

LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASIPUPILAR O EJEMPLAR: EL PATRIMONIO DEL MENOR DE 14 AÑOS E INCAPACITADOS

(Directly replaces of a minors and “exemplary” of a disability person: The patrimony of a persons with disability or minors 14 years old)

M^a Fernanda Moretón Sanz

Profesora Contratada Doctora Titular (Acreditada a TU)
Departamento de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Resumen

En este estudio se abordará el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de alguno de los aspectos más controvertidos de las sustituciones pupilar y cuasi pupilar o ejemplar. Sabido es que el contenido patrimonial de las determinaciones hereditarias tiene distinto alcance en función de la categoría institucional utilizada por el testador. En particular, en las sustituciones hereditarias o de herencia, el objeto dependerá de la modalidad elegida por el causante a la hora de disponer sus bienes. Específicamente, y pese a cierta resistencia doctrinal y jurisprudencial, en la pupilar y ejemplar, el sustituyente (progenitor o titular de la representación legal) dispone de la totalidad de los bienes del sustituido (menor de catorce años o incapacitado), de modo que en principio, ambas sustituciones afectan a la totalidad del caudal relicto de los sustituidos. En suma, la finalidad perseguida en la sustitución pupilar y ejemplar es evitar la apertura de la sucesión abintestato de los menores de catorce años o de las personas incapacitadas judicialmente y afecta a los bienes relictos del patrimonio del que fuesen titulares.

Palabras clave: Sustitución pupilar, sustitución cuasipupilar o ejemplar

Abstract

This research study the law, the jurisprudence and the law literary of aspects of replaces of a minors and “exemplary” of a disability persons. It is fact that used by the testator, have different impact about the patrimony of de minors and persons whit disability. In the substitution or replaces, the object will depend on the means the testatpr deciding on the disposal heritage. Specifically, despite certain resistance from legal thought and case-law, in the substitution of a minor and in exemplary replace, the substitute (parent or legal representative) may dispose of all the of the person substituted (child under 14 years of age or legal incapacitated person). Therefore, both types of substitution affect to the persons substituted and the patrimony of them

Keywords: Directly replaces of a minors, “exemplary” of a disability person

1. APUNTES PANORÁMICOS SOBRE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR O CUASIPUPILAR O EJEMPLAR

La institución de las sustituciones en el Derecho común —prevista en el Código civil en el Libro III, Capítulo II *De la herencia*, Sección tercera *De la sustitución*, artículos 774 a 789— recoge una pluralidad de supuestos en los que, originariamente, se pretendía evitar que a falta de heredero, el testamento se declarase ineficaz (Gómez de la Serna y Montalbán, 1865: 33). Y por lo que interesa a estas líneas, conviene tener en cuenta que, bajo idéntica nomenclatura se incluyen figuras con funcionamiento y finalidad diferentes.

De lo dicho se sigue que a los efectos pretendidos en el trabajo, resulte imprescindible diferenciar la noción específica de sustitución testamentaria aplicada a la pupilar y ejemplar, de la vulgar, prevenida ésta última en el artículo 774 en los siguientes términos “puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.- La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende las tres expresadas en párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario”¹.

Para aclarar dichas diferencias entre una y otra, compendia con claridad Albadalejo (1991) que “sustitución (en el sentido de vulgar) significa que el testador instituye un heredero subordinadamente a otro. Sustitución (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. La denominación de sustituciones para unas instituciones de heredero en estas condiciones del segundo supuesto, se debe al caso, pensado como usual, de que el sustituyente —a la vez de nombrar un heredero para el sustituido— instituya a este heredero suyo”.

De modo que la sustitución vulgar presenta la característica subjetiva de poder ser dispuesta por cualquier persona en su testamento y “a cualquiera persona a quien quisiera hacerla” (Esriche, 1838: 630), frente a la pupilar y ejemplar o cuasi pupilar, en que el *sustituyente* será el ascendiente del menor de catorce años o del incapacitado, el *sustituido*, el menor de catorce años o el incapacitado y, por último, el *sustituto* será el heredero que haya sido designado por el sustituyente dada la imposibilidad de hacerlo por sí del menor de catorce o del incapacitado (Vid., Lasarte 2010: 113 y ss. y Roca, 1995: 473 y ss.).

El sustrato común al que atiende la sustitución pupilar y la ejemplar o cuasi pupilar, es la prohibición prevenida en el artículo 663 del Código civil, por cuanto veda la posibilidad de disponer por testamento al menor de catorce años —excepto el ológrafo para el que se requiere la mayoría de edad— así como al que, habitual o accidentalmente, no se hallare en su cabal juicio². En síntesis, las previsiones sobre la falta de capacidad para

¹ Sobre las sustituciones, en general, vid. Albadalejo (1956).

² Acerca de la adecuación del testamento evacuado en intervalo lúcido y la era constitucional, vid., Bercovitz (1993).

LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASIPUPILAR O EJEMPLAR: EL PATRIMONIO DEL MENOR DE 14 AÑOS E INCAPACITADOS

testar, así como el régimen jurídico dispuesto para las sustituciones pupilares, confieren de lógica interna al sistema testamentario³.

Por su parte y a falta de ulteriores precisiones, el contenido patrimonial de las determinaciones hereditarias tiene distinto alcance en función de la categoría institucional utilizada por el testador. Así, en las sustituciones hereditarias o de herencia, el objeto dependerá de la modalidad elegida por el causante a la hora de disponer sus bienes.

En las líneas siguientes se destacará que pese a la escasa presencial jurisdiccional en la materia, lo cierto es que tanto doctrinal como jurisprudencialmente, no reina un pacífico consenso en la totalidad de sus extremos. Uno de los puntos sobre los que ha habido disputa en la sustitución pupilar y ejemplar, es si el sustituyente dispone o no de la totalidad de los bienes del sustituido.

En principio, ambas sustituciones afectan a la totalidad del caudal relicto que cualquiera de los sustituidos pudiera dejar al fallecer. Como ya se ha apuntado, esta tesis es coherente con la finalidad de evitar la apertura de la sucesión abintestato de los menores de catorce años o de las personas incapacitadas, si bien, dada su controversia, nos detendremos específicamente en el objeto y contenido de la institución que se estudia en el presente trabajo.

