

Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho Sucesorio común. Propuestas de reforma

por

GUILLERMO ROMERO GARCÍA-MORA

Abogado (Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR. ORÍGENES HISTÓRICOS.
- III. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR:
 - 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.
 - 2. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 6 DE FEBRERO DE 2003.
 - 3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO ATENDIDA LA FUNCIONALIDAD DE LA INS-TITUCIÓN.
- IV. OTRAS CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA SUSTITUCIÓN EJEM-PLAR.
- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos un contexto de reformas en pro de un interés social que, a la vez que prefigura el sentido de las normas modernas, debe hacernos ver con otros ojos las instituciones antiguas, pues al fin y al cabo no dejan de ser elementos maleables de los que la sociedad en cada momento determinado debe servirse. Con este artículo pretendemos volver la mirada sobre una institución de hon-dísima raigambre civil: la sustitución ejemplar (1). Para ello, proponemos un

(1) No obstante, no debemos desconocer la opinión negativa que merecen a la doc-trina las sustituciones pupilar y ejemplar. En este sentido, ALBALADEJO considera que la

sentido eminentemente funcional de la institución que, lejos de resultar un residuo histórico, puede ser entendida del modo que mejor sirva para lo que debe ser su función propia: una institución ideada para la protección del incapaz.

Resaltaremos algunas de las cuestiones más relevantes del régimen jurídico de esta institución para ir incidiendo en aquellos aspectos —no pocos— que nos parecen precisados de aclaración cuando no de reforma. Quizá la Ley

admisión en el Código Civil de ambas sustituciones debe merecer un juicio desfavorable, que compartiría con el resto de la doctrina y los códigos actuales, que las desconocerían por anticuadas (vid., ALBALADEJO GARCÍA, M., *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 135 y 136, y «Comentarios a los artículos 774 a 805 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. X, vol. 2.º, dir. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1984, pág. 56); CÁMARA considera que son instituciones arcaicas que no debieran conservarse (vid., DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1999, pág. 135), y CÁRDENAS constata que la institución se bate en retirada en casi todas las legislaciones actuales (vid., CÁRDENAS, L., «La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación», en *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 926). Explicando esta consideración, señala HERNÁNDEZ GIL: «*La materia de sustituciones hereditarias, minuciosamente regulada por el Derecho romano y, en general, por los ordenamientos jurídicos que en términos amplios cabe calificar de históricos, sufrió un golpe de gracia con el Código Civil francés. Por la vinculación de bienes que algunas formas de sustitución podían producir y por la restricción a la facultad de disposición que podían representar para ciertas personas —por supuesto, a costa del reconocimiento a otras de una gran libertad de disposición—, el Code, en honor a los principios de libertad a que respondía, se mostró contrario a ellas y en especial a la sustitución fideicomisaria, que suprimió radicalmente; e igual camino llevaron, por analogía con aquella, la sustitución pupilar y la cuasi-pupilar o ejemplar. Análogos derroteros siguió, a imagen de su mentor, el Código italiano de 1865*» (vid., HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras Completas*, t. IV, Madrid, 1989, pág. 893). Debemos reseñar, como excepción dentro de dicha corriente, el Código Civil portugués, que mantiene las sustituciones pupilar y ejemplar. No obstante, en modernos procesos codificadores, como el puertorriqueño, se ha optado por la supresión de las sustituciones pupilar y ejemplar. Como se indica en la *Ponencia de la Directora Ejecutiva de la Comisión, Lcda. Marta Figueroa Torres, en torno a la presentación del borrador para discusión del Libro Sexto: Derecho de Sucesiones del Código Civil de Puerto Rico, Revisado, 25 de octubre de 2005*, San Juan, Puerto Rico (accesible desde <www.codigocivilpr.net>), pág. 13: «*Se suprimen los institutos de la sustitución pupilar y ejemplar (arts. 704 a 707 del Código Civil vigente)*. Apunta el profesor Efraín González Tejera que “la sustitución pupilar no se admite hoy en muchas jurisdicciones, debido a que se le considera una institución anacrónica y porque se expande hasta alcanzar los bienes privativos del impúber, atenta [...] contra la naturaleza personalísima del acto testamentario”. Derecho de Sucesiones, t. I, Río Piedras, 2001, pág. 652. Sobre la sustitución ejemplar, GONZÁLEZ TEJERA cita la sentencia de 10 de junio de 1941, Aranzadi, t. VIII, 1941, núm. 745, pág. 451, y señala que “[s]e ha tratado de justificar la utilidad de esta rara modalidad de sustitución hereditaria, al igual que la de la sustitución pupilar, a base del amor y cuidados que los ascendientes profesan a sus descendientes, lo que los mueve a procurar su bienestar”. Pero añade que “quien resulta verdaderamente protegido por el ascendiente que se acoge a esta modalidad de disposición mortis causa no es el incapaz mental ni el impúber, sino su sustituto, quien no habría heredado ab intestato los bienes del menor o incapaz sino porque el ascendiente decidió hacer uso de ella”. Ibid., pág. 660. En definitiva, GONZÁLEZ TEJERA recomienda expresamente la supresión de la sustitución pupilar y de la sustitución ejemplar de nuestro ordenamiento jurídico. Ibid., pág. 663».

41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, podría haber sido el marco propicio para dichas aclaraciones y reformulaciones, que además de garantizar la seguridad jurídica que todas las normas nos deben proporcionar, podrían haber servido para revitalizar esta institución en orden a la función que a nuestro modo de ver debe cumplir: ser un instrumento a favor de los padres para la mejor protección de sus hijos incapaces cuando aquéllos falten.

En fin, con ser importantes las medidas de protección de incapaces introducidas en nuestro Derecho Sucesorio por esta Ley 41/2003 (2), nos detenemos en la sustitución ejemplar, institución ya clásica en nuestro Derecho (3) y que ha permanecido inmodificada tras la reforma.

(2) Destaca, sin duda, la reforma de los artículos 808 y 813 del Código Civil, por la que pasa a permitirse, cuando ello beneficie a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, que el testador grave con sustitución fideicomisaria la legítima estricta (verdadera quiebra del principio de intangibilidad de la legítima). Otras reformas operadas son la configuración como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales los alimentos regulados por el Código Civil (y ello, aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos); se ha reformado el artículo 822 del Código Civil, mejorándose el trato a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación; se ha reformado el artículo 831 del Código Civil, sobre delegación de la facultad de mejorar, de tal modo que se posibilita al testador que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y, por último, se introduce un nuevo párrafo al artículo 1.041 del Código Civil, a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

(3) Nos centraremos en este estudio en la sustitución ejemplar del artículo 776 del Código Civil, es decir, en la institución tal como viene regulada en las normas de Derecho Sucesorio común. En los diferentes Derechos forales la institución tiene diversa naturaleza. Así, es concebida como sustitución fideicomisaria o gravamen de restitución en la Ley 227 del Fuero Nuevo de Navarra (*«Se considerarán sustituciones fideicomisarias las que disponga un ascendiente en los bienes por él dejados a su descendiente en el caso de que éste fallezca antes de llegar a la pubertad o de que, habiendo sido declarado incapaz por enajenación mental, no haya otorgado testamento válido»*), o como institución autónoma en Cataluña y Baleares, donde se trata de dos disposiciones del causante: una especial sustitución preventiva y una designación de heredero (o legatario) de otra persona, ambas sometidas a la condición de que el sustituido muera en estado de incapacidad. Vid., GARRIDO MELERO, M., «Los fideicomisos», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. V, vol. 1.º, coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL, Madrid, 2004, págs. 894 y sigs.

II. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR. ORÍGENES HISTÓRICOS

Los artículos 775 y 776 del Código Civil se refieren, respectivamente, a las figuras de la sustitución pupilar y ejemplar (4), recogiendo dos instituciones de origen romano previstas para evitar que impúberes e incapaces, no pudiendo otorgar testamento válido, fallecieran sin heredero designado, lo que en Roma era muy desfavorablemente valorado, incluso como un supuesto de infamia.

El artículo 775 del Código Civil dispone que los padres y demás ascendientes puedan nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años (edad mínima para testar), de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad. Es la llamada sustitución pupilar. Basta examinar la correspondencia de este precepto con el tenor del artículo 663 del Código Civil para comprender su sentido originario: después de los catorce años el sustituido podrá otorgar testamento y la sustitución quedará automáticamente sin efecto.

Por su parte, el artículo 776 del Código Civil previene que pueda el ascendiente nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. Es la denominada sustitución ejemplar o cuasipupilar, porque nació «a imitación o ejemplo» de la anterior. La disposición se ha de coordinar también con el artículo 663.II del Código Civil y, por ello, dispone el artículo 776.II del Código Civil que la sustitución queda sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

En su origen romano esta sustitución ejemplar o cuasipupilar no era más que una extensión de la pupilar, llamada por ello, como dijimos, ejemplar (*ad exemplum pupillaris substitutionis*). Suponía el nombramiento, con iguales efectos jurídicos que en la pupilar, por parte del *pater* de un sustituto al *filius* enfermo mental y, por tanto, incapaz de testar para el caso de que muriese en tal estado de incapacidad (5). Esta sustitución ejemplar surgió en época imperial. Paulo habla de un padre que tenía un hijo mudo, incapaz por ello de hacer testamento, que obtuvo del príncipe la autorización para nombrar a un tercero sustituto del hijo, modelándose la figura sobre la sustitución pupilar. Este privilegio que podía concederse en el Derecho clásico caso por caso, se convirtió en instituto estable y general en el Derecho Justiniano (Justiniano explica la introducción de este tipo sustitutorio en su *Instituta* y en el *Codex*, exponiendo que por razones de humanidad estableció, renovada,

(4) Conviene precisar que actualmente la doctrina considera que estamos ante una única institución. Vid., por todos, SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XIII, Madrid, 1943, pág. 600, y ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 50.

(5) Vid., BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, págs. 271 y 272.

esta sustitución hereditaria *ad exemplum pupillaris*) (6), concediéndose al ascendiente (no se requería la *patria potestas*, por lo que la sustitución podía ser ordenada por la madre) la facultad de nombrar un sustituto a su propio descendiente enfermo mental (7).

Las Partidas recogerían ambas sustituciones con su sentido romano, tratándolas unitariamente y refiriéndose a la ejemplar en estos términos: «*Exemplar sustitucion diximos que es aquella que pueden fazer los padres é las madres a sus fijos, que son locos, o sin memoria*», bien entendido que si el sustituto «*oviere fijo o nieto, o alguno de los otros que descenden por derecha línea dél, devenlos sustituir en su lugar, é non otros. E si alguno destos non oviere, estonce le pueden dar sustituto a su hermano si lo oviere: e si non oviere hermano, puedenle dar por su sustituto otro extraño. E tal sustitucion como esta es dicho exemplar, porque es fecha a semejanza, e a exemplo de la pupilar*» (Ley 11, Tít. V, 6.º). El Proyecto de Código Civil de 1851 las suprimió, si bien aceptó la sustitución fideicomisaria, que rechazó en general, para el caso de morir el heredero impúber.

III. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Existen dos teorías en nuestra doctrina en orden a identificar el objeto de la sustitución ejemplar —también de la pupilar— una vez llegado el momento de su efectividad por fallecer el descendiente sustituido. Para la primera de ellas, «tesis amplia», el llamamiento del sustituto abarcaría todo el patrimonio del descendiente sustituido (la sustitución ejemplar vendría a entenderse como un testamento otorgado por el sustituyente *en representación* del sustituido) (8) y, para la segunda, llamada «tesis restrictiva» o de la sustitución, el llamamiento del sustituto abarcaría sólo la porción en la que el sustituyente instituyó al descendiente sustituido (*sustituir*, en este caso, vendría a significar la designación de un sucesor, en segundo lugar, para el propio sustitui-

(6) Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona, 1995, pág. 474.

(7) Vid., BIONDI, B., *op. cit.*, pág. 272.

(8) Para ROCA SASTRE: «*en las sustituciones pupilar y ejemplar, más que una verdadera sustitución hay que ver una autorización legal al ascendiente para designar testamentariamente heredero al descendiente*», sería «*una designación de heredero por comisario legal*» (vid., ROCA SASTRE, R. M., *Notas a Kipp (Enneccerus)*, t. V, 1.º, Barcelona, 1976, pág. 283). Para ALBALADEJO: «*Sustituir (en el sentido de pupilar o ejemplar) significa que el testador instituye heredero en una herencia que no es la suya, es decir, que testa por otro, nombrando un heredero para éste y no para sí*» (vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 49).

yente) (9). Esta fijación del objeto de la sustitución, distinto según la tesis que sigamos, no es sólo una cuestión de índole dogmática, sino de gran trascendencia práctica, como explicaremos. Por ello, merece la pena que nos detengamos en este punto.

En una primera aproximación cabría considerar que el Código Civil no ha hecho más que recoger la tradición del Derecho romano y que ambas sustituciones vienen a presentarse como una designación de heredero por comisario legal, ya que se trata de un ascendiente que por autorización general de la ley designa por testamento un heredero a su descendiente para el caso de que éste muera antes de llegar a la edad de catorce años, o de que muera después de haber sido declarado incapaz por enajenación mental sin dejar testamento (10). Así las cosas, parece que el Código hubiera seguido las orientaciones de las Bases 1.^a y 16.^a de la Ley de Bases, recogiendo el sentido histórico de estas instituciones (11), como parecería haberlo entendido una primera línea jurisprudencial (SSTS de 6 de febrero de 1907, 2 de diciembre de 1915 y 10 de diciembre de 1929).

Esta posición, que partiría de la idea de que el ascendiente realiza el testamento por el descendiente, se traduce en una consecuencia básica: el ascendiente puede disponer de todos los bienes del descendiente sustituido y no sólo de los que el propio ascendiente le deje en el testamento. Estaríamos, pues, ante un auténtico testamento sustitutorio. Esta manera de concebir la institución se considera como «tesis amplia» —en tanto la sustitución ejem-

(9) *Ibidem*, pág. 62.

(10) Como entiende ROCA-SASTRE MUNCUNILL: «*el fundamento o finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar es evitar la apertura de la sucesión intestada, es decir, impedir el automatismo de sus normas, por parecer en principio más lógico y natural que el destino post mortem del caudal relicto del impúber o incapaz sea pensado y no automático, y que sean sus propios padres o ascendientes quienes determinen la trayectoria sucesoria de los bienes, apartando la aplicación de todo criterio apriorístico o preordenado simplísticamente por el legislador. Precisamente en el caso de menores de catorce años o de incapacitados, al no poder testar (art. 663. 1.º y 2.º del CC), se suple con dichas sustituciones su falta de testamentificación activa (sentencias de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941). Esta justificación de tales sustituciones es válida tanto cuando las mismas actúan como propias sustituciones como cuando son disposiciones testamentarias hechas por los ascendientes respecto de los bienes propios del menor o incapaz, pues en el primer caso el sustituyente quiere que su descendiente sea heredero, pero no quiere que fallezca intestado respecto de los bienes heredados, y en el segundo la ley autoriza al ascendiente para testar por el menor o incapacitado para evitar la sucesión intestada respecto de sus bienes propios*». Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 475.

