

CUESTIONES INTERPRETATIVAS EN TORNO A LAS CLÁUSULAS DE SUSTITUCIÓN VULGAR*

QUESTIONS ON THE INTERPRETATION OF COMMON SUBSTITUTION CLAUSES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 790-819

* El presente trabajo, desarrollado en el seno del grupo de investigación de la USC "Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio", se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación "La voluntad real del causante en las disposiciones *mortis causa*: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad" (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora Carballo Fidalgo.

Marta
CARBALLO
FIDALGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de noviembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: Las cláusulas de sustitución vulgar, de extendida utilización práctica, suscitan diversas cuestiones interpretativas en torno a sus presupuestos de operatividad, la determinación de los sujetos llamados como sustitutos y el alcance de su llamamiento.

El presente trabajo trata de abordar tales cuestiones desde una perspectiva práctica, a través del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina registral recaídas en torno a la debida interpretación de las cláusulas de sustitución, tarea presidida por la absoluta preeminencia de la voluntad real del causante.

PALABRAS CLAVE: Testamento; interpretación; sustitución vulgar; representación; *ius transmissionis*; legítima.

ABSTRACT: *Substitution clauses, which are widely used in practice, give rise to various interpretative questions regarding their operative conditions, the determination of the parties called as substitutes and the scope of their right.*

This paper attempts to address these questions from a practical perspective, through the analysis of the case law and the doctrine of DGSJFP on the proper interpretation of substitution clauses, a task presided over by the absolute preeminence of the real will of the deceased.

KEY WORDS: Will; interpretation; common substitution; representation; *ius transmissionis*.

SUMARIO.- I. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR: SUSTITUCIÓN SIMPLE Y SUSTITUCIÓN CON EXPRESIÓN DE CASOS.- 1. Los presupuestos de la sustitución simple o sin expresión de casos.- 2. La sustitución con expresión de casos.- A) La limitación de la cláusula a alguno de los supuestos legales.- B) La extensión de la sustitución a supuestos no previstos por la ley. **II. EL LLAMAMIENTO SUBSIDIARIO DE DESCENDIENTES “EN REPRESENTACIÓN” DEL INSTITUIDO EN PRIMER TÉRMINO.-** **III. LA DESIGNACIÓN DE VARIOS INSTITUIDOS Y UNO O VARIOS SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN VERSUS ACRECIMIENTO.-** **IV. LA DESIGNACIÓN GENÉRICA DE SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN POR DESCENDIENTES Y POR PARIENTES.-** **V. EL ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN EN LA LEGÍTIMA.-** 1. Supuestos de premoriencia, indignidad o desheredación justa del legitimario instituido en primer término.- 2. Efectos de la repudiación por el legitimario sustituido.

I. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR: SUSTITUCIÓN SIMPLE Y SUSTITUCIÓN CON EXPRESIÓN DE CASOS.

I. Los presupuestos de la sustitución simple o sin expresión de casos.

El Código civil sanciona la posibilidad de que el causante designe sustituto a los herederos “que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar la herencia”. La norma, al igual que la Ley 222.I del FNN, fija tres supuestos de procedencia de la sustitución que son propiamente subsumibles en dos (bipartición más simple adoptada por el artículo 425-I del CC de Cataluña): que el instituido en primer término no quiera o que no pueda aceptar¹. Si el primer supuesto se identifica con la repudiación de la herencia², el segundo comprende tanto

- 1 En derecho aragonés, la sustitución legal en la línea descendente y a favor de descendientes de hermanos opera en la sucesión voluntaria, salvo previsión en contrario del causante, cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder. La sustitución se extiende al supuesto de desheredación justa del legitimario de grado preferente (artículos 336 y 339 CDFa). Queda abierta a la voluntad del causante el establecer una sustitución voluntaria, comprensiva del caso de repudiación o de muerte del instituido bajo condición suspensiva antes de su cumplimiento (artículo 437 CDFa). También en derecho navarro opera la representación en la sucesión voluntaria, en las líneas descendente y colateral y en los casos de premoriencia e incapacidad (Ley 308 FNN).
- 2 Como advierte MARIÑO PARDO, F., “La sustitución vulgar I. Supuestos en que tiene lugar”, *Iuris Prudente*, 30 de septiembre de 2014. http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-i-supuestos-en_30.html, la sustitución se limita a la repudiación genuinamente abdicativa, pues el artículo 1100 CC atribuye a la traslativa (ya sea gratuita, a favor de uno o más de los herederos, ya por precio a favor de todos o algunos de los coherederos) efectos de aceptación tácita, lo que excluye el juego de la sustitución vulgar. Idéntico efecto atribuye el derecho catalán a la renuncia por el llamado de su derecho a suceder a cambio de una contraprestación o a la realizada a favor de solo alguno o algunos de los coherederos (artículo 461-5 CC de Cataluña). Resulta de interés, aunque ciertamente confusa, la RDGSJFP 30 diciembre 2021 (RJ 2022, 5833). En el asunto controvertido, el causante instituye herederas por partes iguales a sus dos hijas “quienes serán sustituidas vulgarmente por sus respectivos descendientes que heredarán, en su caso, por estirpes”. Abierta la sucesión, una de las hijas “...renuncia pura y simplemente a favor de su hermana a cualesquiera derechos y obligaciones que pudieran derivarse a su favor en la herencia de su citado padre...”. El registrador de la propiedad niega la inscripción de la instancia de heredera única otorgada por la hermana aceptante, al reputar necesaria la determinación por acta de notoriedad de los sustitutos de la renunciante, no designados nominativamente. Para la Dirección, de los términos literales de la cláusula de renuncia se deduce la voluntad clara de la renunciante sobre el destino de la herencia, conclusión que no

• Marta Carballo Fidalgo

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidade de Santiago de Compostela. Correo electrónico: marta.carballo@usc.es

la premuerte (o declaración de fallecimiento) del primer instituido como cualquier otro supuesto que excluya la delación a su favor.

El juego de la sustitución vulgar no ofrece problema cuando el causante remite en su testamento a “los tres supuestos legales”, lo que comprende cualquier vacancia en la herencia derivada de una causa reconducible a los genéricamente enunciados por el artículo 774.I CC y por sus homólogos autonómicos. Lo mismo ocurrirá cuando la cláusula testamentaria no especifique los casos de procedencia de la sustitución, de acuerdo con la norma interpretativa establecida en el párrafo segundo del artículo 774 CC que, al igual que la Ley 222.2 FNN, se basa en la voluntad presunta del causante para establecer que la sustitución sin expresión de casos comprende los tres establecidos legalmente, de modo que la exclusión de un supuesto determinado ha de ser expresa o derivarse del proceso interpretativo³. La extensión a los tres supuestos legales se dará también cuando el causante prevé que la sustitución opere “en su caso”⁴ o “si a ello hubiere lugar”⁵, expresiones que, en caso de sustituciones sucesivas, han de reputarse también aplicables a las sustituciones ulteriores, salvo que otra cosa resulte de la voluntad del causante, correctamente interpretada.