En cuanto a la causa inspiradora de cada institución, mucho habría que analizar, ya que v.gr., en la fideicomisaria, la determinación testamentaria *si sine liberis decesserit* se refiere a la eventualidad de que el primer llamado o heredero fiduciario fallezca sin descendencia, en cuyo caso, será llamado sucesivamente otro que conservará los bienes vinculados. Si el fiduciario tuviese descendencia, el patrimonio vinculado del fiduciario pasará en su momento al fideicomisario quien, como heredero, podrá disponer libremente de los bienes conservados para él por su progenitor.

De lo dicho se sigue que la finalidad perseguida en esta sustitución ordenada bajo condición de tener descendencia, es que ciertos bienes pasen a los nietos del disponente y futuros herederos fideicomisarios (Vid. Moretón, 2010: 550- 568). Por su parte, la sustitución pupilar "instituida originariamente para libertar á los pupilos de las asechanzas de sus mas inmediatos parientes, que llamados á la tutela y á la herencia podian atentar á la vida del que al llegar á la pubertad tenia derecho de testar, mas bien que sustitucion es una institucion de heredero, ó si se quiere, es el testamento del hijo, habiendo la ley permitido al padre que la hiciera en su nombre" (Gómez y Montalbán, 1865: 35).

³ Dicha lógica interna es especialmente destacada por mi Maestro Lasarte (2010), pese a las inmediatas dudas que le suscita el reconocimiento de capacidad para testar a partir de los 14 años (p. 49).

2. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR O CUASIPUPILAR COMO VÍAS PARA EVITAR LA SUCESIÓN INTESTADA

2.1. El supuesto de hecho de la sustitución pupilar o cuasipopular o ejemplar de las sustituciones directas en cuanto que el sustituto percibe la herencia sin intervención de persona alguna

Si aislamos el supuesto de hecho contemplado por una sustitución y otra, la pupilar procede ante la eventualidad de que el menor de catorce años fallezca intestado, situación ante la cual sus ascendientes podrán nombrarle sustituto (Lasarte, 2010: 109); su ordenación jurídica básica está establecida en el artículo 775 que declara "los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad".

Pupilar porque procede del latín *pupillus*, diminutivo de *pupus* niño, referido al hijo o hija en edad pupilar; sustitución antiguamente autorizada en exclusiva al padre y, que como se ha visto en el artículo que se acaba de transcribir, la codificación amplió subjetivamente y de forma expresa tanto al padre como a la madre y a los "demás ascendientes". De acuerdo con Tapia (1828), "sustitución pupilar es aquella que hace directamente el testador a sus hijos legítimos impúberos, que están bajo su patria potestad y no han de recaer por su parte en la de otro. Nadie sino el padre puede hacer esta sustitución" (p. 428).

Ejemplar "porque se ha introducido a imitación y ejemplo de la pupilar" (Esriche, 1838), sustitución que "responde a razones naturalmente distintas pero muy parecidas, permitiendo a los ascendientes designar sustituto en nombre de aquellos descendientes que, aunque hayan superado la edad para testar, se encuentren incapacitados para hacerlo atendiendo a sus condiciones psíquicas" (Lasarte, 2010). En cuanto al precepto que recoge su ordenamiento jurídico básico es el 776 al disponer "el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental", sigue el segundo párrafo "la sustitución (...) quedará sin efecto por el testamento hecho en intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón"⁴.

⁴ "Pues bien [como señala la SAP de Palma de Mallorca, de 17 de marzo de 2013] también en materia de capacidad del testador (la llamada "testamentifacción activa" semanifiestan estas reglas fundamentales del Derecho sucesorio. La capacidad para testar es también tan amplia que sencillamente coincide con la capacidad natural: basta que el testador se halle en su "cabal juicio" (art. 663). Sólo se exige un minimum objetivo: no se menor de 14 años (art. 663, a salvo el ológrafo, que exige la mayoría de edad). Por tanto, y a diferencia de lo que es lo habitual para realizar negocios jurídicos, ni se exige la mayoría de edad ni se establecen limitaciones derivadas de la patria potestad o de la tutela o de simples restricciones a la libre disposición de los bienes. Incluso para los menores de 14 años se previene la figura de la sustitución pupilar (art. 775). Por tanto, sólo se excluye, en principio, a los que no se hallan en su cabal juicio -de "enajenados mentales" habla el art. 664-, pero aún en este caso, cuando la incapacidad ha sido judicialmente declarada, el Código Civil les permite hacer testamento por sí mismos en intervalo lúcido (art. 655) a pesar de que no tienen, técnicamente hablando, capacidad "civil", e incluso se les permite testar por medio de su ascendiente en la sustitución cuasi-pupilar (art. 776). Es pues evidente que el requisito de la capacidad juega de manera muy distinta en los testamentos que en los demás negocios jurídicos. Basta la mera capacidad o aptitud natural, sin más aditamentos. Por ello, tanto la

Por tanto, sustitución pupilar y ejemplar, son dos vertientes de una misma institución testamentaria. Son disposiciones dirigidas a evitar que el sustituido o persona imposibilitada para testar muera por imperativo legal sin testar y deba, por tanto, abrirse la sucesión *ab intestato*.

En cuanto a los dos supuestos de hecho, según son recogidos en la Sexta Partida, en el título *V de cómo pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en logar de los que y fueren puestos primeramente; a que dizen en latín, substitutos* en los siguiente términos: “Otra substitucion y a, a que llaman en latín pupillaris; que quier tanto dezir, como establecimiento que es fecho tan solamente al moço que es menor de catorze años, o a la moça que es menor de doze años. E otra manera y a de substitucion, que es llamada en latín exemplaris; que quier tanto dezir, como establecimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es fecho al huerfano. E puedenlo fazer los padres e los abuelos, a los que descenden dellos, quando son locos o desmemoriados, establesciendoles otros por herederos, si murieren en la locura” (López, 1844: 65).

2.2. El momento cronológico de la declaración de incapacidad en la sustitución ejemplar y la denominada por HERNÁNDEZ GIL tesis literal o rigorista

Corresponde ahora plantear la renovación y sustitución de una línea jurisprudencial por otra distinta y es un caso paradigmático la materia que nos ocupa, por cuanto las escasas ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha ocupado de ella, no han tenido una línea constante. Así, la determinación de incapacidad y el momento exacto de su declaración, no han sido cuestiones pacíficas hasta bien entrado el Siglo XX.