(11) Así lo considera claramente TRAVIESAS —refiriéndose a la sustitución pupilar—, para quien «*la finalidad de la institución y la razón de que sean los ascendientes quienes nombren sustitutos pupilar, son las mismas que en el Derecho romano*», añadiendo más tarde: «*El sentido de la ley no es distinto de nuestra tradición jurídica, mientras no haya una norma de derecho que lo excluya*». Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., «Sustituciones hereditarias», en *Revista de Derecho Privado*, 1927-1928, págs. 409 y 410.

plar implica la institución de heredero del incapaz por parte del ascendiente respecto de todos los bienes del descendiente incapaz—, a la que se ha contrapuesto la llamada «tesis restrictiva» que considera que el ascendiente únicamente puede nombrar sustituto del incapaz respecto de los bienes que aquél —el ascendiente— deja en testamento a su descendiente incapaz.

Para los partidarios de la «tesis amplia» (12), la utilidad de la figura cobra especial significado, por cuanto permite que el padre o madre del incapaz puedan «testar por él», de tal modo que no se vea abocado a morir intestado. La adopción de esta teoría comporta, como señala ROCA-SASTRE MUNCUNILL, un *doble juego*, en el sentido de que el sustituyente tiene una propia *facultad de sustitución* del descendiente impúber o incapaz y, además, una *facultad de designación de herederos o sucesores* para el mismo descendiente, según se trate de la propia herencia del ascendiente que haya de hacer tránsito al descendiente sustituido o de la herencia propia de éste (13). Estas disposiciones testamentarias, continúa el mismo autor, *no son independientes*, en el sentido de que el sustituyente pueda ejercitar sólo la facultad de sustitución y no la facultad de ordenar la sucesión de los bienes propios del descendiente o viceversa, pues en todo caso es *necesaria la primera disposición* (sustitución) *para la validez de la segunda* (cuestión distinta será que descendiente sustituido no cuente con patrimonio privativo) (14).

Resumimos y sistematizamos a continuación los principales argumentos de los partidarios de la «tesis amplia»:

Como argumento de tipo histórico, sostienen los partidarios de esta teoría que es la que mejor recoge el sentido en que la institución fue entendida en el Derecho romano y en las Partidas —que, con sus reformas, constituía el Derecho vigente al promulgarse el Código Civil—, debiéndose mantener dicho sentido en la interpretación que se haga del Código, pues la Ley de

(12) Sin ánimo de resultar exhaustivos, esta «teoría amplia» se ha defendido por ALBALADEJO (ALBALADEJO GARCÍA, M., «La sucesión *iure transmissionis*», en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1955; *Sustituciones...*, cit.; «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales, etc.», en *Revista de Derecho Privado*, 1979; «Destino de las acciones nuevas suscritas con las viejas fideicomitidas», en *Revista de Derecho Privado*, 1982; *Curso de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, t. V, Barcelona, 1982 y *Comentarios...*, cit.); DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *op. cit.*; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentario al artículo 775», en *Comentario del Código Civil*, t. 4, dir. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Barcelona, 2006, y *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Las Rozas (Madrid), 2004; ROCA SASTRE, R. M., *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948; ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio* «mortis causa», Sevilla, 1951; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*; SANTOS BRIZ, J. (dir.), *Tratado de Derecho Civil*, t. VI, Barcelona, 2003; MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*; VÁZQUEZ GUNDÍN, E., «La sustitución ejemplar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1942, y YEDÓ YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. II, 2.ª parte, Bilbao, 1991.

(13) Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 476.

(14) *Ibidem*, pág. 477.

Bases ordenaba recoger el sentido histórico de las instituciones, lo que nos conduciría a la «tesis amplia», en la medida en que el Derecho romano y las Partidas admitían que el sustituyente pudiera instituir sustituto en todos los bienes del sustituido, no sólo en los que le dejara el sustituyente (15).

Como argumento que podemos considerar «lógico-funcional», los partidarios de la «tesis amplia» argumentan que si no se entendiera que el sustituyente puede disponer de todos los bienes del sustituido la figura no tendría sentido, pues estas sustituciones habrían quedado reducidas a una sustitución vulgar (si no heredó el sustituido) o fideicomisaria (si éste heredó), por lo que sobrarían los artículos 775 y 776 del Código Civil (16). De hecho, el mismo efecto que se pretende a través de la sustitución ejemplar se podría conseguir con la sustitución fideicomisaria (así, v.gr., el padre, en lugar de recurrir a la sustitución ejemplar podría optar por instituir un fideicomiso sobre los bienes que deje a su hijo incapaz), lo que comportaría que dos instituciones sirvan para alcanzar el mismo fin. Según los partidarios de la «tesis amplia», al no ser concebible que dos instituciones sirvan para lo mismo, será necesario buscar otro sentido a la sustitución ejemplar; sentido que ellos encuentran desde el momento que se admite que la sustitución ejemplar puede comprender todos los bienes del incapaz, no únicamente los que le deje el testador (17). También como argumento que podemos calificar como «lógico», indica TRAVIESAS que si, como permite el artículo 776 del Código Civil, el incapaz revoca el testamento sustitutorio durante un momento de lucidez o tras haber recobrado la razón, realmente está revocando su propio testamento, pues «*revocar el testamento ajeno, en el sistema del Código, no es anómalo, es absurdo*» (18).

Por otra parte, como argumento sistemático, consideran los partidarios de la «tesis amplia» que los artículos 775 y 776 del Código Civil, referidos a las sustituciones pupilar y ejemplar respectivamente, han de ser cohonestados con el artículo 777 del Código Civil (dispone que no podrá perjudicarse la legítima de los herederos forzosos del sustituido); norma que piensa en los bienes del incapaz y no en los del testador (19). En la medida en que el artículo 777 del Código Civil protege —como se desprendería del sentido

(15) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., *passim*, y OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, Granada, 2001, pág. 195.

(16) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 61, 71 y 76.

(17) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 411; BALLESTER, P., «Comprensión de la sustitución pupilar», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, t. 152, núm. V, pág. 532; CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 926, y OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 196.

(18) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 411.

(19) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 61; OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 195; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 2003, pág. 378, y MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 413.

lógico de sus palabras— la legítima debida por el sustituido, necesariamente ha de interpretarse que la disposición del sustituyente tendrá por objeto la herencia de aquél y no la suya propia (20).

También como argumento sistemático, indica OSSORIO MORALES que el artículo 813 del Código Civil impide al testador, cuando tenga herederos forzosos, imponer sobre la porción legítima gravamen, condición *ni sustitución de ninguna especie*. Resultaría de ello que si la sustitución pupilar fuese un acto de testamentifacción propia de quien la ordena, sólo a la parte de libre disposición podrían quedar reducidas las sustituciones pupilar y ejemplar, pero lo cierto es que el Código no limita el alcance de estas sustituciones a la porción de libre disposición del testador que recaiga en el instituido, sino que surte también efecto sobre lo que el impúber o incapaz adquieran como legítima, lo que se debería —considera OSSORIO MORALES— a que el legislador no trata estas sustituciones como disposiciones de la herencia del ascendiente, sino como normas de la sucesión del incapaz (21).

Hemos de añadir que con la entrada en vigor de la Ley 41/2003 este argumento sistemático se habría visto reforzado, pues tras la modificación introducida por esta Ley en el artículo 808 del Código Civil, al que se remite el artículo 813 del CC, se ha pasado a admitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado judicialmente, precisamente en razón de la mayor protección que ha de procurarse al incapaz. Cabe pensar que si la tesis a que respondiera la sustitución ejemplar fuera distinta de la amplia a que venimos refiriéndonos, el legislador hubiera modificado el instituto, en el sentido de precisar que la sustitución ejemplar podrá ordenarse no sólo sobre la parte de libre disposición del sustituyente, sino también sobre la parte de legítima. Que el artículo 776 del Código Civil no haya sido modificado por la Ley 41/2003 puede deberse a que el legislador considera que las sustituciones pupilar y ejemplar no vienen limitadas a la parte de libre disposición del sustituyente —como habrían de limitarse si seguimos la «tesis restrictiva»— pues si hubiera considerado que

(20) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 61. Para DE LA CÁMARA (*op. cit.*, pág. 135) el artículo 777 del Código Civil sería la mejor confirmación para la «tesis amplia», pues sólo es entendible en tanto las sustituciones pupilar y ejemplar se extiendan a todos los bienes que el sustituido deje al morir, y ello por dos razones: los herederos forzosos del sustituido pueden no serlo del testador, y, sobre todo, en la legítima de los herederos forzosos del sustituido computan no solamente los bienes que el testador le haya dejado, sino todos los que constituyan el patrimonio del sustituido a su fallecimiento, bienes que, obviamente, pueden tener otra procedencia. En el plano formal y de seguirse esta teoría, remarca DE LA CÁMARA, el Notario autorizante del testamento tendría que mandar dos partes al Registro General de Actos de Última Voluntad, uno del testador sustituyente y otro del sustituido, ya que éste, según esta orientación, no moriría intestado, puesto que se trata de su testamento hecho por comisario legal.

(21) Vid., OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, págs. 195 y 196. Participa de esta misma opinión ALBALADEJO (*Comentarios...*, cit., págs. 61 y 62).

así vienen limitadas, es decir, si hubiera considerado que el instituto se construye con el ámbito objetivo preconizado por los partidarios de la «tesis restrictiva» parece que en la misma medida en que se ha modificado el artículo 808 del Código Civil para permitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor de un incapacitado, se habría precisado que el sustituyente, en el caso de sustitución ejemplar al menos, podría ordenar la sustitución no sólo de lo que al sustituido pudiera dejar como libre designación, sino también sobre lo que como legítima —aun la estricta— pudiera dejarle. Sin embargo, al no haberse introducido precisión alguna en este sentido al hilo de la reforma de los artículos 808 y 813 del Código Civil, bien pudiera pensarse que el legislador considera que cuando el sustituyente ordena una sustitución ejemplar no está designando un sucesor en segundo lugar (sucesivo) para el propio sustituyente (presupuesto de la «tesis restrictiva») sino disponiendo de la herencia del sustituido (presupuesto de la «tesis amplia»), supuesto este último en que no sería necesario modificar el artículo 776 del Código Civil a la par que los artículos 808 y 813 del CC, pues sin modificarse ya se estaría permitiendo al sustituyente disponer de todos los bienes del sustituido —incluidos los que éste reciba como legítima estricta del sustituyente— al estar ante un testamento que, en sentido material, no es tanto propio del sustituyente como del sustituido.

Por último, ALBALADEJO remarca, como argumento comparado, que la «tesis amplia» tiene un magnífico refuerzo en la Compilación catalana (22), cuyos artículos 156 y siguientes acogen las sustituciones pupilar y ejemplar dándoles la extensión que la «tesis amplia» defiende para las del Código, de donde resulta: por un lado, que no hay razón para rechazar por anticuada en el Derecho común una figura que recientemente habría confirmado otro Derecho español vigente; y, por otro, que con situaciones actuales y Derechos históricos paralelos, en cuanto ahora importa, tampoco se vería por qué se ha de desechar para el Derecho común la «tesis amplia», que acoge el catalán (23).

Esta posición («tesis amplia») ha sido contestada por la doctrina. El argumento principal que se esgrime para ello —quizá es ésta la mayor debilidad de la «tesis amplia»— es que entender la sustitución ejemplar como un testamento otorgado por el sustituyente en representación del sustituido (entendiendo por *sustituir*, en este caso, el *disponer de la herencia del sustituido*) choca con el carácter personalísimo que al testamento se atribuye en nuestro Derecho (24) (establece el art. 670.I del CC que: «*El testamento es un acto personalísimo*»:

(22) Actualmente la referencia debe hacerse a la Ley 40/91, de 30 de diciembre (Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña).

(23) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 62.

(24) ALBALADEJO destaca que el argumento básico de los partidarios de la «tesis restrictiva», que habría sido recogido por la STS de 20 de marzo de 1967, es precisamente

no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario» (25). A partir de esta objeción principal (26) se desarrolla la conocida como «tesis restrictiva» o de la sustitución, que defiende una corriente doctrinal (27).

Tras un primer apunte de esta línea marcado por DE BUEN, Jerónimo LÓPEZ desarrolló los argumentos que permiten sostener la llamada «tesis res-

éste, en el sentido de que «siendo principio básico del Código el carácter personalísimo del testamento, sin que se diga expresamente no se puede admitir la excepción consistente en que los ascendientes puedan testar por los descendientes en el caso de los artículos 775 y 776». Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 64 y 65.

(25) Consideramos que ésta es la mayor debilidad argumental de la «tesis amplia», aunque otras objeciones posibles también han contribuido a que se desarrollase el cuerpo argumental sobre el que se sostiene la llamada, por contraposición, «tesis restrictiva». Como explica OSSORIO MORALES: «El principal argumento esgrimido en apoyo de esa tesis consiste en invocar el carácter personalísimo del testamento, proclamado por el artículo 670, aduciendo que sólo podría admitirse la excepción que supondría facultar al ascendiente del impúber para testar por él, si expresamente la estableciera el propio Código. También se argumenta diciendo que como la facultad de nombrar sustituto pupilar compete a todos los ascendientes, si se estimara que mediante ella el ascendiente otorga testamento por el impúber, cuyo testamento habría de regular la sucesión de éste, se produciría un conflicto huérfano de solución legal en el caso de que varios ascendientes hicieran uso de esa facultad, a fin de determinar cuál de tales testamentos habría de prevalecer, conflicto que se evita limitando el efecto de cada sustitución a los bienes procedentes de quien la ordenó. Y se defiende también esta tesis con argumentos de tipo histórico, aduciendo que las razones que en el Derecho romano justificaban que el paterfamilias pudiese otorgar testamento por el impúber sometido a su potestad, como, v.gr., el principio *nemo pro parte...*, la gran intensidad de la patria potestad romana (BIONDI) y lo afrentoso que resultaba entonces morir sin un heredero instituido, hoy ya no rigen». Vid., OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, págs. 194 y 195.

