROCÁ Y MONTAGUT, Guillermo M^a DE; AMELL Y LLOPIS, Juan (1880). *Instituciones del Derecho Civil Catalán Vigente*. Barcelona: Impremta Barcelonesa.
- CAGNOLUS, Hieronymus [1491-1551]. *In titulum Digestis De Regulis Iuris, omibus iurisperitis utilissima*, Venetiis, MDLVIII.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Testamento negativo, memoria de confianza y otras especialidades de derecho sucesorio catalán», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000-3, p. 107-142.
- CANCERIUS, Iacobus [1549-1629] (1608). *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei*

- Pontificii, et Municipalis Principatus Cathaloniae*, pars tertia, Ex Typographia Iacobi à Cendrat, Barcinone.
- *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii, & Municipalis Principatus Cathalauniae*, Pars Prima, Lugduni, Sump. Lavr. Arnaud, et Petri Borde, MDCLXX.
- COLL I RODÉS, Ramon (1912). «Consideracions y normes generals refrents a la successió voluntària a títol universal». *Revista Jurídica de Catalunya*, t. 18, p. 262-292.
- COMES, Josep [1655-1722]. *Viridarium artis notariatus sive tabellionum viretum ex odoriferis doctorum, & huiusce Artis Authorum floribus quibusque optioribus compactum, sacraeque Romanae Rotae, utriusque Senatus affuentibus aquis perutiliter faecundatum*, Tomus primus, Gerundae, Typ. Francisci Oliva, MDCCIV.
- CORBELLA, Arturo (1906). *Manual de Derecho Catalán*. Reus: Imp. de Viuda de Vidiella y Pablo Casas.
- DECIUS, Philippus [1454-1535] (1562). *In tit. ff. de regulis iuris*, Apud Franciscum Laurentinum, Venetiis.
- DURAN I BAS, Manuel (1883). *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*. Barcelona: Imprenta de la Casa de Caridad.
- ELÍAS, J. Antonio; FERRATER, Esteban DE (1885). *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*. 3a ed., Barcelona: Juan Llordach.
- FACHINEUS, Andreas [†1607] (1596). *Ordinarü Controversiarum Iuris*, Pars secunda, Ex typographia Davidis Sartorii, Ingolstadii.
- FALGUERA, Félix María (1875). A: GIBERT, Vicente. *Teórica del Arte de Notaría*. Barcelona: Manuel Saurí y Eudaldo Puig, Editores.
- FINESTRES I DE MONSALVO, Josep [1688-1777]. *Praelectiones Cervarienses sive Commentariü Academici ad titulum pandectarum De liberis, et postumis, cui subjungitur. Diatriba De Postumis heredibus instituendis, vel exheredandis, ed ad titulum de acquirenda, vel omittenda hereditate*. Tom 1, Cervariae Lacetanorum: Typis Academicis, per Josephum Barber, & Soc. An. Chr. MDCCL.
- FOGUET MARSAL, José; COVIÁN, Victor; PERMANYER, Juan J. (1912). *Código de las Costumbres escritas de Tortosa*. Tortosa: Imprenta Querol.
- FONTANELLA, Ioannes Petrus [1576-1640] (1612). *De pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus tractatus*, Tomus Prior, Barcinonae, Expensis Michaelis Menescal.
- GAMBIGNONIBUS, Angelus DE [† aprox. 1451] (1532). *Angelus Aretinus Super Institu.*
- GIBERT, Vicente (1876). *Teórica del Arte de Notaría*. Barcelona: Manuel Saurí y Eudaldo Puig, Editores.

- GÓMEZIUS, Antonius [1501-1562/1572] (1751). *Variae Resolutiones Iuri Civilis Communis et Regii*, Sumptibus Petri Bruyset, & Sociorum, Lugduni.
- KASER, Max (1982). *Derecho Privado Romano*. [Versió directa de la 3a ed. alemanya de José SANTA CRUZ TEIJERO], 2a ed., Reus SA.
- LÓPEZ, Gregorio (1843), a Ignacio SANPONS Y BARBA, Ramon MARTÍ DE EIXALÀ, José FERRER Y SUBIRANA, *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio Lopez*. Tom III, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes y C^a.
- LÓPEZ BURNIOL, Juan José (1994). *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. [Comentari a l'article 125 CS]
- MANTICA, Franciscus [1534-1614]. *De coniecturis ultimarum voluntarum*, Libri duodecim, Venetiis, ex Officina Damiani Zenari, MDLXXIX.
- MARSAL GUILLAMET, Joan (1999), a Ferran BADOSA COLL [coord.], *Compendi de Dret Civil Català*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona; Madrid: Marcial Pons.
- (2000). *El testament*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia.
- MARTÍ I MIRALLES, Joan (1923). «Principis del Dret Successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia». *Revista Jurídica de Catalunya*, volum XXIX, any XXIX.
- (1985). *Principis del Dret successori aplicats a fórmules d'usdefruit vidual i d'herència vitalícia*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis (1994), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. [Comentari a l'article 41 CS]
- MEZQUITA GARCÍA GRANERO, Emilio (1994), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. [Comentari a l'article 25 CS]
- MIERES, Thomas [1400-1474] (1621). *Apparatus super constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*, Typis et aere Sebastiani à Comellas, Barcinonae.
- OLIVER, Bienvenido (1879). *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*. Tom III. Madrid: Imprenta de Miguel Ginesta.
- PEREGRINUS, Antonius [1530-1616], *De fideicommissis praesertim universalibus, Augustae Taurinorum, Apud Ioannem Dominicum Tarinum*, MDCX.
- PÉREZ SIMEÓN, Maurici (1999). «Incompatibilidades entre las sucesiones universales testamentaria e intestada en el Codi de successions de Cataluña», *La notaria*, 10, p. 15-50.
- PERMANYER y AYATS, Juan J. (1915). *Proyecto de Apéndice al Código Civil*. Barcelona: Imprenta de la Casa de la Caridad.
- *Apuntes de Historia General del Derecho español*. [s. d.]