Por otra parte y no habiendo sido discutido el extremo sobre origen o causa de la incapacidad, pese a que la institución se refería a lo que hoy podría subsumirse en el grupo de las enfermedades mentales y no de la discapacidad intelectual⁵, física o sensorial, los sucesivos epígrafes obviarán este supuesto y se centrarán en las controversias suscitadas en torno a la declaración judicial de incapacidad del sustituido y la cronología de su determinación.

doctrina como la jurisprudencia han formulado la doctrina de la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador, independientemente de la “forma” de expresión de su voluntad; es decir, hay que presumir que todo testador tiene, en principio, capacidad (aptitud natural), a menos que se pruebe, en el juicio declarativo correspondiente, lo contrario: prueba que ha de ser completa y evidente”

⁵ Con todo recuérdese que las previsiones del propio Código en materia de testamento de persona con discapacidad visual y el del sordo (arts. 695, 706, 709), así como el artículo 760.1 de la LEC 2000 impone lo siguiente: “la sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”.

Con todo y a la vista de lo impecable de sus argumentos, se ha de coincidir con Albadalejo (1991: 1.906 y 1.907) en la teórica imposibilidad de la sentencia de incapacitación de privar al enajenado de capacidad de testar en un momento de lucidez, si bien ofrece ciertas resistencias la superación práctica del juicio de capacidad que habrá de soportar el incapacitado a la hora de otorgar testamento dadas las obligaciones del fedatario público (Gómez Garzás, 2007).

En su andadura codificada, la intelección del artículo 776 no ofrecía dudas sobre la insuficiencia de la declaración acerca del estado mental del descendiente, sustitutiva de la que figura en su tenor literal. Recuérdese que dice este precepto, en su primer párrafo, “el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental”; para seguir en el segundo: “La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”.

Sobre el particular, declaraba Hernández Gil que la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1928 encontraba varios elementos de fundamentación, siendo básico el de la interpretación hermenéutica del “haya sido” del artículo 776.1 del Código civil recién transcrito. A este argumento se añadían otros más lábiles acerca de sus antecedentes históricos y analógicos, poniéndose en evidencia el rigor formalista que presidía las resoluciones del Tribunal Supremo. A mayor abundamiento, ha de traerse a colación que en el sustituido, en el caso de autos, la causa de incapacitación concurría ya desde el momento de su nacimiento y su expediente de incapacitación había sido iniciado, doce días después de la redacción del testamento, por el tutor testamentario.

La consolidación de esta doctrina jurisprudencial correría a cargo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1929, por cuanto exigía que “cuando se ordena la sustitución, el sustituido ha de haber cumplido los catorce años, de igual manera que tiene que haber sido declarado incapaz” (Hernández Gil, 1989: 896).

Poco después otra resolución tendría la oportunidad de refrendar los planteamientos anteriores: se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1932, que ventilaba una sustitución ejemplar dispuesta por la madre, quedando circunscrita en autos la cuestión a si se ajustó a derecho o no la declaración que la madre hizo sobre el estado de salud de su descendiente.

Son sus términos exactos: “la única cuestión a resolver en el presente recurso, dado el texto del artículo 776 del Código Civil que se invoca en el testamento otorgado por doña Amalia en 27 de julio de 1900, para establecer por su cláusula decimocuarta una sustitución ejemplar, es la de si, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en Sentencias de 21 de abril de 1928 y 10 de diciembre de 1929, fue o no declarada conforme a Derecho y con anterioridad a dicha disposición *mortis causa* la incapacidad por enajenación mental del sustituido don Luis, hijo de la testadora y de don José, que premurió a aquélla”.

LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASIPUPILAR O EJEMPLAR: EL PATRIMONIO DEL MENOR DE 14 AÑOS E INCAPACITADOS

En síntesis ni basta que el progenitor haga una declaración sobre el estado de su descendiente, ni su caso de que dicha declaración exista es suficiente, toda vez que es requisito esencial la concurrencia de una determinación formal de incapacidad.

Dice así la resolución: “es indudable que ordenada por la testadora la sustitución ejemplar rigiendo el Código Civil, para su eficacia jurídica se precisaba haberse hecho con anterioridad al testamento la declaración conforme a Derecho de la incapacidad por enajenación mental del sustituido, ya que así lo ordena el artículo citado y lo corrobora la jurisprudencia invocada , y es lo cierto que esa declaración no tuvo lugar hasta el 2 de enero de 1906, o sea cerca de seis años después de la disposición *mortis causa*, revelando los propios términos de la resolución judicial ser la primera vez que se dictaba, ya que en ella no se hace referencia a ninguna otra, no pudiendo menos de ser así porque esa declaración impuesta por el Código, para garantizar la existencia de la incapacidad no dejándola a la apreciación de los ascendientes, no estaba prevenida en la legislación anterior, aun cuando ya entonces se exigía para el nombramiento del curador ejemplar encargado de la administración de los bienes y dirección de las personas incapacitadas que el Juez del domicilio de éstas proveyese previa justificación cumplida, deduciéndose de todo lo expuesto que la Sala sentenciadora no infringió el mencionado artículo 776, en los diferentes casos que contiene el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y antes por el contrario lo aplicó rectamente al declarar nula y sin efecto legal la sustitución ejemplar establecida por no haberse obtenido conforme a dicho precepto, en vigor al otorgarse el testamento, la declaración previa en el mismo establecida”.

En definitiva, la esencia de la tesis rigorista sostenía que la incapacitación del sustituido habría de haber sido pronunciada antes del otorgamiento de la disposición testamentaria, o en su defecto, la sustitución ejemplar resultaría ineficaz.

Con todo, conviene contemporizar el sentido de estos pronunciamientos judiciales con el debate jurídico sobre la situación jurídica de los “alienados”. Así vid., el texto de la Real Orden de 23 de julio de 1925, que abordaba el problema del diagnóstico y su asistencia y advertía, asimismo, que la legislación del momento no sólo estaba anticuada sino en desacuerdo con las tendencias científicas de la época. Describía un panorama desolador en donde los afectados estaban privados de todos sus derechos: “en la tristeza de sus patios pasan los días en plena inactividad... Cárceles y presidios alojan locos presos y presos locos, que de ambas modalidades existen ejemplos...”. En este sentido, el Real Decreto de 1925 perseguía que la Comisión para la renovación y control de los ingresos psiquiátricos formulase las reformas necesarias para la asistencia y la enseñanza de la Psiquiatría (Moretón, 2011: 79).