(26) Principal pero no única, pues cabe añadir otras (siguiendo a LÓPEZ LÓPEZ, J., «Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código Civil español», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XI, 1958) como la necesidad de explicar adecuadamente por qué la regulación del Código se separa de la tradicional (en el sentido de que la sustitución pupilar ha dejado de ser atributo de la patria potestad; art. 775 del CC), o la necesidad de encontrar solución al hecho de que la preterición de los herederos forzosos del sustituido (art. 777) no siga la regla general (art. 814) [esta objeción estaría resuelta actualmente tras la reforma del artículo 814 por la Ley 11/1981]; la «tesis amplia» no consigue evitar, por otra parte, que el sustituyente pueda disponer de todos los «bienes» del sustituido (cfr. arts. 659 y 667), es decir, también de los no patrimoniales (disposición sobre el modo de ser enterrado, relativa a los bienes de la personalidad, etc. —objeción propuesta por DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, II-I, Madrid, 1952, pág. 180, n. 2, núm. 2.º—), porque de otro modo sería inaceptable; por último, la «tesis amplia» se ve forzada a declarar sin aplicación algunos preceptos (así, v.gr., art. 780), rompiendo la armonía del orden en que están situados en el Código, etc.

(27) Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como principales valedores de esta «tesis restrictiva» en nuestra doctrina a DE BUEN, D., *Enciclopedia jurídica española*, voz «Sustitución», t. XXIX, Barcelona, 1964; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, Madrid, 2004; LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*; MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, vol. I, Madrid, 1973; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. II, Barcelona, 1977; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1910, y SCAEVOLA, *op. cit.*

trictiva». Admite Jerónimo LÓPEZ que el Código Civil se redactó con el intento de continuar el Derecho común anterior al mismo (28); pero, a partir de ahí, considera que la «tesis amplia» no es más que la reacción ante el pretendido fracaso de la teoría que construye las figuras de la sustitución pupilar y ejemplar como llamamiento de herederos en orden sucesivo («tesis restrictiva» o de la sustitución) (29), siendo posible demostrar —a juicio de este autor— que la configuración de estas sustituciones como establecimiento de herederos en orden sucesivo [sustitución estricta, donde *sustituir* es designar un sucesor, en segundo lugar, para el propio sustituyente] es conveniente y posible en el sistema del Código Civil (30).

En primer lugar, los partidarios de esta «tesis restrictiva» resaltan los obstáculos que la «tesis amplia» presentaría. Estos obstáculos serían los siguientes:

Sin duda el principal obstáculo de la «tesis amplia» es que, como ya dijimos, una excepción al principio del artículo 670 del Código Civil (que consagra el carácter *personalísimo* del testamento) debería ser expresa, mientras que los artículos 775 y 776 del Código Civil (referidos, respectivamente, a las sustituciones pupilar y ejemplar) ni siquiera hablan de testamento. No parecería, por tanto, que pudiera admitirse que la sustitución ejemplar es, en el fondo, un supuesto de «testamento por otro» (en este caso el incapaz). Posiblemente sea éste el argumento más sólido de todos los esgrimidos por los partidarios de la «tesis restrictiva» que esquiva ALBALADEJO diciendo que

(28) Si bien para este autor el valor de este argumento es limitado, pues se funda en que la Ley de Bases dispuso que el Código Civil se formularía sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos del Derecho Histórico español (Base 1.^a), pero ello no es obstáculo para que el Código pueda haber acogido una configuración de las sustituciones pupilar y ejemplar diversa de la que tenían en aquél, pues la misma Base indica, por ejemplo, que podían adoptarse instituciones nuevas, siempre que tuvieran un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 3 y 4, n. 3).

(29) Para Jerónimo LÓPEZ abunda en esta idea de entender la «tesis amplia» no tanto como puesta en valor de las sustituciones pupilar y ejemplar sino más como reacción ante las dificultades de construcción jurídica de la «tesis restrictiva» que, incluso para los principales valedores de aquélla, estas sustituciones se presentan como anticuadas y se reconoce que no han merecido el juicio favorable de la doctrina ni de los Códigos modernos (en este sentido, trae a colación las propias apreciaciones de ALBALADEJO, cuando considera que: «El juicio crítico que merece tanto la admisión por el Código de la sustitución pupilar como de la ejemplar, no parece, sin embargo, que deba ser favorable. De hecho no lo ha sido, al menos en nuestra doctrina moderna. Basta echar una ojeada a la misma para comprobarlo. Igualmente la repulsa de los Códigos actuales a las mismas es general, y se muestra, desconociéndolas, por anticuadas», añadiendo: «A pesar de todo, en la práctica, sus inconvenientes no son mayores que sus ventajas. Y, en todo caso, el uso no excesivo que se hace de las mismas, viene, en mucho, a quitar candencia a unos y otras» —Sustituciones..., cit., págs. 135 y 136—). Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 5 y n. 5.

(30) *Ibidem*.

estamos ante «una excepción al principio de que el testamento es un acto personalísimo» (31); TRAVIESAS, que se trata de un testamento otorgado por virtud de la representación legal (32), y CÁRDENAS, remarcando que el artículo 670 del Código Civil fue dictado pensando en el antiguo testamento por comisario, pero no para prohibir la sustitución pupilar y ejemplar (33). Verdaderamente choca con los términos taxativos del artículo 670 del Código Civil que los artículos 775 y 776 del Código Civil supongan excepción tácita al mismo, pero nada impide que así sea, y no deja de ser menos cierto que tanto en el Derecho romano como en la legislación de Partidas el testamento tenía carácter personalísimo y ello no supuso inconveniente para que acogieran las sustituciones pupilar y ejemplar (34).

Asimismo, destacan los partidarios de la «tesis restrictiva» como obstáculo de tipo funcional que atribuyen a la «tesis amplia», que de admitirse ésta las sustituciones pupilar y ejemplar resultarían superfluas. Siguiendo a Jerónimo LÓPEZ, si se admite que estas sustituciones no sólo surten efecto para el sustituto en el supuesto de que el primer llamado no sea heredero (caso análogo a la sustitución vulgar), sino también en el caso de que llegue a serlo (*plus* que añadirían estas sustituciones frente a la vulgar), no se explicaría por qué han sido reguladas en el Código Civil, pues si lo que el testador pretende es nombrar un segundo heredero para el caso de que el primer llamado no llegue a serlo, puede utilizar la sustitución vulgar, y, si lo que pretende es nombrar un segundo heredero para el supuesto de que sea aceptada la herencia, puede servirse de la sustitución fideicomisaria, condicionando en ambos casos estas sustituciones para que sólo produzcan efecto si el menor fallece antes de llegar a los catorce años o el incapacitado fallece en tal estado sin hacer testamento. Por ello, el contenido de las sustituciones pupilar y ejemplar sería perfectamente inútil e inoperante, habida cuenta que vendría a ser el mismo que compete a la sustitución vulgar o fideicomisaria (35).

(31) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 70.

(32) Señala TRAVIESAS: «En nombre del ascendiente nadie puede otorgar testamento. Pero esto no significa que el testador no pueda disponer de la herencia ajena, por virtud de la representación legal del sustituido que, para este efecto, el Código Civil atribuye al ascendiente. El testamento, acto personalísimo, puede ser testamento para el descendiente, ocurriendo aquí como en todo supuesto de representación: el negocio representativo lo concluye el representante, pero el negocio es para el representado» (vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 410). Realmente este argumento resulta escasamente convincente y hace «supuesto de la cuestión», pues precisamente lo que se reprocha a la llamada «tesis amplia» es que parta de considerar que es posible el testamento por representación cuando el Código Civil, en su artículo 670, parece prohibirlo claramente.

(33) Vid., CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 827.

(34) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 71.

(35) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 6 y 7.

Los partidarios de la «tesis restrictiva» también atribuyen a la «tesis amplia» un obstáculo que podemos considerar de aplicación práctica o de insuficiencia normativa, en el sentido de que aplicada dicha teoría a supuestos en que varios ascendientes hubieren nombrado sustituto (la «tesis amplia» presupone dicha facultad como eventualmente concurrente), al no señalarse preferencia entre ellos podrían suscitarse irresolubles problemas si fueran dos o más los sustituyentes (36). De hecho, los ordenamientos donde se admite expresamente —claramente el Derecho Civil catalán— que la sustitución abarque todos los bienes del sustituido (más claramente: que el ascendiente «pueda hacer testamento» por el hijo incapaz abarcando todos sus bienes, no sólo los que dicho ascendiente le dejare), establecen reglas precisas sobre preferencia entre sustituciones, previendo precisamente cómo solucionar la eventual concurrencia de sustituciones ejemplares (del abuelo, padre y madre del incapaz, por ejemplo).

ALBALADEJO, sin embargo, contesta este argumento resaltando que los problemas interpretativos o las lagunas legales, como la que pudiera existir en este punto, no deben condicionar la posición que haya de adoptar el intérprete; como gráficamente señala: *«No es aceptable adoptar una posición buscando apoyo en que sea la más cómoda para el intérprete, en cuanto elimina problemas»* (37). Aun cuando creemos que la objeción realizada por los partidarios de la «tesis restrictiva» no se expone buscándose una solución cómoda sino más bien resaltándose el carácter sistemático que toda norma debe contener, es decir, resaltándose que tal vez si la ley no regula el sistema de preferencia entre sustituciones es porque considera que el problema no existe —como ocurriría de acogerse la «tesis restrictiva»—, no es menos cierto que este argumento no puede ser decisivo en un Código que, como de todos es sabido, no es precisamente una obra maestra de técnica y precisión jurídicas. Por esto, en nuestra opinión es tan poco decisivo el argumento consistente en decir que de haberse seguido la «tesis amplia» el Código habría regulado el sistema de preferencia entre sustituciones pupilar y ejemplar para el caso de concurrir varias, como sostener que el Código, sencillamente, se olvidó de regular dicho sistema de preferencia, debiendo comple-

(36) Para CÁRDENAS éste es el mayor escollo con el que tropieza la «tesis amplia»; mayor incluso que la eventual excepción que los artículos 775 y 776 del Código Civil representan frente al carácter personalísimo del testamento (art. 670 del CC). Como él subraya: *«Pero la dificultad suprema en la admisión de las sustituciones de que hablamos para entender comprendidos en ella todos los bienes del menor o incapaz, radica en la generalidad y amplitud de la expresión del Código: “padres y ascendientes”. Si varios de ellos hacen uso del derecho de sustituir no hay reglas de prelación, y cualquier solución que se busque pecará de arbitraria y, lo que es más grave, de imposible aplicación en ocasiones»*. Vid., CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 928.

(37) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 69 y 70.

tarse dicha laguna legal por el intérprete. Y para colmar esta laguna, como puede suponerse, los partidarios de la «tesis amplia» lanzan sus propuestas interpretativas (38).

Así, para TRAVIESAS, la solución al caso de concurrencia de dos o más testamentos sustitutorios, otorgados por distintos ascendientes, debe buscarse en el propio Código Civil, inclinándose porque este criterio sea el mismo que el seguido para ordenar el llamamiento de ascendiente para el desempeño de la tutela (39). DE DIEGO proponía que cada sustituto recibiese los bienes que el menor hubiese heredado del ascendiente que lo nombró, y en los que el menor tuviese de otra procedencia heredarían todos los sustitutos por partes iguales (40). SÁNCHEZ ROMÁN y CASTÁN, para el caso de rechazarse la «tesis restrictiva» coinciden en proponer un sistema en el que el último testamento sustitutorio dejaría sin efecto el anterior (41), lo que resulta criticable, pues pudiera conducir a una «carrera de testamentos sustitutorios» (42). PUIG PEÑA se decantó porque el criterio a seguir fuera el de proximidad en el parentesco (43), prevaleciendo la sustitución ordenada por el sustituyente más próximo, y, si fueran del mismo grado, distribuyéndose

(38) SCAEVOLA, partidario de la «tesis restrictiva», fue particularmente crítico con que este vacío normativo pudiera ser colmado por el intérprete; refiriéndose a la sustitución pupilar afirmó: «Por otra parte, el Código no autoriza directa ni indirectamente el establecimiento de preferencias entre los diversos sustitutos, por lo que para adoptar cualquiera de los criterios indicados (...) se ejercería una facultad puramente legislativa, llenando el vacío que dejó el legislador con disposiciones particulares, todas igualmente arbitrarias, y todas ocasionadas a grandes injusticias. Como no podemos atribuirnos, a título de comentaristas, ni siquiera podrán los Tribunales atribuirse este derecho a legislar, resulta en definitiva que podemos hallarnos ante varios sustitutos pupilares de un mismo impúber, sin medios de determinar entre ellos ninguna preferencia» (*op. cit.*, pág. 582). Estas consideraciones las hace íntegramente extensivas a la sustitución ejemplar (*op. cit.*, pág. 601).

(39) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, págs. 411 y 412.

(40) Vid., CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil español*, t. III, Madrid, 1959, pág. 159.

(41) Vid., SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, pág. 684, y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil*, t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1973, pág. 229.

(42) Como indicara VÁZQUEZ GUNDÍN: «Según unos, deben incluirse todos los ascendientes, indistintamente, pudiendo cada uno de ellos revocar libremente el testamento del anterior; según otros, la revocación, en cuanto a los bienes propios del ascendiente, tan sólo puede hacerla éste, existiendo varios tratadistas para quienes el ascendiente más próximo excluye al más remoto, a la manera de lo dispuesto para la tutela en el artículo 211 del Código», remarcando después: «Sería anormal, irregular, que habiendo ordenado el padre una sustitución ejemplar, viniese cualquiera de los abuelos a derogarla para ordenarla en otra forma, y no digamos nada ya sobre el espectáculo que darían varios ascendientes otorgando y revocando los testamentos y cláusulas sustitutorias». Vid., VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, págs. 155 y 156.

(43) Vid., PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, Madrid, 1954, vol. 1.º, pág. 468. Participa de esta opinión, también, LASARTE (vid., LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, t. VII, Madrid, 2005, pág. 164).

por partes iguales los bienes del sustituido entre los sustitutos. Este criterio también lo sigue ROCA-SASTRE MUNCUNILL (44), aunque precisando que como pueden los varios ascendientes ser del mismo grado, hay que entender que para esta hipótesis sucederán en la herencia del menor o incapaz todos los sustitutos nombrados en las cuotas que resulten de aplicar a los respectivos ascendientes las normas de los llamamientos intestados a favor de éstos (45). Por último, como construcción más acabada, ALBALADEJO considera que estas situaciones de concurrencia se solventan del modo siguiente: De principio, tiene prioridad la sustitución establecida por el ascendiente, según el orden por el que sea llamado por la ley para ejercer la patria potestad o preferido para la tutela o recibir la sucesión intestada del sustituido; con estas puntualizaciones: (i) Dicho orden de preferencia se aplica sólo en caso de incompatibilidad de sustituciones (a diferencia, v.gr., de TRAVIESAS, que lo aplicaba sin más); (ii) Del orden de preferencia son eliminados quienes, en el caso concreto, hayan sufrido pérdida de tipo sancionatorio o precautorio de la patria potestad o de la posibilidad de ser designado tutor o del derecho a la sucesión del sustituido; (iii) En el orden de preferencia ocupa el primer puesto quien efectivamente ejerza solo, si es que la ejerce uno solo, la patria potestad o la tutela; y (iv) Cuando no hay preferencia posible y las sustituciones dispuestas son incompatibles (v.gr., sustituciones ejemplares dispuestas por el padre y la madre sobre todos los bienes), prevalecerá la disposición de cada uno en lo que él dejó al hijo, reduciéndose proporcionalmente en el resto de lo incompatible (46).