En todos estos supuestos, además de la premuerte y declaración de fallecimiento entrarán, bajo el paraguas de la imposibilidad de aceptar, los supuestos de conmorencia (expresamente contemplados por el artículo 425.1.2 del CC de Cataluña y equiparables a la premuerte en el ámbito del Código civil, en la medida en que el artículo 33 excluye la transmisión de derechos entre las personas cuya muerte simultánea se presume); la incapacidad absoluta de suceder (categoría aplicable a los instituidos – *concepturi* o *nascituri*- que no lleguen a nacer; a los entes que no llegan a alcanzar personalidad jurídica y a las corporaciones y

puede quedar empañada por el hecho de que se haya expresado que renuncia “pura y simplemente”. A mi juicio, tal consideración debiera reconducir el supuesto al artículo 1000.2 CC, como constitutivo de una aceptación tácita y simultánea cesión de la herencia, con exclusión del llamamiento a los sustitutos. No obstante, para la Dirección es preciso determinar si existen o no tales sustitutos, al objeto de constatar si la renuncia gratuita se ha realizado a favor de coheredera con derecho de acrecer, lo que excluiría que se entienda aceptada la herencia (artículo 1000.3 CC).

- 3 RDGRN 11 octubre 2002 (RJ 2002, 9942): “El artículo 774 del Código civil es categórico: la sustitución vulgar simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premorencia como los de incapacidad y renuncia, de modo que la renuncia del hijo a su llamamiento hereditario, determina el juego de la sustitución a favor de sus descendientes, los cuales por imperativo del artículo 1058 del Código Civil deberán intervenir en la partición de la herencia y solamente en el caso de que no existan sustitutos vulgares, podrá entrar en juego el derecho de acrecer (cfr. artículos 981 y siguientes del Código Civil) y, subsidiariamente se procederá a la apertura de la sucesión intestada (cfr. artículo 912 del Código Civil)”.
- 4 RDGRN 25 septiembre 1987 (RJ 1987, 6574), en que se cuestiona si la sustitución “en su caso” abarca la repudiación, a lo que la Dirección responde afirmativamente, de modo que, instituidos los hijos, en su caso sustituidos por los descendientes, repudiando todos menos uno, no puede el hijo aceptante otorgar escritura adjudicándose el prelegado como heredero único.
- 5 STS 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9597) que, en interpretación de la cláusula por la que el causante instituye herederos en el resto de sus bienes a todos sus hijos a partes iguales, “sustituidos por sus descendientes legítimos, si a ello hubiere lugar”, afirma que la expresión, al no incluir especificación de casos, canaliza el juego de la sustitución vulgar en los términos genéricos prevenidos en el art. 774 CC, por lo que ha de activarse también en caso de repudiación.

asociaciones no permitidas por la ley); las causas de indignidad; las incapacidades relativas o instituciones a favor de personas incurso en prohibición legal de suceder; la ausencia declarada al tiempo de la delación y el incumplimiento de condición suspensiva o muerte del instituido antes de su cumplimiento. Más dudas suscitan los supuestos de ineficacia (por causa distinta a la incapacidad de suceder) y de revocación de la institución realizada en primer término, para los que entiendo que ha de seguirse una regla interpretativa inversa. En el primer caso (p.e., ineficacia del legado de cosa propia del legatario ex artículo 866), ha de sostenerse la voluntad favorable al mantenimiento de la sustitución, salvo que de la voluntad de causante se infiera la existencia de una conexión causal entre institución y sustitución, de modo que la ineficacia de la primera arrastre la de la segunda. En el segundo, la revocación de la institución principal ha de entenderse extensiva a la sustitución establecida, salvo que sea salvada expresamente por el causante o de la interpretación del testamento (o, en su caso, pacto) revocatorio se desprenda lo contrario⁶.

Es dudosa la extensión que ha de darse a la sustitución vulgar cuando el causante la prevé para el caso de “que el heredero no llegue a serlo” o de que el instituido “no llegue a heredar”. En línea de principio, tales expresiones podrían ser tratadas como sustituciones simples o sin expresión de casos, de modo que se reconducirían a la postre a los tres supuestos legales, de conformidad con la regla del artículo 774.2 CC o, en su caso, de la Ley 222.2 FNN. No obstante, el carácter subsidiario de la regla permite entender que, de conformidad con la literalidad de la cláusula, la sustitución se ha de activar también cuando la delación ha llegado a producirse en favor del instituido como heredero en primer término, que muere sin ejercerla.

2. La sustitución con expresión de casos.

El carácter dispositivo (ejemplificativo y subsidiario) de la norma interpretativa establecida por el artículo 774.2 CC determina la posibilidad de su desplazamiento

6 A favor del juego de la sustitución en caso de invalidez o revocación de la institución de heredero o legatario (siempre que su causa o ámbito, respectivamente, no afecten a la sustitución), CÁMARA LAPUENTE, S.: “De la sustitución. Artículos 774 a 789”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), vol. II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 699. En sentido contrario, MARIÑO PARDO, F.: “La sustitución vulgar I”, cit., expresa sus dudas sobre la procedencia de la sustitución en caso de incapacidad relativa u otra causa de nulidad de la institución, al poder presumirse la conexión causal entre lo principal (la institución) y lo accesorio (la sustitución). *Obiter dicta*, la procedencia de la sustitución en caso de nulidad se contempla en la STS 22 octubre 2004, que realiza una amplia enumeración de los presupuestos de la sustitución, al señalar que “En el caso del debate, se trata de una sustitución dispuesta sin expresión de casos, expresada en el artículo 774, párrafo segundo, del Código Civil, que, en interpretación de autorizada doctrina científica, comprende todas las ocasiones en que el heredero no llegue a serlo, tanto si no quiere, como si no puede; así, cabe que el llamado no sea heredero por no quererlo (repudiación) o por carecer de aptitud para serlo (premorienza, indignidad para suceder, no nacimiento de un concebido, nulidad de la institución, incumplimiento de la condición suspensiva impuesta al primer llamado o su fallecimiento antes de cumplirse, ausencia declarada al tiempo de la delación, etcétera)”.

por voluntad del causante, quien puede alterar el juego de la sustitución, ya limitándola a uno de los tres supuestos legales, ya previendo un supuesto de operatividad no recogido legalmente.

A) *La limitación de la cláusula a alguno de los supuestos legales.*

Cuando el testador restringe el llamamiento de los sustitutos a alguno de los supuestos legalmente establecidos, surge la cuestión de la posible extensión de su juego a los restantes. En derecho catalán, la cuestión es resuelta expresamente por el artículo 425-1.2 CC, conforme al cual, "Salvo que la voluntad del testador sea otra, la sustitución vulgar ordenada para uno de los casos a que se refiere el apartado I vale para el otro. En particular, la ordenada para el caso de premoriencia del heredero instituido se extiende a todos los demás casos, incluidos el de conmorienencia, el de institución bajo condición suspensiva si el instituido muere antes de cumplirse la condición o si la condición queda incumplida, y los casos en que no llega a nacer el instituido que ya había sido concebido y en que el instituido ha sido declarado ausente".

En el ámbito del Código civil, doctrina y jurisprudencia han sostenido una interpretación diversa que, partiendo de la lectura *a contrario* de la regla del artículo 774.2, entiende que la sustitución con previsión de casos excluye los no previstos expresamente⁷, exclusión que se aplica a las sustituciones sucesivas establecidas, aunque el causante no lo haya explicitado para ellas⁸. Queda a salvo, en cualquier caso, la posibilidad de deducir lo contrario de la interpretación del testamento, valorado en su conjunto.