2.3 La rectificación de la tesis rigorista: La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1956 sobre el requisito de la declaración de incapacitación y su momento temporal: procede antes o después del testamento pero siempre en el momento de la eficacia de la sustitución

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1941 inició la rectificación del anterior rumbo jurisprudencial y, tal y como afirma la doctrina, dicha línea fue consolidada por la de 12 de junio de 1956⁶. De sus Considerandos donde se transcribe la redacción literal de las disposiciones testamentarias, puede desprenderse la preocupación del progenitor por el destino que tras su fallecimiento pudiese tener su hijo enfermo mental. De esta inquietud se ordena la obligación de atender a este último, por parte tanto de su otro hijo como a los descendientes de éste, caso de que el hijo enfermo sobreviviese al sano. Apréciase, como después se verá, que en el supuesto de hecho de fondo del asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011, el testador también impone a herederos sustitutos la condición o, más exactamente un modo, relativa a la asistencia y auxilio del sustituido.

El caso de autos se remonta al testamento partición otorgado el 10 de marzo de 1921 “en el que después de adjudicar a su otro hijo don Benigno T. H. los bienes que estimó oportuno, le impone la ‘obligación de tener en su compañía a su hermano Jesús, cuidándolo en la forma en que su padre lo viene haciendo, sin que por ningún concepto se pueda mandar al manicomio, ni sacarlo de la casa matriz mientras viva, y esté en el estado de enajenación mental en que actualmente se encuentra. Si don Benigno T. no cumpliera lo indicado, quedará sin efecto la adjudicación en su favor de las fincas que describe, quedando solamente con derecho a su legítima estricta’; y después de hacer la adjudicación de bienes a su hijo Jesús, dispone el testador que, ‘si su otro hijo Benigno cumple la obligación ya indicada, de cuidar, asistir y tener en su compañía a su hermano Jesús le sustituirá a éste en su herencia, y si Jesús muere demente, sin haber tenido o aprovechado algún intervalo lúcido para disponer de sus bienes. Si Jesús sobrevive a su hermano Benigno sustituirá en la herencia de aquél los hijos de Benigno, siempre que cumplan las condiciones impuestas a su padre, o sea, la de tener a Jesús en su casa y compañía, cuidándolo o asistiéndolo sin mandarlo al manicomio. Si los hijos de Benigno no cumplieran esta obligación, podrá hacerlo la hermana de Jesús, doña Isolina T. H., la cual cumpliendo lo dicho respecto a Benigno y sus hijos, y en defecto de éstos, sustituirá a su hermano Jesús, en todo lo heredado por éste, si muere sin hacer testamento”.

Por tanto y en buena lógica, calificada la disposición testamentaria como sustitución ejemplar modal, toda vez que se impone en la disposición testamentaria gratuita la

⁶ Vid, Lacruz Berdejo (1988: 385 y ss.), Hernández Gil (1989). En contra de la rectificación de la tesis rigorista, se pronunciaría antes de la STS de 1956, Vázquez Gundín (1942: 145-169).

carga de “tener al demente en casa de aquel a quien se le confía su cuidado, de alimentarle y no llevarlo al manicomio”, corresponde la revisión del cumplimiento de los requisitos formales de la sustitución.

En este sentido, la declaración judicial de incapacidad no es uno de los presupuestos esenciales o, para ser más precisos, la fecha de dicha resolución judicial ha de ser previa al momento en que la sustitución despliegue sus efectos. Dice, al respecto que la “declaración de incapacidad del sustituido no constituye una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento siempre que proceda al momento de la efectividad de la sustitución, como enseña la doctrina de esta Sala en su Sentencia de 10 junio 1941, cuya doctrina hay que reiterar, porque como la misma expresa, ninguna razón jurídica o de conveniencia 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, y así en el presente caso, si no se declaró en ningún momento tal incapacidad del enajenado mental sustituido la sustitución podrá ser ineficaz por no haber producido efecto, pero en modo alguno nula como se postula, porque al instituir la no se vulneró ningún precepto”.

Adicionalmente la Sentencia advierte que cuando la Sala interpretó que la disposición de última voluntad y partición de bienes sólo podía afectar a los que por la misma se distribuían, se ajustó a derecho, toda vez que para acreditar que pretendía afectar a la totalidad de sus bienes, debería haber acreditado la parte recurrente haber sido otra la voluntad del testador. De modo que si constan unos bienes determinados en el testamento partición, única y exclusivamente a esos bienes y derechos afectará, y para que puedan imputarse involucrados otros distintos o la totalidad de los bienes, así habrá de acreditarse por la parte a quien interese dicha evidencia.

2.4 Otra disposición testamentaria cuasi tutelar discutida: la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1998

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1998, dictada siendo Ponente Morales Morales, concreta el siguiente supuesto práctico de sustitución ejemplar: “1º Con fecha 10 de Junio de 1950, ante el Notario de Santiago de Compostela, Don Manuel Pardo de Vera (número 597 de su protocolo), Doña Verónica, viuda de Don Jose Ignacio, de ochenta y tres años de edad, otorgó testamento abierto, en el que, además de instituir como herederos suyos a sus cuatro hijos Don Tomás, señorita Lorenza, Don Íñigo y Don Alfredo (lo que aquí no interesa en absoluto, pues no constituye objeto litigioso) hizo uso (en la cláusula séptima) de la sustitución llamada cuasi-pupilar o ejemplar (artículo 776 del Código Civil) con respecto a su incapacitada hija Lorenza. La referida cláusula séptima (cuya correcta interpretación, nos anticipamos a decir ya, constituye el tema nuclear y prácticamente único del proceso al que se refiere este recurso) expresa textualmente lo siguiente: ‘Séptima: en atención al estado de incapacidad mental ya declarado de su hija Lorenza y de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1997 y otras y con la doctrina, nombra, por