Para concluir con este elenco de «obstáculos» que los partidarios de la «tesis restrictiva» reprochan a la «tesis amplia», se recurre al argumento *ad absurdum*, en el sentido de que al seguirse la «tesis amplia» pueden alcanzarse consecuencias absurdas, como que un ascendiente cualquiera —abuelo o bisabuelo— pudiera privar al padre de toda la parte de libre disposición de la herencia de uno de los hijos sustituidos (47). En efecto, esto es una paradoja que no soluciona la llamada «tesis amplia», pues si el sustituyente puede sustituir en todos los bienes del incapaz, podría darse el caso de que

(44) Vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 482.

(45) Es el sistema que seguía, para la sustitución ejemplar, el artículo 160 de la Compilación de Cataluña. En la misma línea, el actual artículo 176 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre (Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña), establece: «Si varios ascendientes sustituyen ejemplarmente al mismo descendiente, prevalecerá la sustitución dispuesta por el ascendiente difunto de grado más próximo, y si éstos son del mismo grado, sucederán en la misma herencia del incapaz todos los sustitutos ejemplares designados en las cuotas que resulten de aplicar a los respectivos ascendientes las normas del orden sucesorio intestado a favor de éstos. En cualquier caso, los bienes procedentes de cada una de las herencias de los ascendientes que hayan dispuesto la sustitución corresponderán al sustituto ejemplar respectivamente designado».

(46) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 98.

(47) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 291.

el abuelo instituyese determinado sustituto respecto de todos los bienes del sustituido; en ese caso, la parte que el padre del incapaz recibirá como legatario de éste es indisponible, pero ¿qué ocurre con el tercio de libre disposición?, iría a parar al sustituto en lugar de al padre del incapaz, luego el abuelo habría podido «disponer» del tercio de libre disposición de la herencia del hijo «sustrayéndolo» del caudal que terminaría recibiendo el padre, lo que no parece muy lógico. Aun cuando esta situación ciertamente es posible de admitirse la «tesis amplia», ALBALADEJO remarca que esta *alegación* no es *argumento*, pues no consiste sino en mostrar un resultado considerado como injusto, al que se puede llegar utilizando una institución jurídica, y esto es algo que ocurre no sólo con esta institución sino con todas (48).

Por otra parte y, además de mostrar los «obstáculos» a que nos hemos referido, contestando estos partidarios de la «tesis restrictiva» los argumentos de los partidarios de la «tesis amplia», señalan lo siguiente:

En cuanto al argumento histórico, sostenido por los partidarios de la «tesis amplia», mantienen los partidarios de la «tesis restrictiva» que si bien es cierto que la Ley de Bases ordenaba recoger el sentido histórico (lo que en principio conduciría a la «tesis amplia», pues el Derecho romano y la legislación de Partidas admitían que el sustituyente pudiera instituir sustituto en todos los bienes del sustituido, no sólo en los que le dejara el sustituyente), también lo es que ordenaba atenerse al Proyecto de 1851 (que no recogía todas las instituciones históricas pues, por ejemplo, suprimió las sustituciones fideicomisarias) (49) y la misma Ley de Bases admite que ciertas soluciones que tengan base en la doctrina moderna puedan ser incorporadas cuando tuviesen aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia, por lo que el argumento histórico ha de ser relativizado en su importancia, de tal forma que no es válido sostener sin más que es preciso mantener el sentido de las instituciones tal como se entendían en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico. Así, para Jerónimo LÓPEZ el Código Civil habría seguido el criterio normal en la época de la codificación, esto es, el abandono de las sustitucio-

(48) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 73.

(49) En cualquier caso, conviene aclarar que el Proyecto de 1851 suprimió las sustituciones fideicomisarias, fiel al contexto desamortizador propio de su época y a su idea liberal de suprimir las vinculaciones perpetuas y mayorazgos, pero pese a la prohibición general de las sustituciones fideicomisarias mantuvo, como excepción, un tipo de sustitución fideicomisaria para menores: el testador podía establecer un fideicomiso sobre los bienes de libre disposición para el caso de que el fiduciario muriese impúber. Establecía el artículo 629 del Proyecto: «*la sustitución de heredero en segundo o ulterior grado para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia, es la única sustitución reconocida por la ley, salvo lo dispuesto en el artículo 638*». Dicho artículo 638, en su párrafo segundo, establecía: «*Puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbero, para el caso que éste muera antes de llegar a la pubertad*».

nes pupilar y ejemplar entendidas en aquel tiempo, sobre la base del Derecho romano, como nombramiento de heredero para otro o disposición de una herencia ajena, acogiendo el ejemplo de las legislaciones que establecen para los supuestos de las mismas, bien la mera posibilidad de nombramiento de herederos en orden sucesivo o bien, admitido ya esto, una posición privilegiada para estos casos; se habría tratado con ello de evitar las consecuencias más graves a que conducía la política entonces al uso de prohibición o fuerte restricción de las sustituciones fideicomisarias (50).

Pero este razonamiento se ve contestado por los partidarios de la «tesis amplia» con argumentos perfectamente atendibles. Para ALBALADEJO, el Proyecto de 1851 sólo debió ser tomado por modelo del Código en cuanto reflejara nuestro Derecho histórico, que no se pretendió innovar sino regularizar, aclarar y armonizar (Base 1.^a), luego el Código no tuvo por qué seguir el Proyecto de 1851 en una materia en que éste desconocía nuestro Derecho histórico. Por otra parte, el Proyecto no reguló las sustituciones pupilar ni ejemplar, sino que únicamente, como excepción (la regla general recordamos que fue la prohibición de sustituciones fideicomisarias) previó un especial supuesto de sustitución *fideicomisaria* para impúberes, no un supuesto de sustitución *pupilar* restringida en cuanto a los bienes. En definitiva, el Código Civil mantiene las sustituciones pupilar y ejemplar que no contenía el Proyecto y, a su vez, hubiera resultado inútil la excepción —contenida en el Proyecto— de mantener una sustitución fideicomisaria específica para impúberes cuando el Código permite las sustituciones pupilar y ejemplar (51).

(50) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 11.

(51) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., págs. 68 y 69. Para Jerónimo LÓPEZ, profundizando en la *voluntas legislatoris*, el hecho de que la Base 16.^a indique que se reformará la regulación de las sustituciones fideicomisarias, lo que haría pensar que los demás tipos de sustitución no se alteran [cfr. ALBALADEJO, *Sustituciones...*, cit., págs. 133 y 159], no es un argumento convincente, pues la Base 16.^a estaría en íntima relación con la 15.^a, que determina que el tratamiento de las sucesiones del entonces futuro Código Civil debía ajustarse en sus principios capitales a los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión General de Codificación en noviembre de 1882. Dichos acuerdos se referían, entre otros temas, a las sustituciones fideicomisarias, y por ello la Base 16.^a hace referencia a ellas. El hecho de que no se diga nada acerca de las sustituciones pupilar y ejemplar no quiere decir que se siga la concepción tradicional, lo único que permitiría suponer es que no fueron necesarios especiales acuerdos para señalar cuál había de ser su regulación, lo que tanto puede deberse a que se aceptase continuar en su esencia la línea del Derecho Común anterior al Código Civil, como, por ejemplo, a la circunstancia de que hubiera indudable conformidad general acerca de seguir el criterio entonces imperante en los contados Códigos Civiles que aún admitirían tales sustituciones, es decir, configurarlas como llamamiento de herederos en orden sucesivo. Pudo ocurrir también que no fuese tratado el tema en aquellas reuniones por poco importante, dada la finalidad de éstas: establecer un acuerdo con los foralistas sobre las bases fundamentales de la futura regulación (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 4, n. 3). Por todos estos caminos (y habría más), considera Jerónimo LÓPEZ que se puede llegar a la conclusión de que no es la Base 15.^a, sino la 1.^a, la que debe tenerse en cuenta, por lo que se refiere a las sustituciones en

Cuestión distinta pero directamente relacionada con la que examinamos, es si el respeto al sentido histórico de la institución debe ser mantenido. Como es fácil suponer, los defensores de la «tesis restrictiva» no son muy partidarios, remarcando que la institución se revela anticuada si su objeto se determina como consideran los partidarios de la «tesis amplia», pues frente a los antecedentes de las Partidas y el Derecho romano se alzaría la realidad de haber desaparecido el ambiente histórico (la patria potestad como poder absoluto, las concepciones éticas y familiares y las circunstancias políticas y sociales) en que se gestaron estas instituciones (52). Consideran estos autores que se le estaría dando a la institución un sentido historicista que no parecería propio de nuestro sistema donde la sucesión intestada no está tan desvalorada como en el Derecho romano (precisamente esto mismo explicaría la pervivencia en Derecho catalán de la institución en el sentido propugnado por los partidarios de la «tesis amplia», en tanto tal Derecho está mucho más romanizado que el común).

Asimismo, los partidarios de la «tesis restrictiva» han contestado el argumento que denominábamos «lógico-funcional», sostenido por los partidarios de la «tesis amplia». Recordamos que para estos últimos, si no se entendiera que el sustituyente puede disponer de todos los bienes del sustituido la figura no tendría sentido, pues el mismo efecto que se pretendería conseguir a través de la sustitución ejemplar se podría alcanzar con la sustitución fideicomisaria (por esta razón reprochaban a la «tesis restrictiva» que reducía las sustituciones pupilar y ejemplar a una fideicomisaria con la vulgar implícita si no heredó el sustituido); además que con tal restricción «*una persona —el sustituido— puede dejar sin efecto (art. 776.II del CC) la disposición del sustituyente que se refiere sólo a los bienes de éste: un testamento es dejado sin efecto por otro de persona distinta*» (53). Como decimos, los partidarios de la «tesis restrictiva» han contestado el argumento lógico-funcional de los valedores de la «tesis amplia», resaltando para ello los particulares caracteres de la sustitución fideicomisaria y, con ello, la imposibilidad de reducir las sustituciones pupilar y ejemplar a una sustitución fideicomisaria con vulgar implícita aun cuando la tesis que se siga respecto del objeto de la sustitución

examen, y la Base 1.^a permitía (por diversos procedimientos) que se alterase la naturaleza jurídica de las mismas. Frente a este argumento, para ALBALADEJO (vid., *Comentarios...*, cit., pág. 74), que la Base 15.^a no mencione específicamente la conservación —en el sentido histórico— de las sustituciones pupilar y ejemplar es un argumento débil, pues, por un lado, tampoco menciona a la vulgar, de cuya conservación en el Código no cabe duda; y, por otro lado, la Base 16.^a dispone la reforma de la sustitución fideicomisaria, lo cual presupone —*a contrario*— el mantenimiento del *statu quo* de las demás.

(52) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 291.

(53) *Ibidem*, pág. 292. A juicio de LACRUZ, la segunda objeción es acaso contradictoria con la primera, pues si el sustituido puede dejar sin efecto la sustitución (cosa que ocurriría cualquiera que sea la tesis que se siga) ya no puede tratarse de una sustitución fideicomisaria típica, a la que el fiduciario, por sí, nunca puede dejar sin efecto.

sea la restrictiva (54). En efecto, la sustitución fideicomisaria ha de ser dispuesta de manera expresa y con llamamientos expresos (arts. 785 y 783 del CC) bajo pena de nulidad de la disposición (55) (sólo valdría la institución de heredero), habiendo mayor libertad para las otras. Dicho de otro modo, los partidarios de esta «tesis restrictiva» resaltan que no son *intercambiables* las sustituciones pupilar y ejemplar con la fideicomisaria, pues para las primeras, con menores requisitos, la ley dispensa un «trato de favor» (56), además de que la sustitución fideicomisaria no se dispone habitualmente, como las sustituciones pupilar y ejemplar, a fin de evitar las consecuencias del abintestato del sustituido (57); pero sobre todo, resaltan que mientras la sustitución fideicomisaria sujeta a los bienes fideicomitidos a restitución constituyendo éstos entre tanto una masa con propia autonomía y prohibición de enajenar en el patrimonio del fiduciario, las sustituciones pupilar y ejemplar incorporan los bienes de modo mucho más intenso al patrimonio del sustituido, careciendo éste de vinculación a la *restitución* y no habiendo sino un heredero nombrado por el sustituyente (el sustituto) como si lo hubiera hecho el sustituido mismo, con igual falta de todo derecho para ese sustituto mientras no fallezca el sustituido, que es fundamentalmente su causante (58).

Con todo, debemos añadir que tras la entrada en vigor de la Ley 41/2003 y, con ello, la modificación introducida en el artículo 808 del Código Civil, al que se remite el 813 del Código Civil, por la que se ha pasado a admitir la

(54) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 8 y sigs., y LACRUZ, *op. cit.*, págs. 291 y 292.

(55) La razón de ser de estas normas —una novedad en el Código Civil— no es otra que evitar la «plaga de las sustituciones tácitas». Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *ibídem*.

(56) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 10. En este sentido, reprocha a los partidarios de la «tesis amplia» [cfr. ALBALADEJO, *Sustituciones...*, cit., pág. 202, n. 112 bis y autores allí citados] que olviden el trato de favor que suponen las sustituciones pupilar y ejemplar cuando dicen que «para los defensores de la “tesis restrictiva” de la sustitución, es evidente que toda discusión sobre quiénes pueden ser sustituidos (o sustituyentes) y qué requisitos son precisos (impubertad, estar declarado incapaz por enajenación mental), es discusión que huelga, ya que si la sustitución pupilar o ejemplar no pasa de ser una sustitución vulgar o fideicomisaria, es vano exigir que el sustituido sea impúber o que se haya declarado su incapacidad, etc., puesto que no es preciso que se cumplan tales requisitos para nombrarle un sustituto vulgar o fideicomisario...».

(57) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 292. Como apunta también Jerónimo LÓPEZ: «la finalidad de las sustituciones pupilar y ejemplar es diferente de la propia de la sustitución fideicomisaria, pues en aquéllas se pretende impedir que sobrevenga —en los casos concretos que constituyen su supuesto de hecho— la nulidad de la disposición a favor del sustituido a causa del incumplimiento de los requisitos que se acaban de exponer, y también proteger en los mismos casos el razonable deseo del testador de evitar las consecuencias del abintestato de aquél» (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, pág. 9).