Admitida la inoperatividad de la sustitución en los supuestos no incluidos en la cláusula testamentaria (conforme a la regla *inclusus unus* o de interpretación estricta), el alcance preciso de los sí previstos vendrá dado en muchos casos de la mano de la interpretación testamentaria. Cuando la sustitución se ciñe al supuesto de premuerte, la literalidad de la expresión no debe excluir que, desde un enfoque lógico y finalístico, el llamamiento se extienda a los supuestos en que no sea posible determinar si el instituido ha muerto o no antes del causante, en que el artículo 33 CC presume la muerte simultánea de uno y otro, excluyendo los derechos sucesorios entre ambos, lo que a efectos prácticos equipara este supuesto al expresamente previsto. Por el contrario, la DGRN ha descartado que

7 MARIÑO PARDO, F.: "La sustitución vulgar I", cit.; CÁMARA LAPUENTE, S.: "De la sustitución", cit., p. 699; STS 28 septiembre 1956 (RJ 1956, 3161); RDGRN 21 enero 2013 (RJ 2013, 8264).

8 RDGFPSJ 15 junio 2020 (RJ 2020, 3397), recaída a propósito de un supuesto de sustitución vulgar prevista a favor de los descendientes del sustituido, para caso de premoriencia. Premuerto efectivamente el heredero al testador, la renuncia por sus hijos sustitutos no da lugar al llamamiento subsidiario de sus propios descendientes o a la necesaria acreditación de su inexistencia.

en los supuestos de previsión de la sustitución para el caso de muerte simultánea el llamamiento se extiende a la premuerte⁹.

También el supuesto de previsión testamentaria de una sustitución vulgar para el caso de “premoriencia e incapacidad” de la heredera ha sido objeto de interpretación por la DGRN que, en resolución de 27 de mayo de 2009 (RJ 2010, 1649), ha sostenido que la expresión “incapacidad” ha de entenderse referida a la incapacidad para suceder (absoluta o relativa) y no ya a la previsible incapacitación judicial de la instituida, conclusión reforzada por el hecho de que en el propio testamento se designaba un administrador de los bienes heredados por la instituida “para el caso de que en un futuro pudiese o tuviese que ser incapacitada”.

B) *La extensión de la sustitución a supuestos no previstos por la ley.*

La primacía de la voluntad testamentaria, en tanto no transgreda norma imperativa, avala la facultad del causante de prever una sustitución vulgar en supuestos no comprendidos en el artículo 774 CC. La generalidad del precepto apenas reduce la posibilidad analizada a dos supuestos: la muerte del primer instituido sin aceptar ni repudiar la herencia y el cumplimiento de la condición resolutoria o término final a que se somete la institución de heredero o legatario. En el primer caso, la cláusula testamentaria desplaza el juego del *ius transmissionis*, que por regla general se ha reputado preferente a la sustitución cuando el instituido en primer término fallece sin ejercer el *ius delationis*¹⁰. La interferencia

9 RDGRN 29 junio 2015 (RJ 2015, 4433), a propósito de la interpretación de las siguientes cláusulas testamentarias: “Segunda: Instituye por sus únicas y universales herederas de todos sus bienes, créditos y acciones presentes y futuros, a partes iguales, a sus dos hermanas Doña Sandra y Doña Noelia. Al fallecimiento de una de ellas, será sustituida por la sobreviviente. Tercera: Si fallecieran en el mismo momento, la testadora y sus dos hermanas, Doña Sandra y Doña Noelia, heredarían por partes iguales sus sobrinos Don Mario y Doña Claudia”. La DGRN considera que, a falta de otras manifestaciones en el testamento y dada la redacción precisa de las cláusulas, debe primar su interpretación literal, que modo que, al haberse incluido solo el supuesto de conmoriencia en la sustitución a favor de los sobrinos, no se puede extender la misma a la premoriencia de las herederas designadas. Para MARIÑO PARDO, F., “La sustitución vulgar I”, cit., sin perjuicio de lo que pudiera desprenderse de la interpretación del testamento, incluido el recurso a la prueba extrínseca, lo poco usual de esta previsión testamentaria puede ser un indicio de que solo se quiso la sustitución vulgar para el caso de muerte al mismo tiempo, al margen de que fallecimientos con muy escaso lapso temporal y con una misma causa posiblemente debieran entenderse comprendidos en el supuesto. En sentido contrario, para el derecho catalán (en que la solución viene impuesta por el hoy artículo 425-1.2), RDGDEJ 1 febrero 2006 (JUR 2007, 87335), donde se sostiene que la expresión “muerte simultánea” se ha de interpretar más allá de la literalidad, en el sentido que, empleándola, el causante estableció una sustitución vulgar en favor del sobrino para el caso que no fuese efectivo el llamamiento a favor de la esposa.

10 RDGRN 5 junio 2018 (BOE, núm. 153, 25 de junio de 2018, 8708): “Ciertamente en los supuestos de colisión de la sustitución vulgar con el derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, prevalece este segundo en caso de haber fallecido el heredero sustituido con posterioridad al causante sin haber aceptado ni repudiado la herencia, situación en la que «pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía» conforme al citado precepto, por cuanto los derechos a la sucesión de una persona se transmiten «desde el momento de su muerte» (cfr. artículo 657 del Código Civil), de forma que habiendo sobrevivido el heredero sustituido al causante adquiere derechos (el «ius delationis») definitivamente (salvo concurrencia de condición suspensiva) y los transmite a sus herederos”. Para el derecho catalán, vid. RDGDEJ de Cataluña 16 febrero 2006 (JUR 2007, 87347), que niega la facultad de la sustituta testamentaria de otorgar escritura de aceptación cuando la instituida en primer término ha muerto sin aceptar ni repudiar, dada la preferencia *ius transmissionis*.

de la sustitución, expresamente preferida por el causante, no solo puede desviar el destino de la vacante (sustituto *vesus* transmisario), sino que, aun en el caso de que ambas cualidades converjan en la misma persona, muta sustancialmente las reglas del llamamiento, pues el llamado en calidad de sustituto no habrá de aceptar la herencia del sustituido para heredar al primer causante. En el segundo, la verificación de la condición o la llegada del término final dará lugar al llamamiento al sustituto, con retroacción de sus efectos al tiempo de la apertura de la sucesión¹¹.

II. EL LLAMAMIENTO SUBSIDIARIO DE DESCENDIENTES “EN REPRESENTACIÓN” DEL INSTITUIDO EN PRIMER TÉRMINO.

Es conocido que, en el ámbito del Código civil, el denominado “derecho de representación” en favor de descendientes y de los hijos de hermanos opera exclusivamente en el marco de la sucesión intestada, extendiéndose a la cuota íntegra del sucesor legal preferente premuerto, indigno o desheredado¹². La exclusión de la representación en caso de repudiación por el primer llamado queda patente en varios preceptos reguladores de la institución (entre otros, los artículos 924 y 929), de modo que, repudiado el llamamiento por uno de los herederos, su parte acrecerá a los coherederos del mismo grado (artículos 922), mientras que en caso de repudiación por el heredero único o por todos los parientes más próximos, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante (artículo 923).

Pese a tratarse de una institución propia de la sucesión legal, no son infrecuentes en la práctica notarial las cláusulas por las que el causante prevé la “representación” del primer instituido por sus descendientes, expresión que sitúa al intérprete en la tesitura de optar, bien por homologarla a la sustitución vulgar sin expresión de casos, de modo que se active en los tres supuestos legales, bien por entender establecida una sustitución vulgar sometida a las reglas de la representación, con la consecuente exclusión del llamamiento al “sustituto” en caso de repudiación por el primer llamado.