herederos de su dicha hija, en terceras partes iguales, a los tres hermanos de la misma Don Tomás, Don Íñigo y Don Alfredo; reconoce que antes de su incapacitación había regalado al Don Tomás el reloj de pared que está en el Salón de Billar de la casa domicilio del expresado Don Tomás y debe mantenerse en su posesión y propiedad; ordena que el (sic) mismo Don Tomás se comience adjudicándole la mitad, perteneciente ya concretamente a Lorenza, del Palacio de Fefiñanes con todo lo accesorio e inherente a dicha mitad en huerta, corral y demás dependiente, según le pertenece aquella por la citada escritura de 17 de Enero último; ordena también que este se valore prescindiendo de su valor artístico, histórico e incluso de afección, como ya se ha hecho al tasarlo y adjudicarlo en la citada escritura de 17 de Enero último, y si se entendiese que haciéndolo así, significaría una ventaja o diferencia favorable a dicho adjudicatario, se entenderá igualmente que tal diferencia tendrá carácter de legado a su favor; y ordena asimismo que al distribuir los muebles se haga ello de forma que los retratos a que se refiere la cláusula cuarta queden en el Palacio de Fefiñanes y perduren en él. Si alguno de los tres herederos hubiere fallecido antes que su hermana le representarán por estirpes sus respectivos descendientes legítimos, y, en su defecto se dará el derecho de acrecer. Y lo que dispone en la cláusula primera respecto a la sepultura y traslado del cadáver de la testadora, se entenderá dispuesto respecto del de su hija Lorenza'.- 2º. La testadora Doña Verónica falleció el día 4 de Marzo de 1957".

Sigue la Sentencia "por tanto, dicha cláusula testamentaria (...) ha de ser entendida, bien en el sentido de que la testadora no dispone de nada, en concepto de legado, en favor de su hijo D. Tomás (por la antes dicha imposibilidad de su cumplimiento), bien en el sentido de que lo que, en realidad, ha querido legarle en todo caso (pese a lo que parece desprenderse de la literalidad de la repetida cláusula) es el mayor valor artístico, histórico e incluso de afección de dicha mitad del Palacio, cuya última interpretación ya sí es aplicable a cualquiera de las hipótesis particionales que puedan presentarse en la práctica (existencia o no existencia de otros bienes hereditarios, además de la mitad del Palacio, que se supone siempre existente), por lo que forzosamente hemos de inclinarnos por entender que ésta fué la verdadera voluntad de la testadora (pese a la literalidad, repetimos, de la expresada cláusula testamentaria)." De modo que sí procede la casación por la interpretación ilógica y absurda realizada por el Tribunal de instancia, siendo competencia del Tribunal Supremo dictar lo que proceda en sustitución de dicha resolución, siendo lo declarado lo siguiente: "procede convocar a Junta a todos los herederos de D^a Lorenza (las estirpes de D. Tomás, D. Íñigo y D. Alfredo) para que, por mayoría, acuerden el nombramiento de un Administrador de la antes referida mitad del Palacio de Fefiñanes con todo lo accesorio e inherente a dicha mitad en huerta, corral y demás dependencias, cuya administración se mantendrá en tanto permanezca indivisa la herencia de la causante D^a Lorenza".

3. EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR O CUASIPUPILAR: SU ALCANCE AMPLIO COMPRENDE EL PATRIMONIO ENTERO DEL SUSTITUIDO

3.1 Tesis restrictiva: la sustitución pupilar se circunscribe exclusivamente a los bienes que ascendiente sustituyente deja al descendiente sustituido y las argumentaciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1967

El entendimiento restrictivo, compartido por Lacruz Berdejo, Castán y Sánchez Román, implica como advierte Lasarte (2010) que el sustituyente solo puede disponer en la sustitución pupilar o ejemplar, de los bienes que el sustituido haya podido heredar del ascendiente.

La disputa trae causa de la cristalización legal de la figura y de la disparidad de situaciones que se integran en ella. Así y como indica Servat (1951: 802 y ss.), el Cardenal Mantica en sus “Conjeturas”, escritas a mediados del Siglo XVI, señalaba a las sustituciones como terreno abonado a la elasticidad de estas denominadas conjeturas. En este sentido, no es difícil apreciar que buena parte de las dificultades interpretativas de las disposiciones testamentarias traen causa de los plurales perfiles de la realidad conflictiva que el testador, por cierto, pretende ordenar para después de su muerte.

La discutida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1967, no ratificada por otra posterior, fue dictada siendo Ponente Taboada Roca, en el asunto de fondo Don Juan M. H., don Florentino M. H. y doña Josefa B. H., representados por un Procurador, mediante escrito de fecha 7 febrero 1964, dirigido al Juzgado de 1ª Instancia de Olivenza, dedujeron demanda contra doña Julia R. V., sobre liquidación de bienes gananciales. El Juez de 1ª Instancia dictó Sentencia desestimando la demanda, sin hacer expresa imposición de costas. Apelada la Sentencia la Audiencia la confirmó, sin hacer especial imposición de costas de la apelación. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben. El Alto tribunal desestimó la casación interpuesta.

En el primero de sus Considerandos, la resolución dice “que aunque la cuestión objeto del pleito de que dimana este recurso parece reducirse a un simple problema de interpretación de cláusula testamentaria, para determinar si tal cláusula comprende sólo los bienes que fueron de la testadora o abarca también a los que el incapaz haya adquirido por otros medios, sin embargo ello no es así, puesto que, como cuestión previa exige que se precise si cuando el ascendiente instituye por heredero a un descendiente incapaz por enajenación mental y le designa sustituto para el supuesto en que llegue a fallecer sin haber recobrado la razón ni otorgado testamento válido, pasan a dicho sustituto no sólo los bienes que le dejó aquel ascendiente, sino también cuantos se hayan incorporado al patrimonio del incapaz por cualquier título legal; es decir, si por tratarse de la sustitución que el derecho histórico denominaba cuasi pupilar o ejemplar,

el testamento del causante del incapaz viene a sustituir el testamento de tal incapaz y lleva consigo el tránsito de todo el patrimonio de éste al sustituto, o, por el contrario, únicamente el de los bienes que le dejó el instituyente; si este problema, tan importante y sugestivo, se resuelve de acuerdo con esta segunda tesis, ya resulta superfluo el tratar de la cuestión de la interpretación de la cláusula testamentaria, porque, fuere cual fuere la letra de la misma e incluso la intención de la testadora, nunca podría tener mayor alcance que el de comprender solamente los bienes que fueron de la aludida testadora”.

Sigue el segundo Considerando: “el Derecho Romano, para evitar los inconvenientes que se derivan del fallecimiento abintestato, y fundándose en la incompatibilidad de las sucesiones testamentaria y legítima y en la unipersonalidad de la patria potestad y del *pater familias*, creó la figura jurídica de la sustitución, en sus varias formas, y si bien en cuanto a la llamada pupilar estaban conformes todos los textos en que por virtud de ella el *pater familias* otorgaba testamento por su hijo impúber y le nombraba heredero de todos los bienes de éste, que habían de pasar al sustituto si se producía el evento previsto, en cambio, con respecto a la llamada sustitución cuasi pupilar o ejemplar, no existía esa misma unanimidad de opiniones”.