(58) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 292. Aun más, considera LACRUZ que la menor vinculación de las sustituciones pupilar y ejemplar a la *restitución* propia de las sustituciones fideicomisarias explica precisamente por qué la disposición en el primer caso vale en tanto no se perjudiquen los derechos legítimos de los herederos forzosos, mientras que si fuera el sustituido quien efectivamente testase y hubiera preterición de descendientes o ascendientes, se anularía la disposición (ex art. 814 del CC) (*ibídem*).

posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado judicialmente, parecería que ahora existe un mayor acercamiento entre la sustitución ejemplar y la fideicomisaria, pues tras esta reforma se va a poder imponer un fideicomiso donde el hijo incapacitado sea fiduciario no sólo respecto de la parte de libre disposición, sino también sobre la legítima, incluso la estricta. Si partimos de admitir la «tesis amplia», el acercamiento entre ambas figuras es evidente, pues hasta ahora una de las principales diferencias prácticas era precisamente que la sustitución fideicomisaria no podía ordenarse sobre la legítima estricta (la mejora podía gravarse con fideicomiso a favor de los descendientes del testador; art. 808.II del CC), mientras que la sustitución ejemplar —si determinamos su objeto tal como postulan los partidarios de la «tesis amplia»— podía ordenarse sobre todos los bienes del sustituido (en la medida en que se trataría de una disposición de la herencia propia del sustituido ordenada por el sustituyente). Sin embargo, si aceptáramos la delimitación objetiva de la sustitución ejemplar tal como defienden los partidarios de la «tesis restrictiva», esto es, asumiendo que al tratarse esta sustitución de una disposición sucesiva del propio sustituyente debe limitarse necesariamente a la parte de libre disposición de éste, la discordancia con la actual sustitución fideicomisaria tras la Ley 41/2003 sería difícil de explicar, pues llegaríamos a la conclusión de que el Código Civil permite alcanzar la finalidad práctica de la sustitución ejemplar (ordenar la sucesión en los bienes del incapaz del modo que mejor convenga al interés de éste) de un modo más amplio recurriendo a la sustitución fideicomisaria —tal como ésta resulta posible tras la reforma— que utilizando la propia sustitución ejemplar (ahora más limitada en su objeto si seguimos la «tesis restrictiva») lo que en la práctica resultaría un verdadero contrasentido.

Por último, los partidarios de la «tesis restrictiva» dan réplica al argumento de los partidarios de la «tesis amplia» que denominábamos «sistemático». Recordamos que, para la doctrina que sigue la llamada «tesis amplia», el artículo 777 del Código Civil, donde se dispone que las sustituciones pupilar y ejemplar, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos, viene referido a los bienes del incapaz y no a los del testador (59), en cuanto no podrá perjudicarse la legítima de los herederos forzosos del sustituido (60).

(59) Como ya señalara BALLESTER, no cabe pensar que los herederos forzosos del menor de catorce años o del incapaz tengan acción «por derecho de legítima sobre sus bienes, contra el sustituto nombrado por el ascendiente para los suyos únicamente». Vid., BALLESTER, P., *op. cit.*, págs. 532 y 533.

(60) No obstante, CÁRDENAS matiza que aunque las sustituciones pupilar y ejemplar comprenden todos los bienes del menor o incapaz —«tesis amplia»— su ámbito estaría reducido al solo caso de que no existan herederos forzosos fuera del que ordena la sustitución. Su razonamiento lo apoya en el artículo 777 del Código Civil, del que se desprendería —a su juicio— la preferencia de la legítima frente a la sustitución, de tal modo

Pues bien, frente a esta consideración sostiene LACRUZ, en apoyo de la «tesis restrictiva» que el artículo 777 presupone la restricción de la facultad de sustituir a los bienes del sustituyente, razonando del siguiente modo: «*Al referirse [el art. 777 del CC] a los derechos de los herederos forzosos del sustituido, callando sobre los de los legitimarios del sustituyente, quiere decir que los bienes asignados por él al sustituido se cuentan como parte integrante del caudal relicto de este último; y que la distribución que haga de ellos el sustituyente en virtud de la sustitución y entre los sustitutos no podrá impedir que los legitimarios del sustituido reciban en su momento con cargo al caudal relicto, así integrado, la cuantía que legalmente les corresponda*» (61). Esta exégesis que del artículo 777 del Código Civil realiza LACRUZ y que puede verse apuntada por Jerónimo LÓPEZ (62), parte de considerar que el artículo 777 del Código Civil presupone que el sustituyente dispone de su propia herencia en orden sucesivo, de tal modo que los bienes objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar forman parte del patrimonio del primer llamado (sustituido) —aunque éste no pueda disponer de ellos *mortis causa*— y, al hallarse en su patrimonio, habrán de computarse para el cálculo de las legítimas debidas por dicho sustituido; como quiera que el Código Civil omite referirse a los derechos de los legitimarios del sustituyente, parecería que el artículo 777 del Código Civil da por sentado que existe una disposición en orden sucesivo, que es precisamente la construcción que los partidarios de la «tesis restrictiva» preconizan de las sustituciones pupilar y ejemplar (63). Pero, precisamente por esta razón, el argumento únicamente

que, habiendo legítima, la sustitución únicamente puede comprender la parte libre y, dentro de ésta, únicamente los bienes de procedencia inmediata de quien ordena la sustitución, es decir, que en estos casos de existencia de herederos forzosos no habría una sustitución especial o privilegiada, sino la común que puede ordenar cualquier persona, pues de otra forma —prosigue CÁRDENAS— quedarían perjudicados los derechos legitimarios de los herederos forzosos, en contra de lo dispuesto en el artículo 777 del Código Civil. Vid., CÁRDENAS, L., *op. cit.*, pág. 928.

En nuestra opinión, sin embargo, del deber de respetar las legítimas de los herederos forzosos del sustituido no se desprende, sin más, que no sea posible instituir sustituto ex artículo 775 ó 776 del Código Civil cuando estos herederos forzosos existan en el momento de otorgarse el testamento sustitutorio, como parece entender CÁRDENAS. El testamento sustitutorio puede otorgarse aunque estos herederos forzosos existan al momento de otorgarse, pero con el deber de respetar sus eventuales legítimas, sencillamente porque es posible que en el momento de deferirse la herencia ya no existan herederos forzosos, en cuyo caso no habrá legítimas con las que cumplir (por no hablar de supuestos como pago con bienes extrahereditarios —v.gr., propios del sustituyente— de dichas legítimas, que se habrían respetado ex art. 777 del CC).

(61) Vid., LACRUZ, *op. cit.*, pág. 294.

(62) Vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 7 y 15 a 17.

(63) Remarcamos que éstos vienen a considerar las sustituciones en estudio como la designación sucesiva de un sucesor para el propio sustituyente —o, dicho de otro modo, vienen a considerarlas, en palabras de ALBALADEJO (cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 56), como «*disposición de la herencia del sustituyente*»—. Por el contrario, los

sirve si tomamos como punto de partida que el artículo 777 del Código Civil presupone la «tesis restrictiva», es decir, si tomamos como punto de partida argumental precisamente la conclusión que se pretende alcanzar, lo cual no nos parece correcto. Este argumento esgrimido por los partidarios de la «tesis restrictiva» no nos parece, pues, decisivo, encontrando el artículo 777 del Código Civil un engarce más correcto con la «tesis amplia», pues al traducirse para esta teoría las sustituciones pupilar y ejemplar en un testamento otorgado por el sustituyente *en representación* del sustituido, tiene pleno sentido que el artículo 777 del Código Civil imponga al «testador por representación» el límite de las legítimas de los herederos forzosos de dicho sustituido (64), como si fuera este último quien realmente hubiese testado. Dicho de otro modo, el artículo 777 del Código Civil estaría protegiendo la legítima debida por el sustituido, lo que sólo se explica si la disposición del sustituyente tiene por objeto la herencia de aquél y no la suya propia (65). Por último, que el Código Civil hubiera omitido referirse a los legitimarios del sustituyente no nos parece relevante, pues no es necesario recordar lo que no es sino norma de necesaria observancia (respeto a las legítimas: art. 763.II del CC). Parece, pues, que el argumento que hemos denominado «sistemático» —en cuanto pone en relación los arts. 775 y 776 del CC con el art. 777 del CC— no es determinante en orden a la prevalencia de una u otra teoría y, si lo fuera, la relación entre dichas normas resultaría más fácil de comprender dentro de la construcción de la «tesis amplia», sin que la exégesis realizada por los partidarios de la «tesis restrictiva» nos parezca convincente, pues como hemos señalado se trata de una interpretación interesada del artículo 777 del Código Civil, que parte de considerar como presupuesto necesario para tal interpretación precisamente lo que se trata de demostrar: que las

partidarios de la «tesis amplia» no consideran que exista una disposición en orden sucesivo ordenada por el sustituyente, sino una disposición realizada por el sustituyente pero sobre la herencia del sustituido, es decir, que el sustituyente «*testa por el sustituido*» que no puede testar (cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 49).

(64) ¿Qué bienes computan en éstas? En principio cabe pensar que los bienes que computan en la legítima de los herederos forzosos del sustituido son todos los que integran el caudal del sustituido, incluidos los que eventualmente hubiera recibido del sustituyente —a esta conclusión nos conduce la «tesis amplia» (cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 123)—. No obstante, se ha considerado —así lo hace ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*op. cit.*, págs. 486 y 487), aun siendo partidario de la «tesis amplia»— que los bienes que computarán serán los recibidos por el sustituido como legítima de su ascendiente más los propios del sustituido, pero no los dejados por el sustituyente al sustituido fuera de la legítima, ya que sobre éstos podrá entenderse que el sustituyente los sujetó a determinado destino: que terminasen en el patrimonio del sustituto, por lo que puede sostenerse que éstos no deberán computar en el cálculo de la legítima (coincide con lo dispuesto en el art. 179.II del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña). Nos parece que, a falta de norma expresa en el Derecho común, la opinión de ALBALADEJO resulta preferible.

(65) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 61 y n. 25 *ter* y doctrina citada.

sustituciones pupilar y ejemplar se construyen como disposiciones en orden sucesivo ordenadas por el sustituyente —«tesis restrictiva»— en lugar de como disposiciones ordenadas por el sustituyente pero sobre la herencia del sustituido —«tesis amplia»—.

En fin, consecuencia directa de esta «tesis restrictiva» es que el testamento del sustituyente (padre del incapaz) no debe abarcar más bienes que los que el sustituyente deje, ingresando éstos en el patrimonio del sustituido con una carga de restitución en favor del sustituto. Respecto del resto de bienes del incapaz sobre los que no resulte eficaz la disposición del sustituyente habría de abrirse sucesión intestada. La solución a que conduce esta «tesis», por tanto, nos lleva a afirmar que, por ejemplo, el padre o madre de un incapaz no puede otorgar testamento por su hijo (salvo en cuanto a los bienes que el propio testador le deje).

Esta teoría «restrictiva» fue acogida por la STS de 20 de marzo de 1967, dando un giro frente a la posición tradicional (testamento sustitutorio) que hasta entonces había venido siguiendo el TS (aunque sentencias posteriores, en pronunciamientos *obiter dicta*, parecen haber retornado a la tesis tradicional: SSTS de 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997). No obstante, conviene tener en cuenta que, en rigor, no existe «jurisprudencia» en el sentido del artículo 1.º-6 del Código Civil, pues sólo en la sentencia de 1967 el TS se pronunció a favor de una u otra teoría (en dicho caso, la «restrictiva») en lo que constituía la *ratio decidendi* de la resolución (en el resto de casos, en los que se pronunciaba a favor de la «tesis amplia», eran pronunciamientos *obiter dicta*, pues el objeto a dilucidar era diferente). Del mismo modo, tampoco existe una segunda sentencia donde el TS, en *ratio decidendi*, se haya pronunciado a favor de la «tesis restrictiva».

2. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 6 DE FEBRERO DE 2003

Esta RDGRN, con claridad, simpleza y sin ambages, viene a recoger los argumentos que vienen esgrimiendo los partidarios de la «tesis restrictiva». El supuesto de hecho al que se refirió fue el siguiente: A y B otorgaron escritura de partición de herencia, exponiendo que su sobrino y primo, I, falleció en estado de soltero, sin ascendientes ni descendientes, estando declarado incapaz. El padre de I, P, había otorgado testamento instituyendo herederas sustitutas de I a A y B (parientes suyas, hermana y sobrina suyas, respectivamente), haciendo uso de la sustitución ejemplar del artículo 776 del Código Civil. Así las cosas, A y B otorgaron escritura de partición de herencia repartiéndose todos los bienes de I. El Registrador califica negativamente el documento, denegando la inscripción, por entender lo siguiente: (i) La sustitución ejemplar ordenada por el causante, P, únicamente puede alcanzar

los bienes dejados por él a I; (ii) Respecto del resto de bienes de I (en este caso, los que le dejó su madre), se aplican las normas de sucesión intestada.

La DGRN, siguiendo los argumentos del Registrador en defensa de su nota, coincidentes íntegramente con los que sostiene la doctrina partidaria de la «tesis restrictiva» razona del modo siguiente:

Históricamente (ha de entenderse la referencia al Derecho romano) la sustitución ejemplar comprendía todos los bienes del incapaz, pero era así por cuanto se concebía como un atributo de la patria potestad dirigido a evitar el fallecimiento intestado del instituido. Por esta razón, apunta la DGRN, las Partidas, al recoger esta institución, establecían una serie de prevenciones y prioridades acerca de las personas que podían ordenar la sustitución, la preferencia entre ellas y los favorecidos por la misma, exigiendo, además, que el sustituido fuera instituido heredero por el sustituyente. Pero el Código Civil, que valora en más la sucesión intestada y se inspira en los principios liberales propios de la época de su redacción, cambia el criterio sobre las sustituciones pupilar y ejemplar y, así: (i) Resalta el carácter personalísimo del testamento (v.gr., prohibiendo el testamento por comisario art. 670 del CC), de donde parecería desprenderse que el testamento del sustituyente no puede afectar bienes del sustituido que provengan de persona distinta del sustituyente (es decir, que no podría dejarse la sucesión del incapaz al arbitrio de un tercero); (ii) Suprime todas las disposiciones que el Derecho hasta entonces vigente establecía para el caso de pluralidad de sustituyentes, por lo que la sustitución ejemplar sólo tendría por objeto los bienes dejados por el sustituyente, ya que sería en esta hipótesis donde no cabría que concurrieran diversas sustituciones, pues cada una de éstas, de existir varias, abarcaría distintas masas patrimoniales.