Con criterio que no comparto, la RDGRN 5 julio 2018 opta por la segunda de estas interpretaciones, apelando al carácter notarial del testamento para defender que “es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras

11 Sobre la diferencia entre la figura citada en texto y la sustitución fideicomisaria, que carece de efectos retroactivos, *vid.*, RDGRN 7 mayo 1960 (RJ 1960, 1639), recaída a propósito de la sustitución prevista para el caso de que la instituida muera sin descendencia.

12 Solo de un modo impropio, puede afirmarse que la representación en la testada se produce en el caso de premuerte, indignidad o desheredación de un legitimario, situaciones que provocan la entrada de los descendientes en la legítima del premuerto, indigno o desheredado, por el juego de los artículos 814, 851 y 761. Para el derecho catalán, Artículo 451-3. Legítima de los descendientes y derecho de representación. 1. Son legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales. 2. Los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes son representados por sus respectivos descendientes por estirpes. (...)

que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento”, de ahí que haya de entenderse que el llamamiento subsidiario a otro heredero o legatario se previene únicamente para los casos en que se establece por la ley respecto del derecho de representación de la sucesión intestada, excluyendo que el representante herede o adquiera el legado en caso de repudiación de primer llamado o favorecido¹³.

En la cláusula testamentaria controvertida en la resolución citada, el causante instituyó herederos a sus hijos, a quienes atribuyó también ciertos legados “con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes, que también se dará en el legado”. En escritura de manifestación y adjudicación de herencia, los hijos y herederos renunciaron a los legados establecidos a su favor, adjudicándose bienes (incluidos los que fueran objeto de legado) en las operaciones particionales únicamente en su condición de herederos. La DGRN avala la interpretación mantenida en el acuerdo, estimando innecesaria la ratificación de la escritura por los sustitutos, exigida por el registrador, cuya nota de calificación se revoca.

Resulta paradójico que el carácter notarial del testamento determine la opción de atribuir a las palabras utilizadas por el testador “el significado técnico que les asigna el ordenamiento”, siendo así que, en buena técnica, el llamamiento subsidiario a un segundo o tercer llamado debiera articularse simple y llanamente a través de una sustitución vulgar, como institución típica para canalizar tal finalidad. Si es deseo del causante excluir su juego en caso de renuncia, basta que así se exprese, evitando el empleo de expresiones que dejan abierto el conflicto en torno a su interpretación.

Más allá de esta apreciación genérica, puede observarse que, en supuestos como el discutido en la resolución analizada (en que la sustitución recae sobre prelegados cuya repudiación provoca la refundición de los bienes legados en la masa hereditaria, posterior objeto de reparto por los propios repudiantes, en su cualidad de herederos), la interpretación sostenida puede volverse a la postre en contra de la voluntad testamentaria. Basta con imaginar que, en este mismo supuesto, los legados estuviesen gravados con alguna carga o modo, que se extinguiría con el legado mismo por efecto de la repudiación, mientras que el llamamiento al “representante” designado testamentariamente salvaría su cumplimiento.

Sea como fuere, la tesis de la Dirección se mantiene, *obiter cita*, en la RDGSJFP 2 febrero 2023 donde, tras recordar que las palabras empleadas en un testamento notarial han de ser interpretadas en sentido técnico, afirma que el “derecho de representación” establecido por la causante en favor de los descendientes

13 RDGRN 5 julio 2018 (RJ 2018, 4761).

matrimoniales de la madre, instituida heredera universal, ha de operar por las mismas causas por las que procede en la sucesión intestada, y en favor de los mismos parientes (fundamento de derecho sexto)¹⁴. Ciertamente es que, en el caso, no se había producido ninguna repudiación, sino la premuerte de la madre instituida y de uno de sus hijos (hermano de la causante), padre a su vez de dos hijos, que no suscriben la escritura de manifestación y adjudicación de herencia otorgada por sus tías, ausencia que, con razón, justifica la ratificación por la Dirección de la calificación por la que el registrador suspende la inscripción de la escritura. Pero no deja de ser curioso que se defienda incidentalmente la integración de la representación ordenada testamentariamente con las normas rectoras de la institución en la sucesión intestada, cuando tales normas excluyen precisamente su juego en un supuesto como el controvertido, en que es llamada en primer término una ascendiente de la causante.

En el ámbito del derecho civil catalán, la tesis que aquí se cuestiona ha sido también asumida por la DGDEJ de Cataluña 7 julio 2007, recaída a propósito de la interpretación de la cláusula testamentaria de prelegado en la que el fideicomitente establece un derecho de representación a favor de los hijos de los fideicomisarios para el supuesto de premoriencia¹⁵. Para la Dirección, la sustitución vulgar que es preciso presumir en la cláusula controvertida (en aplicación del artículo 171 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, aplicable al caso¹⁶) no alcanza al caso de renuncia de los fideicomisarios, por no serle aplicable la regla del entonces artículo 155.2 (hoy artículo 425-1.2 CC), que extendía la sustitución para caso de premoriencia a todos los casos en que los sustituidos no quieran o no puedan heredar.

III. LA DESIGNACIÓN DE VARIOS INSTITUIDOS Y UNO O VARIOS SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN *VERSUS* ACRECIMIENTO.

Cuando una persona es llamada a sustituir a varias instituidas en primer término, como herederas o colegatarias, es preciso dilucidar si la vacancia producida por la premuerte, renuncia o imposibilidad de heredar de una de ellas ha de dar lugar al acrecimiento de la cuota de los demás instituidos o al llamamiento del sustituto por la porción vacante. Se trata de una cuestión clásica, que exige extremar el cuidado

14 RDGSJFP 2 febrero 2023 (BOE, núm. 53, 3 de marzo de 2023, 5661).

15 DGDEJ de Cataluña 7 julio 2007 (JUR 2007, 236326).

16 El precepto, tras reconocer la facultad del testador de disponer una sustitución vulgar en el fideicomiso, para el caso de que el fideicomisario no llegase a serlo, sentaba en el párrafo segundo una regla interpretativa, conforme la cual "Si el testador, con la misma previsión, emplea en los fideicomisos el concepto de derecho de representación u otro análogo. se entenderá que ha querido disponer una sustitución vulgar en fideicomiso". Obsérvese que la regla interpretativa nos e recoge en el artículo 426-7 del Código civil vigente.

en la interpretación de la voluntad real del causante, decisoria de la adopción de una u otra alternativa.

En ocasiones, tal voluntad se recoge con claridad en las cláusulas testamentarias o paccionadas, que fijan la operatividad exacta de la sustitución prevista (así, cuando la sustitución se establece para el supuesto de premuerte, renuncia o imposibilidad de heredar de *cualquiera* de los instituidos¹⁷ o cuando, en sentido inverso, se prevé la sustitución para el supuesto de frustración del *ius delationis* de todos los instituidos). En otras, el conflicto entre instituciones se resuelve por la propia ley, como sucede, en el ámbito del Código civil, cuando los instituidos en primer término son llamados a partes desiguales de la herencia o de la cuota que se les defiere, lo que excluye el derecho de acrecer entre ellos, salvo disposición en contrario del causante (artículo 983 CC).