En definitiva y “aunque nuestra legislación de Partidas recogió aquellas tradiciones jurídicas romanas lo cierto es que a partir de la publicación del Ordenamiento de Alcalá, que admitió la compatibilidad de las sucesiones testamentarias y abintestato, y de las Leyes de Toro, se establece un derecho, que pudiéramos llamar nacional, que culmina con la promulgación del vigente Código civil, en cuyo art. 670 se proclama el principio fundamental de que el testamento es un acto personalísimo y que su formación no podrá dejarse, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni tampoco la designación de las personas que hayan de suceder cuando varios sean instituidos nominalmente (...). Que contra esta norma general y absoluta del Derecho Civil común únicamente se pueden admitir las derogaciones que de manera expresa y terminante se establecen en el propio Código, a saber: a) la contenida en el art. 671, cuando haya que repartir cantidades dejadas en general a una clase determinada, y b) la consignada en el art. 831, que permite al cónyuge superviviente distribuir, a su prudente arbitrio, entre los hijos comunes, los bienes del difunto, si ello se pactó en las correspondientes capitulaciones matrimoniales; fuera de estos casos, en las regiones sometidas al Derecho Civil común no puede formarse testamento por otra persona (...). Que si, pues, con arreglo a nuestro Derecho sucesorio, no puede otorgarse testamento por otro sino en los casos taxativamente dispuestos por la Ley, se comprende que en el caso de la sustitución ejemplar el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones, si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima”.

3.2 La RDGRN de 6 de febrero de 2003: los efectos de una resolución administrativa sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Corresponde ahora ventilar el contenido de la Resolución de 6 de febrero de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Ángeles Cucarella López, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Carballo, don Hermes Rego Valcarce, a inscribir una escritura de partición y adjudicación de herencia. En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Ángeles Cucarella López, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Carballo, don Hermes Rego Valcarce, a inscribir una escritura de partición y adjudicación de herencia se confirma la negativa. Para ello dice sustentarse la DRGRN en los artículos 670, 775 y 776 del Código civil y las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1907, 10 de diciembre de 1929, 10 de junio de 1941, 20 de marzo de 1967, 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997. De modo que en este supuesto la Dirección confirma la negativa del Registrador y, con ello, entiende aplicable la tesis restrictiva por lo que la sustitución ejemplar atañe, exclusivamente, a los bienes que el ascendiente que ha ejercitado la sustitución ha dejado al sustituido.

En este sentido, los antecedentes de la Resolución recogen las apreciaciones del fedatario quien afirma “se considera que la interpretación acerca de la sustitución ejemplar más acorde a la ‘realidad social’ actual es la que limita el alcance de la sustitución ejemplar a los bienes que el demente sustituto hubiere recibido del sustituyente y ello en base a: 1) Perspectiva histórica; 2) Que admitir la tesis ‘amplia’ llevaría a que cualquier ascendiente puede privar al padre o a la madre de la parte de libre disposición del hijo; bastando para ello con que haga un testamento en el que se designe sustituto del demente a otra persona; 3) Que para que la sustitución ejemplar quede sin efecto es preciso, según el segundo párrafo del artículo 776 del Código Civil que el demente otorgue testamento (...)”.

A la vista de lo anterior la DGRN se adhiere a los argumentos del Registrador y dice: “1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si la sustitución ejemplar o cuasi-pupilar comprende todos los bienes del incapaz, como mantiene la recurrente, o sólo los dejados a éste por el sustituyente como sostiene el Registrador. 2. Como dice el Registrador en un concienzudo informe sobre la materia, desde una perspectiva histórica la sustitución ejemplar comprendía todos los bienes del incapaz, pues no era más que un atributo de la patria potestad dirigido a evitar —pues se consideraba, en cierto modo, una ignominia—, el fallecimiento intestado del sustituido. Por ello, Las Partidas, al recoger esta institución del Derecho Romano, 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. Sin embargo, en el Código Civil, como consecuencia de su distinta idea sobre la sucesión intestada, y los principios liberales de la época de su redacción, cambia el criterio sobre el concepto y ámbito de las sustituciones pupilar y ejemplar: Se resalta el carácter personalísimo del testamento,

prohibiendo el testamento por comisario (artículo 670), y se suprimen todas las disposiciones que el Derecho hasta entonces vigente establecía para el caso de pluralidad de sustituyentes, lo que revela la concepción de que dicha sustitución sólo tiene por objeto los bienes dejados al sustituido incapaz, ya que, en dicho caso, no cabe la concurrencia de diversas sustituciones, por abarcar cada una de ellas a distintas masas patrimoniales (...). 3. La tesis anteriormente expuesta es la más claramente seguida por la Jurisprudencia. Descartadas las sentencias de 6 de febrero de 1907 (por tratarse de un testamento anterior al Código civil), y las de 10 de diciembre de 1929, y 10 de junio de 1941, que se centran en el momento en que es necesario que se produzca la incapacidad, y la última de las cuales expresamente indica que no entra en el alcance de la sustitución ejemplar, la primera sentencia que abordó el problema fue la de 20 de marzo de 1967, que declaró palmariamente que estas sustituciones sólo abarcan los bienes dejados por el sustituyente al sustituido. Las sentencias posteriores no han desvirtuado esta doctrina jurisprudencial, pues, si bien en las de 20 de mayo de 1972, y 26 de mayo de 1997 se afirma que los artículos 775 y 776 son excepciones al artículo 670 (todos ellos del Código Civil), en la primera de ellas se trata claramente de un *obiter dictum*, y en la segunda, en el fondo, también lo es, pues el tema de fondo es la declaración de nulidad de la venta de los bienes del incapaz, realizada sin cumplir los requisitos legales”.

En buena lógica, si el propio Tribunal Supremo no está vinculado por su jurisprudencia que no es sino “fuente” complementaria del ordenamiento jurídico, nada cabe objetar a que la DGRN decida adscribirse a la entonces nueva dirección que el Alto tribunal había dejado anunciada en la Sentencia de 20 de marzo de 1967. En definitiva, no es tanto que se ajuste a una u otra línea jurisprudencial, sino que la argumentación del Registrador se basa en la interpretación sociológica de las normas aplicables al caso.