De este modo, no acepta la DGRN las argumentaciones de la recurrente, basadas en la «tesis amplia» de la doctrina, no considerando válidos los argumentos consistentes en apelar al Derecho Civil catalán y a la jurisprudencia. En el primer caso por cuanto entiende que no es un argumento válido que, en Derecho Civil catalán, expresamente la sustitución ejemplar pueda abarcar todos los bienes del incapaz, pues este Derecho tiene una acusada influencia romanista, mayor que el Derecho común. Esto lo prueba que, por ejemplo, en Derecho Civil catalán se admitan instituciones contrarias al carácter personalista del testamento, como son la institución de heredero por fiduciario o de heredero de confianza. Por otra parte, el Derecho Civil catalán, consecuentemente con que la sustitución ejemplar abarque todos los bienes del incapaz, establece reglas de prevalencia para el caso de pluralidad de sustituyentes. Por lo que se refiere a la jurisprudencia invocada por la recurrente, la DGRN afirma que no puede considerarse que la jurisprudencia se haya decantado con claridad por la «tesis amplia», pues la STS de 6 de

febrero de 1907 no es un referente válido, al referirse a un testamento anterior al Código Civil (66), las SSTS de 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941 por cuanto se centran en el momento en que ha de producirse la incapacitación (la segunda de ellas, además, expresamente indica que no entra en el alcance de la sustitución ejemplar) y, las SSTS de 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997, por cuanto contienen pronunciamientos que son, realmente, *obiter dicta*, pues los temas de fondo son distintos. Así, para esta RDGRN sólo es válido el recurso argumental de apoyar una u otra tesis en la jurisprudencia, considerando la única sentencia que aborda de lleno el tema y, además, la decantación por una u otra tesis supone la *ratio decidendi* del recurso. Por tanto, sólo es válida la cita de la STS de 20 de marzo de 1967, que se decanta abiertamente por la «tesis restrictiva». Por todas estas razones se desestimó el recurso y confirmó la calificación del Registrador.

Como puede comprobarse de la lectura de dicha Resolución, el Centro Directivo se limita a recopilar los argumentos esgrimidos por los partidarios de la que se ha dado en llamar «tesis restrictiva» desconociendo los argumentos —desde luego no menos sólidos que los seguidos por la RDGRN— de los partidarios de la «tesis amplia». ¿Debería consolidarse esta doctrina en el futuro? Vamos a exponer en el siguiente epígrafe nuestra valoración de esta RDGRN y las razones que nos llevan a inclinarnos por una tesis, la conocida como «amplia», que ha venido a ser rechazada por dicha Resolución. En apoyo de esta tesis no contaremos únicamente con los argumentos *tradicionales* que hemos resumido, sino con el nuevo apoyo argumental que, derivado de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, ha venido, a nuestro modo de ver, a reforzar la delimitación objetiva de la sustitución ejemplar de acuerdo con la «tesis amplia». Esta Ley no estaba en vigor en el momento de dictarse la Resolución referida, por lo que bien pudiera tenerse presente en el futuro si el Centro Directivo reorienta su doctrina a favor de la llamada «tesis amplia». Además de los argumentos *tradicionales*, tras la promulgación de la Ley 41/2003 y, como ya expusimos:

- (i) Tras la reforma de los artículos 808 y 813 del Código Civil por parte de la Ley 41/2003, se ha pasado a admitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado judicialmente, precisamente en razón de la mayor protección que ha de procurarse al incapaz. Cabe pensar que si la tesis a que respondiera la sustitución ejemplar fuera la «restrictiva»

(66) Aunque ciertamente resolvía un supuesto donde el testamento había sido otorgado antes de la vigencia del Código Civil, no debe olvidarse, como señalara Díez-PICAZO, que la sucesión de la sustituyente y la del hijo sustituido se abrieron estando ya en vigor el Código y, de acuerdo con su Disposición Transitoria 12.^a, las herencias de los fallecidos después del Código deben adjudicarse y repartirse con arreglo a éste (cit. por MANRESA, *op. cit.*, pág. 228).

el legislador hubiera modificado la sustitución ejemplar en el sentido de precisar que ésta podrá ordenarse no sólo sobre la parte de libre disposición del sustituyente, sino también sobre la parte de legítima. Si el legislador de 2003 ha mantenido inalterado el artículo 776 del Código Civil bien puede deberse a que considera que la sustitución ejemplar puede ordenarse sobre toda la herencia del sustituido («tesis amplia»), no sólo sobre la parte de libre disposición del caudal del sustituyente («tesis restrictiva»), pues si así no fuera parece que en la misma medida en que se han modificado los artículos 808 y 813 del Código Civil para permitir la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor de un incapacitado, habría precisado que también cabrá la sustitución ejemplar sobre toda la herencia del sustituido, no sólo sobre lo que el sustituyente le deje como libre designación.

- (ii) Tras dicha reforma, si la tesis que siguiéramos fuera la «restrictiva» nos encontraríamos con un grave contrasentido, pues mientras el sustituyente podría disponer, bajo forma de sustitución fideicomisaria, de todos sus bienes a favor del hijo incapacitado, bajo la forma de sustitución ejemplar —precisamente pensada para estos supuestos— únicamente podría ordenar la sustitución respecto del tercio de libre disposición, es decir, de forma más limitada en su objeto, aun cuando la libertad de formas fuera mayor que en el caso de la sustitución fideicomisaria.

En fin, estimamos que esta RDGRN tercia en un debate doctrinal resolviéndolo a favor de una de las teorías sobre el ámbito objetivo de las sustituciones pupilar y ejemplar («tesis restrictiva») de una forma que nos parece excesivamente llana, acogiendo una de las teorías con base en parte de los argumentos tradicionales que la avalan, pero desconociendo los que la han venido refutando, tan atendibles como aquéllos y que, tras la entrada en vigor de las reformas operadas en los artículos 808 y 813 del Código Civil por parte de la Ley 41/2003 han venido a reforzarse. La «tesis amplia» gana argumentos en su defensa y, a nuestro modo ver, sus consecuencias son las más deseables, como seguidamente explicaremos.

3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO ATENDIDA LA FUNCIONALIDAD DE LA INSTITUCIÓN

Los argumentos que plasma la RDGRN son todos atendibles, pues recogen los que desde hace décadas vienen exponiendo los partidarios de la llamada «tesis restrictiva». Estos argumentos, por otra parte, nos parecen

tan válidos como los empleados por los partidarios de la «tesis amplia». Desde luego, no cabe duda que provienen de una doctrina tan autorizada como la otra.

En realidad, nos encontramos ante un problema insoluble (67), donde los argumentos de una y otra teoría son igualmente válidos y atendibles. Todos, desde luego, con cabida en nuestro Derecho, aunque no podemos desconocer que, en nuestra opinión, la reforma operada en los artículos 808 y 813 del Código Civil por la Ley 41/2003 viene a reforzar una de estas teorías, la conocida como «amplia».

Ante esta tesitura, entendemos lo siguiente: Desde luego, parece claro que estos problemas sobre el ámbito objetivo de las sustituciones pupilar/ejemplar se plantean por la indefinición del legislador y la carencia de un cuerpo jurisprudencial sólido que hubiera podido, en su función complementadora, suplir dicha indefinición. Si la letra de la Ley fuera clara no se suscitarían estos problemas —o, al menos, se suscitarían únicamente en ámbitos académicos y no deberían trascender a la realidad práctica—. Es la indefinición de la Ley y la ausencia de una jurisprudencia consistente lo que provoca que haya de entrarse en la *voluntas legis* como forma para interpretar aquélla y, aquí, casi cualquier solución válidamente argumentada puede ser válida.

En consecuencia, nos parece que el legislador —o la jurisprudencia si hubiera habido ocasión para ello— podría precisar cuál es el alcance del Derecho Civil común, ya que, como hemos visto, este problema no se plantea, por ejemplo, en Derecho Civil catalán, donde la Ley es clara al identificar el objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar. Incluso, podríamos decir que la Ley 41/2003, que ha afectado a instituciones clasiquísimas de nuestro Derecho Civil (como la propia legítima) —aunque en algún caso, como en lo relativo a la delegación de la facultad de mejorar parece que no con la claridad necesaria—, hubiera sido una ocasión perfecta para aclarar los artículos 775 y 776 del Código Civil y, con ello, el alcance de toda una institución como es la sustitución pupilar/ejemplar.

Pero, ante esta situación, *de lege ferenda*, ¿cómo habría de enfocarse una eventual y futura aclaración de la institución? Nos parece que el sentido histórico de las instituciones es algo digno de ser atendido, desde luego en la medida en que explica el origen y, a menudo, el fundamento de éstas y ello ayuda a conocer su alcance y el modo en que han de ser aplicadas. Pero no es menos cierto que una institución jurídica, sea la que fuere, tiene una vida propia y ha de ser entendida en cada momento del modo en que mejor sirva a la colectividad que de ella se dota. Cuando el padre de un incapaz quiere disponer de los bienes de su hijo para después de su muerte, ¿cómo ha de

(67) Sin ambages, LACRUZ reconoce que hay argumentos a favor de ambas tesis, por lo que «cualquier solución es defendible» (*op. cit.*, pág. 291).

actuar?, pues las consecuencias prácticas de seguir una u otra teoría son muy distintas. Parece claro, por tanto, que es una tarea pendiente del legislador civil común aclarar el alcance de la sustitución ejemplar en nuestro Derecho.

Pero puestos a aclarar, es decir, puestos a tener que reformular el artículo 776 del Código Civil —también, en cuanto a su ámbito objetivo, el art. 775—, ¿por qué alternativa ha de inclinarse el legislador, por la «amplia» o por la «restrictiva»? Pues aquí es donde, entendemos, el legislador habrá de sentirse libre de ataduras históricas y comprender que el alcance de la institución no debe ser tributario del pasado sino un instrumento para el futuro, acorde con la demanda de la sociedad donde esta norma habrá de aplicarse. Y en este contexto, creemos claro que el legislador habrá de decantarse por la llamada «tesis amplia», pues es la que mejor satisface la necesidad que actualmente demanda la sociedad de esta antigua institución. Afortunadamente, es un valor constante en nuestro Derecho, claramente en las tres últimas décadas, procurar a quienes pueden considerarse más desvalidos aquellos instrumentos jurídicos que mejor atiendan a su situación de inferioridad en la sociedad (no otra cosa se ha pretendido con la Ley 41/2003) y, es precisamente la llamada «tesis amplia» la que mejor satisface esta necesidad actual de la sociedad que habría de inspirar la *aclaración* de esta institución.

Que el legislador se decantase finalmente por la «tesis amplia» en una futura reforma de la sustitución ejemplar comportaría, en la práctica, facilitar a los padres un instrumento para mejor ordenar la sucesión de sus hijos incapaces (o encauzarla, pongamos por caso, a la persona o entidad que se hará cargo del incapaz cuando falten los padres). Daríamos claramente la posibilidad a un padre de poder testar por su hijo incapaz, sin necesidad de que, necesariamente, al menos parte de la herencia de su hijo haya de deferirse abintestato.

La sustitución ejemplar, cuya aclaración conviene para evitar la dudosa interpretación que actualmente se hace de esta institución —específicamente, aunque no es su único punto oscuro, sobre su ámbito objetivo—, entendemos que puede ser reformulada de forma que devenga en un instrumento más de atención al incapaz, y en este sentido creemos que el acogimiento de la llamada «tesis amplia» por el legislador facilitaría esta tarea, pues la sustitución ejemplar podría ser un instrumento en manos de los padres para estimular que determinadas personas se hagan cargo del incapaz cuando aquéllos falten (instituyendo con la carga de cuidar al incapaz con especial intensidad y dedicación). Pensemos en lejanos parientes o entidades a quienes puede resultar interesante favorecer, con la mayor amplitud posible, y compensar las atenciones y cuidados que pueden prestar al incapaz, en lugar de dejar que una parte de la herencia —la que no procediera del sustituyente para los partidarios de la «tesis restrictiva»— termine en el Estado.

El recurso a la sustitución ejemplar, además, puede presentar un conveniente tratamiento fiscal siempre que se admita la «tesis amplia» en cuanto a su objeto, lo que indudablemente ha de ser tenido en cuenta en orden a la aplicación práctica de esta institución. En efecto, como demostrara ALBALADEJO (68), no es necesario instituir heredero al sustituido en el testamento sustitutorio, por lo que es posible que el sustituyente disponga de todos los bienes del sustituido (69) —también, por tanto, de los que eventualmente reciba del sustituyente— a favor del sustituto (independientemente de que si el sustituido es legitimario respecto del sustituyente, éste no pueda privarle de la legítima —aunque pueda pagarla por actos *inter vivos*—) (70). Aceptado este presupuesto, es decir, siendo posible un testamento sustitutorio donde el sustituyente no instituya al sustituido (caso, por ejemplo, del padre que instituye heredero suyo y del hijo incapaz a determinada persona, con objeto de que ésta cuide del incapaz tras el fallecimiento del padre), la sustitución tendría un conveniente tratamiento fiscal, pues únicamente se produciría una transmisión (cuando el tercero suceda al sustituido), esto es, un único hecho imponible respecto del Impuesto de Sucesiones, que únicamente se devengaría en una ocasión y cuyo sujeto pasivo sería el designado como sustituto (no el sustituido incapaz). El tratamiento fiscal para la «tesis amplia» sin transmisión al sustituido (a salvo, insistimos, de la legítima que pudiera deber el sustituyente al sustituido) puede ser aprovechado convenientemente llegado el caso, siendo un instrumento en manos de los ascendientes para servir de estímulo a quien habrá de cuidar al incapaz, mejor que otros casos que fiscalmente pudieran resultar menos interesantes, como el usufructo de herencia (71) o la sustitución fideicomisaria (72), donde también aparecería como sujeto pasivo el incapaz (73).

(68) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 78 y sigs.

(69) Como también podrá disponer del eventual «patrimonio protegido» que, al amparo de la Ley 41/2003, pudiera haberse constituido (fallecido su titular, el «patrimonio protegido» se integra en su haber hereditario: art. 6.2 de la Ley 41/2003).

(70) En la misma línea, CASTÁN (cfr. «Consulta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 137, pág. 72 y sigs).

(71) V.gr., atribuyendo el usufructo de la herencia —en su caso, de determinados bienes— al incapaz, disponiendo de la nuda propiedad a favor de quien, con la carga de prestar cuidados, pudiera hacerse cargo del incapaz.

(72) Para conseguir un efecto lo más asimilable posible a la sustitución ejemplar, consideramos que habría de ser condicional (condicionando la sustitución fideicomisaria a que el incapaz no recobre la razón; modulando esta condición del modo más preciso posible, v.gr., si el incapaz está así declarado por resolución firme, limitando el fideicomiso a los supuestos en que se reintegre la capacidad) y, preferiblemente, de residuo (precisando también del mejor modo posible los supuestos en que se permitiría la disposición).

(73) En cualquier caso, el mejor tratamiento fiscal es algo que habrá de determinarse caso por caso, pues tampoco podemos olvidar las interesantes reducciones sobre la base imponible a que se refiere el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que pueden resultar aplicables.