Pero existe un amplio abanico de supuestos en que la convergencia entre instituciones no es resuelta de modo claro por la cláusula o cláusulas de referencia, que se limitan a designar a sustituidos y sustituto sin realizar previsiones adicionales (así, cuando se instituye a varias personas como herederas, “sustituidas” por un llamado subsidiario, o cuando se designa colectivamente a un grupo “con sustitución” a favor de una tercera persona). En el ámbito del Código civil, la ausencia de una norma interpretativa que dirima la cuestión ha llevado a la mayoría de la doctrina a postular, como regla general subsidiaria, la preferencia del juego de la sustitución, al modo en que se consagra en los ordenamientos catalán, navarro y aragonés¹⁸. Se apela en defensa de tal tesis a la literalidad del artículo 912.3 CC, que contiene una suerte de prelación entre instituciones, y a la preferencia que ha de darse a la voluntad expresa del causante, contenida en la sustitución, sobre la voluntad presunta en que se fundamenta el acrecimiento, ligada a la vocación solidaria¹⁹. *Obiter dicta*, esta tesis puede verse en la ya citada STS 22 octubre 2004²⁰

17 *Id.*, RDGSJFP 22 febrero 2022 (RJ 2022, 1627), a propósito de la cláusula de institución de herederos por partes iguales a las diez personas que detalla “sustituyendo a cada uno de estos por sus respectivos descendientes por estirpes”.

18 Artículos 427-16, 462-1, 462-3 y 462-4 CC de Cataluña; Leyes 221 y 312 FNN, que priorizan la sustitución sobre el derecho de representación (procedente en la sucesión voluntaria, para el caso de premoriencia e incapacidad) y el de acrecer; artículo 437 CDFa, del que deriva el juego sucesivo, en caso de vacancia, de la sustitución voluntaria, el derecho de acrecer y la sustitución legal.

19 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “De la sustitución. Artículos 774 a 789”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1918, para quien, siempre que un sustituto es designado para varios instituidos, la sustitución debe operar cada vez que uno de ellos no suceda, pues si es voluntad del causante que hayan de faltar todos, el sustituto solo habrá sido nombrado para el último instituido que falte; LÓPEZ FRÍAS, M. J.: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Comares, Granada, 2004; pp. 40-41; GALICIA AIZPURUA, G. H.: “De la sustitución. Artículos 774 a 789”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5698 y 5709; MARIÑO PARDO, F.: “La sustitución vulgar I”, cit.; CÁMARA LAPUENTE, S., “De la sustitución”, cit., p. 706.

20 STS 22 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6582). En el caso, en que la *quaestio litis* no era la tratada en texto, sino la determinación del momento en que se ha de valorar la capacidad sucesoria de los sustitutos, la cláusula debatida dejaba poca duda sobre la preferencia de la sustitución, al disponer en su literalidad que “En el remanente de sus bienes y sin perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas de este testamento,

y es aplicada sin discusión en algunos fallos y resoluciones²¹, que en ocasiones ni siquiera se pronuncian sobre el eventual conflicto entre instituciones, al ser otro el objeto de la contienda²².

Los argumentos apuntados a favor del juego de la sustitución pueden ser contestados, no solo contraponiendo a la letra del artículo 912.3 la del artículo 986 (del que resulta la preferencia del acrecimiento sobre la sustitución), sino desde la propia lógica de la voluntad del causante, pues no siempre es posible afirmar que el acrecimiento se funda en su voluntad *presunta*, derivada de una institución plural sin especial designación de partes. Así lo entiende un sector doctrinal minoritario, que advierte que, del mismo modo que se puede pensar que si el causante hubiera querido dar prioridad al acrecimiento tendría que haberlo dicho expresamente, cabe argumentar lo contrario: que si el causante hubiera preferido anteponer la sustitución debería haber manifestado su voluntad de llamar al sustituto en caso de no adquirir la herencia alguno de los llamados solidariamente²³.

En la línea de esta segunda tesis, entiendo que la defensa de la regla abstracta de la prioridad de la sustitución tiene una utilidad limitada, pues han de ser las expresiones utilizadas por el causante, debidamente interpretadas, las que apunten por una u otra de las soluciones posibles, en la medida en que ambas se asientan sobre la voluntad que la interpretación del testamento revela. En este sentido, la preferencia de la sustitución puede ser efectivamente defendida cuando las cláusulas controvertidas individualicen de algún modo el llamamiento de los distintos instituidos en primer término, conectándolo con la designación de uno o varios sustitutos para el caso de vacancia. Puede pensarse en el supuesto, habitual en la práctica, de que el causante instituya a sus hijos "sustituidos por sus respectivos descendientes", en que el empleo de la forma plural y la lógica subyacente a la designación de distintos sustitutos para cada sustituido apela a la entrada de la estirpe para cubrir cada vacancia, relegando el acrecimiento de la cuota de los demás coherederos llamados en primer término. Del mismo modo,

nombra herederos universales, por partes iguales, a sus primos carnales doña Amanda y don Andrés, sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes y en su defecto por el otro heredero". No obstante, el TS declara que "Mediante esta figura jurídica (en alusión a la sustitución vulgar) se concede al testador el medio de lograr que le suceda un heredero de su libre elección, con preferencia a los posibles titulares del derecho de acrecer y al heredero determinado por la Ley en el orden de la sucesión intestada".

21 RDGN 3 diciembre 2015 (BOE, núm. 289, 3 diciembre 2015, 13114).

22 Vid, la citada STS 9 junio 1987 (RJ 1987, 4049) o la RDGRN 25 septiembre 1987 (RJ 1987, 6574), en que el objeto de discusión es si, instituidos los hijos, sustituidos "en su caso" por su respectiva descendencia, la sustitución prevista abarca o no la repudiación por los primeros llamados. La respuesta afirmativa de la Dirección le lleva a defender que, repudiando todos los hijos excepto uno, no puede este otorgar escritura adjudicándose el prelegado contenido a su favor en el testamento, en su calidad de heredero único, siendo preceptivo que conste la repudiación de los sustitutos de sus hermanos. Del mismo modo, la preferencia se aplica en la RDGRN 27 mayo 2009 (RJ 2010, 1649), en que la controversia se ceñía a la interpretación que debía darse a la "incapacidad" de la primera instituida como presupuesto de su sustitución.

23 ZUMAQUERO GIL, L.: "El derecho de acrecer entre coherederos", ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 279; LÓPEZ FRIAS, A.: "Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n. 1, Enero-Marzo, 2019, p. 165.

entiendo que la sustitución ha de prevalecer cuando, instituidos varios herederos, la cláusula prevé que “en caso de vacante” sean sustituidos por un tercero, pues el empleo del singular apunta en este caso a la activación de la sustitución por cada *ius delationis* que no llegue a nacer o a ejercerse.

Frente a supuestos como los descritos, la pluralidad de sustituciones individuales no parece ser querida por el causante que realiza un llamamiento nítidamente colectivo en favor de un grupo cohesionado de personas, previendo una sustitución para el caso de que no puedan o no quieran heredar. Como apunta ANA LÓPEZ FRÍAS, la probabilidad de una voluntad favorable al acrecimiento se acentúa cuando los instituidos en primer término pertenecen a un mismo grupo familiar (padres, hermanos, sobrinos) y el sustituto es una tercera persona que no forma parte de ese grupo, sea pariente o no del causante²⁴. Paradigma de estos supuestos es la institución de varios herederos de la misma línea y grado y el llamamiento a un tercero “en su defecto”, expresión con la que el causante parece reservar la entrada subsidiaria del sustituto al caso en que efectivamente falten todos los primeramente instituidos. Así lo ha entendido la DGRN en las resoluciones de 25 marzo 2003²⁵ y de 17 febrero 2016, con criterio que comparto²⁶.