3.3 La ratificación de la tesis extensiva o amplia: el ámbito de la sustitución pupilar y cuasi pupilar se extiende al conjunto de los bienes hereditarios del menor o incapaz sustituido y la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011

Lo dicho hasta ahora se ve ratificado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011, dictada siendo Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto y se concluye que la tesis aplicable al contenido y alcance de la sustitución pupilar o ejemplar es la amplia en cuanto se extiende tanto a lo que el sustituido pudiera recibir del sustituyente, como del íntegro patrimonio del que fuese titular el menor de catorce años o el enajenado.

Dice la Sentencia que “en el desarrollo del motivo lo que se impugna es simplemente el contenido de la sustitución ejemplar, que había impuesto doña Berta en su testamento de 7 de junio de 1994 en estos términos literales: ‘De conformidad a lo dispuesto en el artículo 776 del Código civil sustituye ejemplarmente a su hijo Segismundo por sus primos don Clemente, don Agapito, doña Dulce y doña María Rosa sustituyéndolos

LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASIPUPILAR O EJEMPLAR: EL PATRIMONIO DEL MENOR DE 14 AÑOS E INCAPACITADOS

vulgarmente, en los casos prevenidos por el Código civil, por los descendientes que dejen y si alguno falleciese sin sucesión acrecerá su porción a los supervivientes”.

Con claridad la Sentencia despeja la cuestión controvertida, declarando que “la sustitución tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido — hijo menor o incapaz— y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907, que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997 que dice: ‘Esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél...’. La anterior sentencia plantea directamente la cuestión del contenido y se pronuncia a favor del amplio, que comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz. Lo que es reiterado por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 que plantea el problema en estos términos: ‘El núcleo central del mismo es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz’. Y lo resuelve en los mismos términos que la sentencia anterior, de 26 de mayo de 1997, a la que se remite y afirma que comprende todo el patrimonio del sustituido y, así, los sustitutos heredan a éste, no al sustituyente. La sentencia de 20 de mayo de 1972, dice explícitamente que la sustitución tanto pupilar como ejemplar, constituyen una excepción al artículo 670 del Código civil que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941. Así, los herederos sustitutos heredan todos los bienes del causante, incapaz, don Segismundo, porque son sus herederos, no son herederos de doña Berta (abstracción hecha de la sustitución fideicomisaria de residuo). Ésta otorgó testamento en lugar de su hijo don Segismundo, incapaz, exactamente como prevé y lo menciona en su testamento, el artículo 776 del Código civil. Reiterando esta concepción amplia del contenido de la sustitución ejemplar, debe ser rechazado este motivo del recurso de casación”.

4. LOS SUSTITUTOS DESIGNADOS POR EL SUSTITUYENTE HEREDAN AL SUSTITUIDO, NO AL SUSTITUYENTE: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 1907, 26 DE MAYO DE 1997 Y LA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ambas Sentencias se remiten a la de 6 de febrero de 1907 en la que se desestima el recurso de casación interpuesto toda vez que todos los motivos alegados partes del supuesto de la nulidad del testamento de un incapaz causante de la herencia, en el entendido de que fue la madre quien en el ejercicio de las facultades conferidas por el Código civil y en nombre de su hijo, otorgó testamento por él.

El Considerando primero de la resolución advierte que “dada la facultad otorgada por la ley al ascendiente para testar por y en nombre del descendiente, para el caso en que, siendo éste incapaz, muera en tal estado, es manifiesto que cuando existe, como en el caso del presente recurso, un testamento otorgado por la madre en sustitución de su hijo por causa de su incapacidad, no se puede estimar que éste haya muerto intestado para los efectos prevenidos en el artículo 960 de Ley de Enjuiciamiento civil, porque tal testamento produce los mismos efectos que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia, sin perjuicio de discutir en el juicio correspondiente su validez absoluta ó su extensión y eficacia, sin que mientras tanto y prejuzgando dicha cuestión sea lícito proceder como si no existiera”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1997, dictada siendo Ponente García Varela, sobre una sustitución ejemplar declara que quien nombra al heredero del incapaz es, precisamente, el sustituyente. Dice así: “en efecto, esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quién opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente y, en la coyuntura del debate, éste, don Luis Manuel, verifica la nominación en favor de su segunda esposa doña María Esther y, si hubiese fallecido, en el de los herederos legítimos de ésta; asimismo, no hay duda que el testador, al llamar a los herederos legítimos de su segunda esposa en la hipótesis reseñada, sabía sin duda quienes eran, pues estaba casado en segundas nupcias con la hija de su hermana doña Silvia, de manera que al llamar a la stirpe abintestato de su consorte, estaba designando a la suya propia, pues solo tenía como descendiente al hijo incapaz, por confundirse la de su hermana con los herederos abintestato de su referida consorte; en definitiva, don Plácido efectuó la sustitución sin dejación de las precisiones sucesorias a eventualidad alguna, cuando la posibilidad de que hubiera comisionado a doña María Esther para que ésta, nombrada heredera por él, a su vez designara a los del incapaz, constituiría, de un lado, delegación de la facultad de testar, y de otro, la consumación de un testamento por comisario, si se hubiera efectuado, que son actos prohibidos por el Código civil”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2008, dictada siendo Ponente Guillon Ballesteros declara que el sustituto designado en la disposición testamentaria ejemplar por el sustituyente, hereda al sustituido, coincidiendo con otras viejas resoluciones judiciales, por lo que es el sustituyente quien hace testamento por el sustituido.