Nadie mejor que el padre conocerá las necesidades del hijo incapaz y el contexto familiar que existirá tras su fallecimiento. Puede pensarse que dejar los bienes a quien haya de cuidar al incapaz no es la mejor solución y que, más cauteloso, sería dejárselos al hijo incapaz, en su caso incluso instituyéndole fiduciario en los bienes que habrían de integrar la legítima estricta del resto de descendientes. Pero esta posibilidad que ofrece el Código, tras la reforma operada por la Ley 41/2003, posiblemente no le parezca la más apropiada a los padres; tal vez en la familia el recurso a este mecanismo puede ser mal visto por legitimarios que se ven reducidos a meros fideicomisarios y, tal vez, instituyéndoles a ellos herederos con la carga de cuidar del incapaz el fin pretendido por los padres —insistimos, las personas que mejor conocerán las necesidades de su hijo incapaz y su contexto de relaciones familiares— se alcance mejor del modo que indicamos. La sustitución ejemplar habría pasado, pues, a ser un instrumento más del que dispondrán los ascendientes, quienes podrán acudir a él si resulta ser la institución que mejor convenga al descendiente incapaz.

Por último, pensamos que la sustitución ejemplar, tal como aparece en el Código Civil, puede precisar de una revisión. Como venimos señalando, la sustitución ejemplar debe tener una funcionalidad clara: ser instrumento de los padres para ordenar la sucesión del hijo incapaz del modo que mejor convenga al interés de éste. Esta facultad que el Código Civil reconoce a todos los ascendientes debe tener, pues, un carácter marcadamente vicarial. Esto exige repensar alguna cuestión. La sustitución ejemplar histórica —y también la prevista por el Código al momento de su formulación— da respuesta a la sociedad de su época, donde el padre, como regla, fallece relativamente joven y deja un hijo más joven aún. Pero ante el aumento en nuestros días de la expectativa de vida será cada vez más frecuente que el incapaz conserve uno o dos ascendientes y, a la vez, tuviera cónyuge o algún hijo, quienes presumiblemente, según el caso, asumirían la tutela. Nos podríamos encontrar ante una situación donde cualquiera de los ascendientes —ordinariamente, los padres— otorgase testamento sustitutorio, disponiendo de los bienes de su hijo (sin perjuicio del respeto de la legítima —art. 777 del CC—) tal vez contradiciendo el criterio del cónyuge o del hijo del incapaz, quienes en nuestro ejemplo estarían asumiendo la tutela. El tenor literal del Código permite al ascendiente otorgar testamento sustitutorio aunque no ostente la patria potestad o tutela sobre el incapaz y aunque no tenga derecho a legítima de éste, pero tal vez esto deba ser reconsiderado para que la institución no exceda de la función que le debe resultar propia, de tal modo que el círculo de sustituyentes quede reducido únicamente a quienes ostenten bien la patria potestad (en su caso prorrogada o rehabilitada; art. 171 del CC), bien —aunque este supuesto es más delicado— la tutela (con autorización judicial en este caso) del incapaz.

IV. OTRAS CUESTIONES A CONSIDERAR EN LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

El artículo 776 del Código Civil se refiere al descendiente que sea mayor de catorce años y que haya sido declarado incapaz. En cuanto a la edad, dado que el precepto se refiere a los mayores de catorce años (edad mínima para testar), creemos que lo aconsejable antes de instituir la sustitución será incapacitar al menor (hay que tener en cuenta el art. 201 del Código Civil reformado: «*Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*») y, a continuación, instituir una sustitución que podría ser pupilar antes de que el sustituido cumpliera catorce años y ejemplar después, tratándose con su propio régimen después de los catorce años (74). Sólo entonces cabría el juego del párrafo 2.º del artículo 776, dejando sin efecto la sustitución cuando el incapaz hubiera testado válidamente en un intervalo lúcido o después de recuperar la razón.

En cuanto a que el sustituido haya sido incapacitado (75) en el momento de otorgarse el testamento sustitutorio, existen dos posiciones: La que parece más fundada, en el sentido de que no es necesario que la incapacitación sea previa al testamento, bastando con que haya sido incapacitado previamente al momento de la efectividad de la sustitución, es decir, es suficiente con que la incapacitación sea firme en el momento de abrirse la sucesión del sustituyente. Es la posición de la STS de 12 de junio de 1956 —precedida por la de 10 de junio de 1941—, seguida por la mayor parte de la doctrina (76). El Tribunal Supremo considera, en este orden de cosas, que la declaración de incapacidad del sustituido no constituye una solemnidad testamentaria y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de efectividad de la sustitución. Esta doctrina se ha consolidado con la STS de 29 de marzo de 2001, donde se declaró: «*La tesis casacional de la parte recurrente parte de la base consistente en que, para que una persona incapaz pueda ser sustituida testamentariamente, es preciso que esté, dicha incapacidad, declarada judicialmente. Ello no es admisible, y así la senten-*

(74) Como señalara CASTÁN: «*En el caso de un menor de catorce años puede ser sustituido pupilar y ejemplarmente en el mismo testamento subordinando a condición suspensiva de cumplir catorce años la última sustitución*». Vid., CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español y Foral*, t. 6.º, vol. 2.º, Madrid, 1979, pág. 243.

(75) Estamos ante el que HERNÁNDEZ GIL consideró el más importante problema, desde el punto de vista práctico, de la sustitución ejemplar (*op. cit.*, pág. 894). Verdaderamente es el problema que mayor número de veces se ha planteado ante los tribunales.

(76) Cfr. MOLINA RAVELLO, E., «Caso práctico sobre la sustitución ejemplar», en *Revista de Derecho Privado*, 1940-1941, pág. 144; HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pág. 898; VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, pág. 169, o BONET RAMÓN, F., «Sustitución ejemplar», en *Revista de Derecho Privado*, 1940-1941, pág. 423.

cia de esta Sala de 12 de junio de 1956, especifica de una manera muy concreta que “la declaración de incapacidad del sustituto no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento, siempre que preceda al momento de la efectividad de la sustitución, porque ninguna razón jurídica o de consecuencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad”. Esta sentencia rompe acertadamente el sesgo contrario que presentaba la anterior jurisprudencia (sentencias de 21 de abril de 1928, 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932), que no se encontraba dentro de una lógica actual. En conclusión, que una declaración de incapacidad acordada judicialmente el 3 de febrero de 1989, no hace inexistentes, en derecho, unas sustituciones acordadas en testamentos de 30 de noviembre de 1979 y 15 de mayo de 1985, sobre todo cuando aquélla es anterior a las operaciones particionales encargadas al albacea-partidor en el presente caso».

No obstante, otros autores (77) se han inclinado por la necesidad del previo juicio de incapacitación, es decir, entienden que la incapacitación ha de ser firme no sólo en el momento de abrirse la sucesión del sustituyente, sino también en el momento de otorgar éste testamento. ALBALADEJO, en un primer momento, participó de esta opinión (78), amparando su postura en tres antiguas sentencias del TS (79) (21 de abril de 1928; 10 de diciembre de 1929 y 15 de febrero de 1932) y justificándola tanto en un argumento literal (parece que de la letra del art. 776 del Código Civil se desprende que la incapacidad ha de estar declarada en el momento de testar el sustituyente, pues se habla de *incapacitado* —declarado incapaz conforme a Derecho— y no de *incapaz* —incapaz de hecho al momento de la sustitución—) como de seguridad jurídica, ya que entrar a probar que en el momento de otorgarse el testamento existía incapacidad de hecho puede llegar a ser complicado. Posteriormente, sin embargo, dio por buena la nueva jurisprudencia del TS inaugurada con la STS de 10 de junio de 1941 (80). En todo caso, lo que resulta claro es que la enajenación mental debe padecerse en el momento de

(77) Vid., MIGUEL TRAVIESAS, M., *op. cit.*, pág. 413; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, págs. 483 y 484; OSSORIO MORALES, J., *op. cit.*, pág. 204 (este autor considera que del sentido gramatical del art. 776 del Código Civil se desprende la necesidad de que la declaración de incapacidad preceda al testamento, si bien reconoce que actualmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia predomina el criterio opuesto), y SANCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, pág. 685.

(78) Vid., ALBALADEJO, *Sustituciones...*, cit., pág. 111 y sigs.

(79) Una síntesis de los supuestos de hecho y fundamentación de las mismas puede verse en VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, págs. 161 a 167, y HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, págs. 894 a 898.

(80) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 101 y sigs.

otorgarse el testamento sustitutorio, esté o no declarada la incapacidad por tal causa (81), lo que eliminaría la posibilidad de otorgarse un testamento sustitutorio sometido a la condición suspensiva de la enajenación e incapacitación futuras del sustituido; como también está claro que la incapacidad, aun cuando sea al momento de abrirse la sucesión del sustituyente, ha de estar judicialmente declarada, no siendo suficiente la *incapacidad natural* (82).

Unido a lo anterior, debemos tener presente que actualmente la incapacitación no es posible únicamente en supuestos de «*enajenación mental*» (expresión que emplea el art. 776 del CC) sino, en general, ante «*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*» (art. 200 del CC). Para reconducir la institución de la sustitución ejemplar a la función que le consideramos propia (institución establecida como instrumento de los padres para ordenar la sucesión de sus hijos incapaces del modo que mejor les convenga a estos últimos) consideramos que el único supuesto en que habría de resultar posible es el de incapacitación —por la causa que fuere— con privación de la facultad de testar (la sentencia que declara la incapacitación debe determinar la extensión y límites de ésta: art. 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

¿Qué ocurriría si antes de otorgarse el testamento sustitutorio, el incapaz había ya otorgado testamento? Para VÁZQUEZ GUNDÍN sería posible, aun en tal caso, otorgar testamento sustitutorio (83). Esta opinión la estimamos acertada (84) desde el momento que la institución deje de ser un mero remedio para prevenir el abintestato (como se consideró en el Derecho justiniano) y se conciba también —en la *voluntas legis* que propugnamos— principalmente como una institución protectora del interés del incapaz. Creemos conveniente que el ascendiente pueda otorgar testamento por sustitución, revocándose el testamento anterior del incapaz, si la nueva circunstancia —la incapacitación y la imposibilidad de valerse el sustituido por sí mismo— o acontecimientos familiares así lo aconsejan. Repárese que esta opinión puede sostenerse, ya se admita la «tesis amplia» ya la «restrictiva» si bien con distinto alcance en cuanto al objeto abarcado por el llamamiento en cada caso, pues si se admitiera la «tesis restrictiva» parece que sólo sería posible la revocación del testamento anterior otorgado por el posteriormente incapacitado en la medida en que aquél contuviera disposiciones sobre los bienes futuros que el sustituido pudiera recibir del sustituyente. Como se ve, pues, la «tesis restrictiva»

(81) Cfr. ALBALADEJO, *ibídem*, o HERNÁNDEZ GIL, A, *op. cit.*, pág. 906.

(82) Vid., MANRESA, *op. cit.*, pág. 233, o GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pág. 907.

(83) Vid., VÁZQUEZ GUNDÍN, E., *op. cit.*, págs. 159 y 160.

(84) En contra, GARRIDO MELERO, quien considera: «*nos parece razonable en los tiempos actuales el mantenimiento (el "congelamiento", si se quiere) de las disposiciones sucesorias formalizadas por una persona antes de su incapacidad, de forma que en ningún caso puedan ser alteradas por hipotéticas libertades de disposición "por otro"*» (vid., GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pág. 904).

tendría en este punto un muy limitado alcance funcional, a nuestro modo de ver insuficiente para alcanzar la finalidad —esencialmente tuitiva y protectora— que a la sustitución ejemplar debemos exigir (85).

Por otra parte, ¿*quid* del supuesto en que el incapacitado dejase de estarlo y se hubiere otorgado previamente testamento sustitutorio? Sabemos que el testamento sustitutorio quedará sin efecto, por así establecerlo el artículo 776 del Código Civil, en caso de «*testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón*», pero no se resuelve por el Código Civil qué ocurre si se recobra la capacidad y no se otorga testamento. En ese caso, parecería razonable considerar que la sustitución habría perdido su razón de ser y devendría ineficaz el testamento sustitutorio, aunque el Código parece exigir, para ello, que se otorgue testamento por parte del sustituido (el art. 776.II del CC determina que la sustitución ejemplar quedará sin efecto *por el testamento* del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón). La mayor parte de la doctrina (86), apegada a la literalidad del artículo 776.II del Código Civil y aun cuando no ocurriera así en nuestro Derecho histórico (87), participa de la opinión de que la sustitución debe extinguirse no sólo cuando el sustituido recobra la razón, sino cuando, además, otorga testamento (88). En cuanto a

(85) Evidentemente de esta limitación no adolece la llamada «tesis amplia», en la medida en que se conciba la sustitución ejemplar a modo de *testamento por representación*, pues el sustituyente podrá disponer de la totalidad de los bienes del sustituido —obviamente con respeto de las legítimas de los herederos forzosos del sustituido—.

(86) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 113 y n. 141: doctrina allí citada. En contra, señaladamente, CASTÁN —con cita de SÁNCHEZ ROMÁN y DE BUEN—, para quien resulta anómalo que no baste para dejar sin efecto la sustitución el simple hecho de recobrar la razón el incapacitado, pues si el fundamento de aquella es la incapacidad, desaparecida la causa, debe cesar el efecto, y éste es el criterio que se adopta en la sustitución pupilar, que se extingue por el mero hecho de cumplir el descendiente los catorce años (vid., CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho...*, cit., págs. 244 y 245, y *Consulta...*, cit., pág. 231).

(87) También ocurre así en un ordenamiento tan eminentemente romanista como el catalán (art. 178 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña).

(88) En esta línea, aunque reconociendo el argumento de autoridad de los antiguos autores, para quienes deviene ineficaz el testamento sustitutorio si el incapaz recobra la razón, sobre la base de la interpretación literal del artículo 776.II del Código Civil, VÁZQUEZ GUNDÍN, para quien según dicha norma el incapaz puede otorgar testamento en un intervalo lúcido o *después de recobrada la razón* —nótese que el Código Civil no dice *al recobrar la razón*, como se dice en el Código portugués—, de donde se desprendería que el Código Civil requiere que el antes incapaz otorgue testamento por sí mismo para la caducidad del sustitutorio anterior, sin ser suficiente que haya recobrado la capacidad (*op. cit.*, pág. 159). LACRUZ, por su parte, se inclina por la necesidad de testamento para extinguir el sustitutorio, habida cuenta «*la conveniencia de conservar la disposición del dueño originario de los bienes mientras no la revoque expresamente el favorecido*» —advuértase cómo presupone el ámbito objetivo de esta sustitución de acuerdo con la llamada «tesis restrictiva»— (*op. cit.*, pág. 295).

qué ocurre si, en lugar de un simple *recobrar la razón* se produce la reintegración de la capacidad, así declarada judicialmente, nuevamente nos encontramos ante un problema carente de solución *de lege data* y, aunque pudiera pensarse que el Código, cuando se refiere en el artículo 776.II a *recobrar la razón*, no sólo está pensando en los supuestos en que ésta se *recobra* de facto, sino también en cuando se reintegra la capacidad, no faltan autores que sostienen que, en este caso, la extinción del testamento sustitutorio se produce *ipso iure* con la reintegración de la capacidad, pues éste no es un supuesto contemplado por el artículo 776.II del Código Civil (se refiere al *testamento del incapacitado*, no siéndolo quien recuperó la capacidad) (89).