En la primera de ellas, la Dirección avala la legitimidad de la interpretación sostenida por la heredera en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia cuya inscripción deniega el registrador. En el testamento de referencia, la causante, fallecida sin ascendencia ni descendencia, había instituido herederos universales por iguales partes a su hermano y a su hermana, y “en su defecto y también por partes iguales”, a otro hermano y a su sobrina. Premuerto el hermano instituido en primer término, la hermana supérstite otorga la escritura controvertida en calidad de heredera única, bajo el presupuesto de que la sustitución establecida habría de operar únicamente en caso de defecto de los dos herederos instituidos en primer término y no ya en defecto de uno de ellos. Una interpretación que la Dirección reputa correcta, “pues la expresión “en su defecto”, a continuación de la institución por iguales partes de dos hermanos, no indica sino que la sustitución opera a falta de ambos instituidos, y en este sentido cobra plena congruencia que se disponga, a continuación, que la sustitución establecida a favor de otras dos personas lo sea también por partes iguales”.

En idéntico sentido se pronuncia la RDGRN 17 febrero 2016, recaía a propósito de la cláusula, contenida en testamentos idénticos otorgados por dos cónyuges, en que los causantes instituyen herederas a partes iguales a sus hijas, sustituidas vulgarmente por sus respectivas estirpes de descendientes y, en defecto

24 LÓPEZ FRÍAS, A.: “Repudiación de la herencia”, cit., pp. 165-166.

25 RDGRN 25 marzo 2003 (RJ 2003, 3549).

26 RDGRN 17 febrero 2016 (RJ 2016, 1739).

de descendientes, por el cónyuge sobreviviente, llamando en defecto de este a una vecina de ambos otorgantes. Premuerta sin descendencia una de las hijas del matrimonio y abierta la sucesión de ambos cónyuges, la DGRN sanciona la procedencia de la inscripción de la escritura de adjudicación de herencia otorgada exclusivamente por la hija sobreviviente, al entender que no opera la sustitución vulgar en defecto de una de las herederas nombradas, sus descendientes y el cónyuge del respectivo testador, sino el derecho de acrecer a favor de la otorgante sobreviviente. La Dirección apela a la interpretación gramatical, finalística y lógica de los testamentos para entender que la voluntad real (y no ya presunta) que expresan es que la sustitución vulgar a favor del extraño al círculo familiar se dé únicamente a falta de sucesión de ambas hijas o los descendientes de cualquiera de ellas, dando en otro caso preferencia al acrecimiento a favor de la sobreviviente.

IV. LA DESIGNACIÓN GENÉRICA DE SUSTITUTOS: SUSTITUCIÓN POR DESCENDIENTES Y POR PARIENTES.

De conformidad con el artículo 778 CC, el causante puede designar varios sustitutos a un solo instituido, para el caso de que este no llegue a adquirir la herencia. Aun cuando la norma lo omita, los sustitutos podrán ser llamados simultánea o sucesivamente, tal y como expresamente dispone el artículo 425-2 CC de Cataluña.

Dentro de la modalidad de sustitución plural analizada se inscriben las cláusulas, de extendida utilización práctica, por las que el causante prevé la sustitución del instituido “por sus descendientes” (o de varios instituidos “por sus respectivos descendientes”), expresión que suscita varias cuestiones interpretativas sobre las que se han pronunciado los tribunales y la doctrina registral, sentando, con mayor o menor unanimidad, una serie de criterios interpretativos que suplen el silencio mantenido por el Código en este extremo.

El primero de ellos sostiene el carácter gradual que la sustitución tiene en estos casos, de modo que, de producirse la vacante prevista, no han de entenderse llamados conjuntamente todos y cada uno de los descendientes de cada instituido, sino que la expresión “respectivos descendientes” implica una serie de sustituciones vulgares, en cuya virtud son llamados primeramente los descendientes en primer grado del instituido, a falta de estos los de segundo grado y así sucesivamente²⁷.

En segundo lugar, y salvo que de la adecuada interpretación de la voluntad del causante se dedujera otra cosa, la sustitución de los sustitutos se ha de entender sujeta a los mismos presupuestos a los que se sujeta la de los primeramente

27 STS 22 octubre 2004 (RJ 2004, 6582); RDGRN 22 febrero 2022 (RJ 2022, 1627).

llamados. De este modo, cuando la sustitución vulgar a favor de los descendientes del sustituido ha sido prevista para caso de premoriencia, si efectivamente premuere el llamado, la renuncia a la herencia por sus hijos sustitutos no implica un llamamiento subsidiario a favor de sus descendientes, o la acreditación de que estos descendientes no existen, pues se aplican al llamamiento a los sustitutos las mismas condiciones que a la vocación del heredero sustituido²⁸. Por la misma razón, la sustitución ordenada sin expresión de casos tiene el mismo alcance para el instituido y para los sucesivos sustitutos, de modo que la renuncia por uno de ellos debe tener en tal caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido premuerto, es decir, la entrada en juego de la vocación subsidiaria de la sustitución vulgar y no el eventual acrecimiento de la cuota de los demás sustitutos, salvo que a otra conclusión conduzca la interpretación del testamento²⁹.

El último de los criterios establecidos afecta a la determinación de las concretas personas llamadas como sustitutas, cuestión común a todo supuesto de designación genérica de sucesores. Como punto de partida, y salvo que otra cosa resulte de la interpretación del testamento, el llamamiento a los descendientes no se agota en el primer grado, sino que continúa en los siguientes, en la medida en que se den los presupuestos del juego de la sustitución³⁰. Cuando tales presupuestos se producen con posterioridad a la apertura de la sucesión (lo que ocurre en caso de repudiación, incumplimiento de condición suspensiva o, de haberse previsto en la cláusula, de cumplimiento de condición resolutoria o muerte del instituido sin aceptar o repudiar la herencia), la cuestión que surge es si han de entenderse subsidiariamente llamados quienes vivían al tiempo de la apertura de la sucesión o quienes vivan al tiempo de la activación de tal presupuesto. Una cuestión compleja, que trasciende el espectro de la interpretación testamentaria para enlazar con el problema de la capacidad de suceder. En la tantas veces citada STS 22 octubre 2004, referida a un supuesto de repudiación por los herederos instituidos y también por los descendientes en primer grado de estos, el Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 758 CC, entiende que tales repudiaciones activan el llamamiento como sustitutos vulgares a las personas que hayan sobrevivido no solo a la testadora, sino también ("además", dice el citado precepto) al acto jurídico de las repudiaciones, que retrotraen sus efectos (al igual que la nueva delación) al momento de la apertura de la sucesión, al que habrá de estarse para apreciar la capacidad de los sustitutos.

La sentencia, que trata la sustitución como un supuesto de llamamiento condicional, sienta con claridad dos exigencias cumulativas: que los sustitutos han de sobrevivir a la testadora (lo que parece obvio) y que han de sobrevivir

28 RDGSJFP 15 de junio 2020 (RJ 2020, 3397).

29 RDGRN 15 junio 2020 (RJ 2020, 3397).

30 SSTS 22 octubre 2004 (RJ 2004, 6582); RDGRN 22 febrero 2022 (RJ 2022, 1627).

al repudiante a quien sustituyen, lo que implica que, de fallecer entre ambos momentos, nada transmiten a sus propios sucesores³¹. En apariencia, el fallo parece excluir el llamamiento como sustitutos a los descendientes que no existían aún al tiempo de la apertura de la sucesión (con la reserva, aunque no se explicita, de los derechos del *nasciturus*, derivados del artículo 29 CC). Pero lo cierto es que no se pronuncia expresamente sobre este extremo, sin que pueda concluirse sin más que la exigencia de que los descendientes *sobrevivan* al causante implique la de que *existan ya* en tal momento.