Son sus términos: “se fundamenta en que el padre de la actora D. Carlos Alberto ordenó en su testamento notarial una sustitución ejemplar respecto a su hijo D. Salvador, que se hallaba incapacitado judicialmente. Le asignó en la cláusula quinta el derecho de habitación vitalicia sobre el piso n de la casa que atribuía a su hija Mari Luz, derecho de habitación compartido con su hija Regina, mientras permaneciesen solteros. En la misma cláusula atribuyó también a su hijo Salvador la finca denominada D, y el usufructo vitalicio de la mitad del negocio de fabricación de muebles, con el taller, mostradores, maquinarias, género y existencias. En la cláusula séptima dispuso: El testador teniendo en cuenta que su hijo Salvador es incapaz, por tanto, no podrá

disponer de sus fincas, le sustituye por sus hermanos Joaquín, Mari Luz, Estela y Diana, por partes iguales, o por los que le sobrevivan. D. Salvador falleció el 14 de noviembre de 1994, mucho después de que lo hiciera su padre D. Carlos Alberto, lo que quiere decir que le heredó, no siendo obstáculo para ello su incapacidad, pues la misma no supone más que una restricción a su capacidad de obrar, no a su capacidad jurídica, que deriva de sus atributos como persona (...). La sustitución ejemplar ordenada por D. Carlos Alberto significa que dispuso por testamento en lugar del sustituido, por lo que los sustitutos heredaron de éste, no del citado D. Carlos Alberto, y por eso la actora fue preterida intencionalmente, pues si bien la nombró heredera universal, en la partición testamentaria que hizo en el mismo testamento no le atribuyó ningún bien, y a los otros hermanos sí, nombrados también herederos universales (...). El núcleo central del mismo es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz (...) la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 26 de mayo de 1997, que dice (fundamento jurídico segundo): ‘... esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente’”.

5. CONCLUSIONES

No cabe duda de que la materia de las sustituciones está llena de controversia y de disputas doctrinales y jurisprudenciales. En particular, las poco frecuentes ocasiones con la que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, no ha dictado una única línea jurisprudencial, antes bien, se ha caracterizado por plurales tesis y distintas interpretaciones sobre su intelección.

En estas líneas destinadas al análisis esencial de la sustitución pupilar y la ejemplar o cuasipupilar, se ha evidenciado que son dos vertientes de una misma institución testamentaria, por lo que bien cabe definirla como figura testamentaria compleja. Ambas son disposiciones dirigidas a evitar que el sustituido o persona imposibilitada para testar muera por imperativo legal sin testar y deba, por tanto, abrirse la sucesión *ab intestato*; pupilar una porque procede del latín *pupillus*, autorizada tanto al padre como a la madre y a los “demás ascendientes”; ejemplar, la otra, en tanto en cuanto se ha introducido a imagen y semejanza de la pupilar, con la finalidad de que los ascendientes puedan designar sustituto a los descendientes que, aunque hayan superado la edad para testar, su estado mental le impida hacerlo.

De nuevo y como principio inspirador del Derecho sucesorio, habrá de perseguirse la materialización de la voluntad del testador, si bien en estos dos singulares supuestos también habrá de atenderse a lo que pudiese ser la protección de la persona desfavorecida que bajo la nomenclatura de sustituido, incluye a menores de catorce años o a mayores de catorce incapacitados judicialmente. Y si se han de ser protegidos

los intereses de estos últimos, no es tanto por la disposición de sus bienes en actos de última voluntad suscritos por sus ascendientes-sustituyentes —que también—, sino por el respeto de sus derechos y obligaciones por todos los operadores jurídicos involucrados en el Derecho sucesorio.

Por otra parte, ha sido destacada la controversia doctrinal y jurisprudencial en torno a al alcance de la sustitución pupilar y ejemplar, en tanto en cuanto, la RDGRN de 6 de febrero de 2003, se adscribe a las tesis restrictivas y entiende que estas disposiciones testamentarias se limitan a los bienes que los sustituyentes hayan transmitido al sustituido. En buena lógica, si el propio Tribunal Supremo no está vinculado por su jurisprudencia que no es sino “fuente” complementaria del ordenamiento jurídico, nada cabe objetar a que la DGRN decida adscribirse a la entonces nueva dirección que el Alto tribunal había dejado anunciada en la Sentencia de 20 de marzo de 1967. En definitiva, no es tanto que se ajuste a una u otra línea jurisprudencial, sino que la argumentación del Registrador se basa en la interpretación sociológica de las normas aplicables al caso.

Empero ciertos sectores habían señalado que el sentido de la Resolución no parecía especialmente conciliable con la protección del patrimonio de las personas con discapacidad; finalmente y por el momento la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011 cierra este capítulo, por cuanto se inclina decididamente por la concepción amplia en la que se comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz.

Bibliografía

- Albadalejo García, M. (1979). Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, *Revista de Derecho Privado*, (junio), 519 y ss.
- _____ (1991). Comentario a la sección tercera artículos 774 al 789. En Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo, L., Bercovitz, R., Salvador, P. (Dirs.), *Comentario del Código civil*. Tomo I (pp. 1.915 a 1.938). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Alonso, M. (2010). Capítulo cuarto de: El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales. En Lasarte, C., *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones* (pp. 130 y ss.). Madrid: Marcial Pons.
- Cámara, S. (1999). Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1998: Interpretación del testamento: prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal de una cláusula contradictoria; legado (prelegado) o adjudicación particional. Herencia indivisa: administración de la herencia. Sustitución ejemplar. Incongruencia. *CCJC*, (49), 67-92.
- Díaz, S. (1981). *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*. Barcelona: Bosch.
- Esriche J. (1838) *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Valencia: Imprenta de J. Ferrer de Orga,
- Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. (1865). *Elementos del Derecho civil y penal de España, Tomo segundo*. Madrid: Imp. Calle del Sordo 11
- Hernández Gil, A. (1989). La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar. *Obras completas*, 4. Madrid.
- Lacruz, J. L. y Sancho, F. (1992). *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch.
- Lasarte, C. (2010). *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*. Madrid: Marcial Pons.
- López, G. (1844). *Las Siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo III. Madrid: Compañía General de Impresores y Libreros del Reino
- López y López (1958). Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español. *ADC*, 3 y ss.

- Pérez, M. T. (2003). Las sustituciones pupilar y ejemplar en la persona del ascendiente de línea diferente a la de procedencia de los bienes, ¿excluyen la aplicación de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil? *AC*, (38), 1033 y 1053.
- Roca-Sastre, Ll. (1995). *Derecho de sucesiones I*. 2ª ed. Barcelona: Bosch.
- _____ (1956). El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código civil. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid.
- Vázquez Gundín, E. (1942). La sustitución ejemplar. *RCDI*, (166), 145-169.

Resoluciones citadas

STS de 6 de febrero de 1907
STS de 21 de abril de 1928
STS de 10 de diciembre de 1929
STS de 15 febrero 1932
STS de 10 junio 1941
STS de 12 junio de 1956
STS de 20 de marzo de 1967
STS de 20 de mayo de 1972
STS de 7 de Febrero de 1997
STS de 26 de mayo de 1997
STS de 18 de julio de 1998
STS de 7 de noviembre de 2008
STS de 14 de abril de 2011