Por lo que se refiere a los efectos de la sustitución ejemplar, una vez fallecido el sustituyente en vida del sustituido este último deviene heredero de aquél, siendo perfecta —aunque todavía no eficaz— la disposición del sustituyente a favor del sustituto (como si la hubiera hecho el propio sustituido en su testamento). Este efecto se producirá en todo caso si seguimos la «tesis restrictiva». Ahora bien, para los partidarios de la «tesis amplia» este efecto únicamente se producirá si el sustituyente instituyó heredero del sustituido, pero también será posible, como ya hemos explicado, que el sustituyente se haya limitado a nombrar heredero al sustituido, sin instituirle a este mismo, en cuyo caso no habría transmisión del sustituyente al sustituido.

(89) Así lo expone ALBALADEJO, aunque sin decantarse por esta opinión, pues considera que, con toda probabilidad, no se puede asegurar que en la mente del legislador al referirse a que «*la sustitución (...) quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón*» haya estado la idea de referirse sólo a que la sustitución queda sin efecto por el otorgamiento de testamento en intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón, pero siguiendo vigente la incapacidad, sino que posiblemente, o quizá no se planteó el tema de dar distinto trato a ambos supuestos o, quizá, quiso referirse a ambos (vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 114). Jerónimo LÓPEZ, sin embargo, sí defiende abiertamente la extinción del testamento sustitutorio una vez reintegrada la capacidad; conclusión a la que llega examinando el artículo 776.II del Código Civil, pues: 1.º Dicha norma no intenta establecer todos los casos de extinción de la sustitución ejemplar; su finalidad es simplemente resolver el problema que plantea el hecho de que —a diferencia de lo que ocurre con la sustitución pupilar— el sustituido puede testar en determinadas circunstancias, a pesar de que continúe incapacitado. 2.º La norma se limitaría a señalar los diversos momentos en que el incapacitado puede hacer testamento, indicando las consecuencias que se producen si testa. 3.º Dados los términos en que el concepto de *intervalo lúcido* está caracterizado legalmente, la finalidad del artículo 776.II del Código Civil vendría a ser la de resolver la situación que se plantea si el incapaz en *intervalo lúcido* otorga testamento, pero no tanto atender a qué ocurre si se reintegra la capacidad y si, en tal caso, *ipso iure* se extingue el testamento sustitutorio, y, 4.º Realmente el Código Civil, al disponer que el otorgamiento de testamento en *intervalo lúcido* o después de haber recobrado la razón extingue el sustitutorio, lo que hace es asegurarse que se respetan los requisitos que el ordenamiento exige para la eficacia de los actos realizados en *intervalos lúcidos* [cfr. art. 665 del CC], así como evitar, en la medida de lo posible, situaciones de fraude, exigiendo para ello que en el caso de *intervalo lúcido* efectivamente llegue a otorgarse

Por último, en cuanto a los aspectos meramente formales, los partidarios de la «tesis amplia» vienen sosteniendo que es posible tanto un solo testamento, donde el sustituyente, además de ordenar su propia sucesión, haga lo propio con la del sustituido, como un testamento por comisario aparte, referido al sustituido (90). En caso de que se otorgue un solo testamento (suponemos que será lo habitual y, para evitar eventuales problemas y conjeturas lo aconsejable), los partidarios de la «tesis amplia» entienden que habrá que remitir dos partes al Registro General de Actos de Última Voluntad, uno correspondiente al ascendiente sustituyente y otro correspondiente al incapaz (91).

V. CONCLUSIÓN

En el actual contexto jurídico, que no es sino trasunto del contexto social que vivimos, la sustitución ejemplar ha de ser entendida a la vista de la única función que le consideramos propia: ser instrumento de los padres para ordenar la sucesión del hijo incapaz, privado de la facultad de testar por razón de su incapacidad, del modo que mejor convenga al interés de éste. La sustitución ejemplar, pues, debe tener una función de contenido material que exceda de la mera prevención del abintestato.

Sin embargo, la sustitución ejemplar viene regulada de un modo excesivamente parco, insuficiente e, incluso, crítico en algún aspecto en el artículo 776 del Código Civil. Entendemos que para atender a la función que le es propia y que acabamos de señalar precisa de revisión. La discusión *tradicional* en la doctrina acerca de su alcance objetivo (tesis amplia y restrictiva) es cuestión de notable trascendencia práctica, pues en función de la tesis que sigamos la institución tendrá un ámbito objetivo más amplio o más restringido: desde disponer de toda la herencia del sustituido, como permite la «tesis amplia», a tener que limitarse a ordenar la sucesión del sustituido

testamento y, en el caso de haberse *recobrado la razón*, que se haya instado la cesación de la incapacidad (vid., LÓPEZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, págs. 6 y 7, n. 8).

(90) Vid., ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 57. No obstante, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, aun partiendo de la «tesis amplia» considera que formalmente debe existir un solo testamento, aun cuando en sentido material la sustitución implique dos testamentos: «*si bien las sustituciones pupilar y ejemplar implican dos testamentos en sentido material, el del sustituyente ascendiente y el del descendiente sustituido en cuanto a los bienes propios de éste, en el aspecto puramente formal o instrumental ambas disposiciones deben constar en el testamento que otorgue el ascendiente para ordenar su propia sucesión*» (vid., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, págs. 484 y 485).

(91) Para DE LA CÁMARA, «*de seguir la tesis amplia, que es la que parece más fundada, el Notario autorizante del testamento tendría que mandar dos partes al Registro General de Actos de Última Voluntad, uno del testador sustituyente y otro del sustituido, ya que éste, según esta orientación, no moriría intestado, puesto que se trata de su testamento hecho por comisario legal*» (*op. cit.*, pág. 135).

únicamente respecto de aquello que el sustituyente le deje. La jurisprudencia no se ha decantado por una u otra (la única sentencia del Tribunal Supremo que aborda la cuestión como *ratio decidendi*, de 20 de marzo de 1967, no se ha visto confirmada por al menos otra posterior) y la DGRN no ha abordado la cuestión con la profundidad que la figura requiere. Pueden parecer más convincentes los argumentos de los partidarios de la «tesis amplia», incluso podemos advertir nuevos argumentos «de refuerzo», junto con los *tradicionales*, a la vista de la Ley 41/2003, pero consideramos que la cuestión habría de ser objeto de clarificación por parte del legislador —la Ley 41/2003 hubiera podido ser una ocasión propicia—. Nos hemos decantado por la «tesis amplia» por entender que es la que de un modo más pleno asegura el cumplimiento de la función que a la figura le es propia. Nuestra posición consolidada a la institución como instrumento del que los padres podrán valerse, pongamos por caso, para estimular que determinadas personas o entidades se hagan cargo del incapaz cuando aquéllos falten (instituyendo con la carga de cuidar al incapaz con especial intensidad y dedicación).

También debe ser objeto de revisión el círculo de sustituyentes, quizá excesivamente amplio en la regulación actual, pues cualquier ascendiente puede ordenar la sustitución ejemplar. Desde el momento que la sustitución ejemplar deja de ser un mero instrumento de prevención del abintestato y predicamos de ella una función materialmente orientada, como institución al servicio del incapaz, entendemos que el círculo de personas que puedan hacer uso de la misma debe restringirse a quienes asuman la responsabilidad sobre el incapaz, esto es, sus padres (quienes ejercerán, en su caso prorrogada o rehabilitada, la patria potestad) o tutor. Mantener un círculo de sustituyentes donde cualquier ascendiente pueda sustituir no es precisamente el mejor modo de asegurar la función que a esta institución le debemos atribuir, e incluso podría resultar contraproducente. Esta redefinición del círculo de sustituyentes haría desaparecer el problema derivado de la eventual concurrencia de testamentos sustitutorios, actualmente irresuelto por el Código (con independencia de que únicamente se suscite si seguimos la llamada «tesis amplia» respecto del objeto de la sustitución ejemplar).

Otras cuestiones deberían merecer la atención del legislador, pues aunque encuentren una solución más o menos consolidada en la doctrina y la jurisprudencia su indudable trascendencia práctica aconsejan la mayor dosis de seguridad jurídica posible. Así, convendría aclarar si es necesario que la incapacidad esté declarada en el momento de otorgarse el testamento sustitutorio o basta con que lo esté en el momento de fallecer el sustituyente otorgante. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se han inclinado por entender que no es necesario que la declaración preceda al testamento, aunque esta posición puede ser reconsiderada por el legislador, pues de reducirse el círculo de sustituyentes en el sentido que hemos propuesto, pudiera con-

venir que con carácter previo al otorgamiento del testamento sustitutorio esté declarada la prórroga de la patria potestad o designado un tutor. Esta necesidad de la previa declaración de incapacidad también podría servir de estímulo para la incapacitación de quienes se encuentren en supuestos que lo aconsejen, en la medida en que actualmente la incapacitación no puede ser vista como un agravio, sino como un modo de proteger a quien lo necesita. Convendría, también, ofrecer respuesta legal a situaciones posibles, como si puede otorgarse testamento sustitutorio cuando el incapaz otorgó previamente testamento (atendiendo a la función que atribuimos a la institución, hemos entendido que sería posible tal testamento sustitutorio), o qué ocurre con el testamento sustitutorio si el incapacitado «recobra la razón» —en expresión del art. 776.II del CC— o se rehabilita su capacidad.

RESUMEN

SUCESIÓN TESTADA. SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

El Código Civil regula en su artículo 776 la conocida como sustitución ejemplar, por medio de la cual el ascendiente —sustituyente— puede nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años —sustituido— que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. Se trata de una figura de origen romano surgida a imitación o ejemplo de la llamada sustitución pupilar.

Tras lo escueto de la regulación de esta figura, varios problemas quedan irresueltos. El primero y de mayor calado dogmático es determinar el ámbito objetivo de la sustitución ejemplar, es decir, qué bienes puede comprender. Desde que el Código Civil entrara en vigor, dos posturas han sido mantenidas en nuestra doctrina: La primera se denomina «tesis amplia», y considera que el llamamiento del sustituto abarca todo el patrimonio del descendiente sustituido (la sustitución ejemplar viene a entenderse como un testamento otorgado por el sustituyente en representación del sustituido). Para la segunda, el llamamiento

ABSTRACT

TESTATE SUCCESSION. EXEMPLARY SUBSTITUTION

Article 776 of the Civil Code regulates what is known as sustitución ejemplar, or exemplary substitution, whereby a person (the substitutor) can name a substitute for his or her descendant (the substitute) who is fourteen years of age or older and lawfully declared mentally incompetent. This is a concept of Roman origin that arose as an imitation or example of what is known as pupillary substitution.

The regulation of this concept being so laconic, several problems are left unaddressed. The first, and that of greatest dogmatic significance, is the objective sphere of exemplary substitution, i.e., what assets it can encompass. Since the Civil Code went into force two postures have been maintained in Spanish legal doctrine. The first is termed «the broad thesis», and it considers that the substitute's appointment spans the entire estate of the substituted descendant (Here exemplary substitution is regarded as a will made by the substitutor on behalf of the substitute). In the second, the substitute's appointment covers

del sustituto abarca sólo la porción en la que el sustituyente instituye al descendiente sustituido; por ello, se conoce como «tesis restrictiva». Ambas teorías cuentan con argumentos que las avalan, sin que la jurisprudencia se haya decantado por una u otra (sólo una sentencia del TS se inclina por una de ellas —la restrictiva— en una única sentencia). En este artículo se sostiene la conveniencia y oportunidad de la «tesis amplia», pues es la que mejor permite que la institución cumpla con la función que a la sustitución ejemplar, tal como debe ser modernamente entendida, se le atribuye: asegurar a los padres un instrumento para ordenar la sucesión de su hijo incapaz, privado de la facultad de testar por razón de su incapacidad, del modo que mejor convenga al interés de éste. A la sustitución ejemplar, pues, se le atribuye una función materialmente orientada que excede de la mera prevención del abintestato. A juicio del autor, la «tesis amplia», en la forma en que delimita el ámbito objetivo de la sustitución consolida a esta figura como un instrumento del que los padres podrían valerse, por ejemplo, para estimular que determinadas personas o entidades se hagan cargo del incapaz cuando aquéllos falten (instituyendo con la carga de cuidar al incapaz con especial intensidad y dedicación).

Más allá de la discusión académica sobre qué tesis han de prevalecer, el legislador podría clarificar la cuestión, dada su indudable trascendencia práctica, como también podría revisar el círculo de sustituyentes, quizá excesivamente amplio en la regulación actual donde cualquier ascendiente puede ordenar la sustitución ejemplar. Desde el momento que esta figura se entiende como institución al servicio del incapaz el círculo de personas que podrían hacer uso de la misma debería restringirse a quienes de ordinario asuman la

only the portion of the substitutor's estate to which the substituted descendant is heir; it is therefore known as the «restrictive thesis». Both theories have arguments backing them up. Case-law has not chosen one or the other (Only one Supreme Court sentence inclines toward one of them, the restrictive thesis, and it is only one sentence). This article sustains that the «broad thesis» is the more suitable and advisable, for it is the thesis that better allows exemplary substitution to fulfil the function attributed to it in the modern world: to ensure for parents an instrument for organising the succession of their incompetent child, who cannot make a will of his own due to his incompetence, and to do so in the fashion that best looks after the child's interest. Exemplary substitution, then, is attributed a materially oriented function that is more than merely preventing an intestate situation. In the author's opinion, by delimiting the objective sphere of substitution as it does, the «broad thesis» consolidates substitution as an instrument that parents can use, for example, to stimulate certain persons or entities to take care of their incompetent child after they have died (with the especially intense, dedicated assignment of caring for the incompetent child).

Notwithstanding the academic discussion on which thesis ought to prevail, legislators could clarify the question, given its indubitable practical importance. They might also revise the circle of substitutors, which is perhaps excessively wide as currently regulated, where any ascendant relative can order exemplary substitution. As soon as exemplary substitution is regarded as an institution at the service of the incompetent, the circle of persons who can make use of it ought to be restricted to those who ordinarily bear responsibility for the incompetent child, i.e., the child's parents or guardian. There are other shadowy points of

responsabilidad sobre el incapaz, esto es, sus padres o tutor. Otros puntos oscuros del régimen jurídico de esta institución también sería conveniente aclarar, explicándose en este artículo qué opciones interpretativas son posibles y cuáles resultan más oportunas atendida la funcionalidad que a la sustitución ejemplar se atribuye.

the legal rules governing this institution that it would also be advisable to clarify. This article explains what interpretative options are possible and which prove most appropriate, depending on the function that exemplary substitution is given.

(Trabajo recibido el 23-03-07 y aceptado para su publicación el 4-12-07)