- PINTÓ RUIZ, Josep-Joan (1985). «Contestació al Discurs d'Ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de Lluís Roca Sastre i Muncunill». *Revista Jurídica de Catalunya*.
- PRAETIS, Simon DE. *De ultimarum voluntatum interpretatione tractatis amplissimus, divisus in V. libros: hosque partitos in plures interpretationes, quae opportunis dubitationibus congruas praebent Solutiones, ut prius sequent. paginis figillatim adnotatum patet*. Francoforti ad Moenum, MDLXXXIII.
- PUIG FERRIOL, Luis (1984). «Els principis successoris catalans: present i futur». *Materials III Jornades de Dret Català a Tossa: «La Reforma de la Compilación. El sistema sucesorio»*. Tossa de Mar.
- (1990). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tom 27.2, Madrid: Edersa. [Comentari als articles 91-94 CDCC]
- (1999). «Introducción al derecho sucesorio catalán». RCDI, núm. 651 (març-abril), p. 487-523.
- PUIG FERRIOL, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna (1979). *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*. Tom III, vol. 1, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- (1992). *Instituciones del Dret Civil de Catalunya, Dret de successions*. Volum II, 4a ed. València: Tirant lo Blanch.
- PUIG SALELLAS, Josep M. (1994), a *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. [Comentari a l'article 3 CS]
- RIPOLL, Acacius Antonius [1585-aprox. 1655] (1630). *Variae Iuris Resolutiones*, Lugduni.
- ROBBE, Ubaldo (1937). *Origine e concetto della eredita*. Milà: Dott. A Giuffrè, Editore.
- ROCA FERRER, Xavier (1982) a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tom XXVIII. Vol. 1, Madrid: EDESA [Comentari als articles 105 i 106 de la CDCC]
- ROCA SASTRE, Ramón M. (1981). «La supressió de la regulació romana del prelle gat», *Estudios sobre sucesiones*. Tom II, Madrid, p. 249-275.
- ROCA-SASTRE I MUNCUNILL, Lluís (1985). «Conceptes Generals del Dret de successions». *Revista Jurídica de Catalunya*, p. 945-1025.
- ROMANÍ I PUIGDENGOLÉS, Francisco; TRÍAS I GIRÓ, Juan de Dios (1903). *Anteproyecto de apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*. Barcelona: Hijos de Jaime Jepús, Impresores.
- RÚBIAS MALLOL, Joan (1994). *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. [Comentari a l'article 138 CS]
- SALVADOR CODERCH, Pablo (1985). *La Compilación y su historia*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

- (1987). Ferran BADOSA COLL [et al.]. *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*. Vol. I, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- SCHULZ, Fritz (1960). *Derecho Romano Clásico*. [Trad. de José Santa Cruz Tejero]. Barcelona: Bosch.
- SERAFINI, Felipe (1906). *Instituciones de Derecho Romano*. 9a ed., corregida per J. M. Trías de Bes. Tom II. Barcelona: J. Espasa.
- SOCINUS, Marianus [1482-1556], a Mariani SOCINI IUNIORIS, ALITER SOCINI NEPOTIS, *Commentaria cum profundissima, tum fructuosissima in quator [ut vocant] lecturas vespertinas, sive ordinarias, communi*, Venetiis, MDXCIII, Apud Iuntas.
- SOTO NIETO, Francisco (1984). «Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Catalunya. Conveniencia de su revisión». *Materials III Jornades de Dret Català a Tossa: «La Reforma de la Compilación. El sistema sucesorio»*. Tossa de Mar.
- TARRAGONA COROMINA, Miquel (1994). *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial. [Comentari a l'article 125 CS]
- TRISTANY, Bonaventura DE [† 1714] (1701). *Sacri supremi regii senatus Cathaloniae decisiones*. Tomus Tertius. Barcinone, Typographia Raphaelis Figueró.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1987). «Los principios de la universalidad y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada y su atenuación o derogación». *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. I, Madrid: Ed. Montecorvo SA.