Una cuestión sobre la que sí se ha pronunciado la RDGRN 6 junio 2016 (RJ 2016, 3042) que, con cita de la sentencia comentada, limita la sustitución a las personas que ya existen al tiempo de la apertura y siguen existiendo al tiempo de la repudiación, razón por la que, instituidas tres nietas en un legado, sustituidas por sus descendientes, excluye el llamamiento a la hija de una de las colegatarias repudiantes, bisnieta de la causante, nacida después de su muerte y, por tanto, sin capacidad para sucederla³².

El criterio sostenido por la Dirección me parece cuestionable. Cierto es que, tal y como apunta, no se trataba en el caso de una sustitución fideicomisaria (en que la admisión de fideicomisarios no nacidos al tiempo de la apertura de la sucesión resulta del artículo 781 CC, con los límites que el mismo establece), pero la misma posibilidad de suceder ofrecida por el ordenamiento a los no concebidos por la vía del llamamiento sucesivo que caracteriza la sustitución fideicomisaria debiera extenderse a los supuestos de llamamiento directo por vía de sustitución vulgar, al no contravenir norma imperativa alguna. El reconocimiento de la capacidad de suceder de la *concepturus* se resolvería mediante el tratamiento de la institución como llamamiento sujeto a condición, que en el caso analizado efectivamente se cumple antes de que se consuma la delación posterior a la repudiación³³.

31 MARIÑO PARDO, F.: "La sustitución vulgar III", cit. Una solución diversa adopta el derecho catalán, al sancionar que la delación de la herencia al sustituto vulgar se entiende producida al mismo tiempo que al sustituido y, por lo tanto, aunque aquel muera antes de que se frustrase el llamamiento al sustituido, transmite su derecho a sus sucesores (art. 425.4 CC de Cataluña).

32 RDGRN 6 junio 2016 (RJ 2016, 3042).

33 A favor de la capacidad sucesoria de los no concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión, en la medida en que las personas futuras son una realidad pensable e identificable en su tiempo, que pueden estar representadas y protegidas, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1991, pp. 61-62. A una conclusión similar parecen llegar las autoras que exceptúan la regla del artículo 758 CC en los supuestos en que las personas no existen al tiempo de la apertura de la sucesión, pero que pueden existir después y, por tanto, pueden sucederle, respecto a las cuales la capacidad se apreciará en relación al momento en que hayan de heredar (DÍAZ ALABART, S.: "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRIGUEZ, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH), T I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1875; ZURILLA CARIÑANA, M. A.: "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Comentarios a los artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5647). En la jurisprudencia y la doctrina registral, la capacidad sucesoria de las personas futuras o *nodum concepti* se ha admitido, tanto como beneficiarias directas de una institución que se reputa como sometida a condición (RDGRN 29 enero 1988 (RJ 1988, 316) como en el marco del conocido como "pseudousufructo testamentario" (STS 3 abril

Las consideraciones precedentes son extensibles al supuesto, menos frecuente, de llamamiento como sustitutos a los “parientes” del causante, cuya determinación habrá de realizarse al tiempo de la apertura de la sucesión, atendiendo a los llamamientos de la sucesión intestada, sin el límite de la línea colateral al cuarto grado y excluyendo el juego de la representación del pariente más próximo premuerto (art. 751 CC, correctamente interpretado).

V. EL ALCANCE DE LA SUSTITUCIÓN EN LA LEGÍTIMA.

El alcance y aun el propio juego de la sustitución vulgar en los tres supuestos legales ofrece perfiles propios en el caso de que concurra en las personas instituidas en primer término la cualidad de legitimarias, cuando alguna o algunas de ellas no pueda o no quiera heredar, lo que *a priori* habría de activar la sustitución prevista. Se produce en tales casos una situación de posible conflicto entre los sustitutos designados por el causante y los legitimarios que efectivamente lleguen a suceder, cuya solución debe a mi juicio resolverse mediante la correcta coordinación del respeto a la voluntad del causante y al derecho imperativo representado por la regulación legal de la legítima. La respuesta a estas situaciones no puede sin embargo ser unívoca, pues han de distinguirse los supuestos en que los legitimarios sustituidos no pueden heredar por premuerte, indignidad o desheredación (supuestos en que han de ser “representados” en la legítima por sus hijos y descendientes), de aquellos en que la vacante resulta de la repudiación de la herencia, que excluye la cualidad de legitimarios de los descendientes del repudiante.

I. Supuestos de premoriencia, indignidad o desheredación justa del legitimario instituido en primer término.

Cuando alguno o algunos de los legitimarios instituidos en primer término no puedan heredar por premuerte o incapacidad para suceder, ha de ser plenamente eficaz la sustitución prevista en favor de los hijos del primer instituido, que con la atribución voluntaria dispuesta por el testador ven satisfecho su “derecho de representación” en la legítima, en la medida en que efectivamente quede cubierto por la sustitución³⁴. Si la cuota hereditaria o el valor del legado hecho en favor

1965, RJ 1965, 1979; RDGRN 27 diciembre 1982, RJ 1982, 8065; RDGRN 14 noviembre 2016, RJ 2016, 5760).

34 Es dudosa la extensión del derecho reconocido por los artículos 761, 857 y 814.3 CC a los descendientes del premuerto, desheredado o indigno. Su limitación a la legítima estricta es defendida *obiter dicta* por la DGSJFP (RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496); RDGRN 23 octubre 2017 (RJ 2017, 5850); RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020, 2571). Sin embargo, apenas existe jurisprudencia sobre el particular, con la excepción de la STS 10 junio 1988 (RJ 1988,4813) que, también *obiter dicta*, se decanta por esta tesis en materia de desheredación justa, en coherencia con su propia doctrina que, esta sí con claridad, sostiene la limitación del derecho del desheredado injustamente a la legítima estricta (STS 23 de enero 1959 (RJ 1959, 125) y STS 9 octubre 1975 (RJ 1975, 3583)). A mi juicio, tal limitación se justifica efectivamente en los supuestos de indignidad y desheredación del legitimario preferente, pero no en el caso de premuerte, en

del primer llamado fuese insuficiente, corresponderán al legitimario de grado ulterior (como corresponderían al más próximo) las acciones de complemento de su derecho. Si, por el contrario, el valor de la atribución es superior, habrá de seguir las reglas de imputación generales (que en su caso se aplicarían al primer instituido), de modo que, en lo que exceda del tercio de libre disposición, el sustituto se reputará mejorado (artículo 828 CC)³⁵.

Creo que la validez de la sustitución (sin perjuicio de su eventual reducción por inoficiosidad) debe sostenerse también en el caso, menos habitual, de que el designado en sustitución del hijo premuerto, desheredado o indigno sea un extraño, supuesto que aún admite dos variables: que existan al tiempo de la apertura de la sucesión hijos o ulteriores descendientes del primer instituido o que este carezca de descendencia. En el primer caso, la eficacia de la sustitución, imputable al tercio libre, no debiera verse afectada cuando el derecho que corresponde a los descendientes ulteriores por “representación” de sus padres pueda ser satisfecho con otros bienes de la herencia, pero en caso de insuficiencia de estos la sustitución deberá someterse al régimen general de reducción de disposiciones inoficiosas. Cuando, por el contrario, el legitimario sustituido por un extraño no deje descendientes, la legítima se extinguirá en caso de no existir más hijos del causante ni descendencia de estos. Si efectivamente concurren, son dos las posibles soluciones: equiparar el supuesto al de repudiación, que excluye la condición de legitimarios de los descendientes del repudiante - lo que nos remite

que no hay razón para restringir al “representante” el mínimo que por ley correspondería al “representado”, equivalente al tercio de legítima estricta y a la parte de mejora no dispuesta por el causante. En la doctrina, la limitación del derecho del descendiente del indigno o desheredado a la legítima estricta puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “De las legítimas. Artículos 806 a 857”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), T. XI, 2ª ed., Madrid, EDESA, 1982, p. 592; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones*, T. II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 614; ORDÁS ALONSO, M.: *La desheredación y sus causas*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 140; en contra, MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J.: *La indignidad para suceder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 126-127; ZURILLA CARIÑANA, M. A.: “De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5657; ALGABA ROS, S.: “De la desheredación. Artículos 848 a 857”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 900-1000. A propósito de la extensión del derecho del descendiente del premuerto no preterido, la tesis aquí seguida puede verse en TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (II)”, en AA.VV.: *Tratado de legítimas*, Barcelona, Atelier, p. 66. A favor de la extensión de la representación a todo cuanto el causante hubiese dejado al premuerto, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 52; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *El derecho de representación en la sucesión testada*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 186-199; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “Artículo 814”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5947. En sentido radicalmente opuesto, VALLET DE GOYTISOLO, J. B. limita el derecho de los descendientes del premuerto a la legítima estricta, salvo que se trate de legitimario único (“De las legítimas. Artículos 806 a 857”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRIGUEZ, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2012.

35 Vid., para el derecho catalán, artículo 451-3 CC: “(...) 2. Los hijos premuertos, los desheredados justamente, los declarados indignos y los ausentes son representados por sus respectivos descendientes por estirpes. 3. El derecho de representación sólo tiene por objeto el derecho a la legítima y no se extiende a las atribuciones patrimoniales que el causante haya ordenado a favor del representado, salvo que el representante haya sido llamado por vía de sustitución”.

a lo que se expondrá en el epígrafe siguiente³⁶ o entender que la extensión de la legítima individual de los colegitimarios del repudiante no debe empañar la eficacia de la sustitución prevista, directamente imputable a la parte libre, siempre que sus derechos estén suficientemente cubiertos con bienes de la herencia. Solución esta última que estimo más correcta, en cuanto restringe en menor medida la libertad dispositiva del causante.

2. Efectos de la repudiación por el legitimario sustituido.

Cuando el legitimario a quien el causante ha designado sustituto repudia la cuota hereditaria o el legado establecido a su favor, extinguiendo el derecho de legítima para sí y para su estirpe, la respuesta a la cuestión de la eficacia de la sustitución prevista ha de tener presente las reglas contenidas en el artículo 985 CC, cuya interpretación dista de ser sencilla.

De conformidad con el párrafo primero de la norma, “Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño”. Aunque no se explicita, la norma presupone que en la institución (o el legado: artículo 987 CC) imputables a la parte libre (ya por determinación expresa del causante, ya por el juego de las reglas de imputación legal) concurren los presupuestos propios del derecho de acrecer recogidos en los artículos 982 y 983 (sintéticamente, vocación solidaria y frustración de uno de los llamamientos), que darán lugar a la extensión de la cuota de los legitimarios aceptantes en los mismos términos en que acrecería de tratarse de extraños. Una extensión que puede verse paralizada por el juego de la sustitución expresa prevista por el causante, cuando así se desprenda de la correcta interpretación de su voluntad (*vid.* Epígrafe III).

Por oposición a la regla anterior, el párrafo segundo del artículo 985 excluye el derecho de acrecer en caso de que “la parte repudiada” fuere la legítima, supuesto en que sucederán en ella los demás legitimarios de igual grado “por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer”. De este modo, y a diferencia de lo que sucede en los derechos autonómicos, los legitimarios repudiantes no hacen

36 En este sentido, puede verse el artículo 467-9 PCCAPDC. La interpretación extensiva de la regla contenida en el artículo 985.2 CC, a propósito del efecto de la repudiación entre legitimarios, es defendida por la mayoría de la doctrina, que sostiene su aplicación a los supuestos de inexistencia de descendientes del legitimario premuerto, indigno o desheredado (ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones*, T. II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, pp. 615-616; COLINA GAREA, R.: “Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 986”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 7108; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “De la desheredación. Artículos 848 a 857”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6304); ZURILLA CARINANA, M. A.: “De la capacidad”, cit., p. 5658; ZUMAQUERO GIL, L.: “Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1397).

número para el cálculo de las legítimas individuales de los aceptantes, que se ven así incrementadas por efecto de la repudiación³⁷.

El carácter imperativo del artículo 985.2, como norma reguladora del derecho de legítima, determina la ineficacia de la sustitución prevista por el causante en relación con “la parte repudiada” que le fuere imputable³⁸. Ahora bien, en un sistema como el codicial, en que la legítima de los descendientes tiene naturaleza dual, debe precisarse si esta “parte” destinada a los legitimarios aceptantes se extiende a la participación del repudiante en los dos tercios de la herencia o, por el contrario, se ha de restringir a su legítima estricta.

En línea de principio, la simple alusión por el precepto a “la legítima”, sin más atributo, debiera conducir a identificarla con la legítima larga, de modo que el ámbito de la regla contenida en el párrafo primero de la norma estaría limitada estrictamente al tercio de libre disposición³⁹. Sin embargo, entiendo que el respeto a la voluntad del causante, dentro del marco del derecho imperativo, aconseja salvar la eficacia de la sustitución hecha en favor de los hijos y descendientes del repudiante hasta donde alcance el tercio de mejora, que puede ser válidamente atribuido a descendientes no legitimarios. Así debiera ser al menos cuando el repudiante hubiese sido expresamente mejorado en el testamento⁴⁰. Pero, aun

- 37 Véanse artículos 494.3 CDFA; 42.3 y 80 CDCIB; 239 LDCG y 451-6 CC de Cataluña. En todos estos ordenamientos, el importe de la legítima individual se calcula con inclusión del repudiante, lo que impide el acrecimiento de las legítimas individuales, a beneficio de la parte de libre disposición. El supuesto del legitimario repudiante es equiparado al del indigno o desheredado sin descendientes en el derecho catalán e, implícitamente, en el balear, solución postulada para Galicia por ESPINOSA DE SOTO, para quien el artículo 239 LDCG sienta un principio contrario al acrecimiento de las legítimas individuales, que con mayor razón ha de aplicarse a desheredados e indignos (ESPINOSA DE SOTO, J. L., “Da lexítima dos descendentes”, en AA.VV. *Dereito de sucesións e réxime económico familiar de Galicia. Comentarios aos Títulos IX e X e Disposición Adicional Terceira da Lei 2/2006, de 14 de xuño e á Lei 10/2007, de 28 de xuño*, vol. II, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007, pp. 620-621).
- 38 La expresión utilizada por el precepto, puesta en relación con el artículo 987 CC, extiende su aplicación tanto a la institución del legitimario repudiante en una cuota de la herencia como a los supuestos de atribución a su favor de un legado, ya se trate de legado simple de legítima, de legado de cuota de legítima con asignación de cosa o de legado de cosa con delimitación de cuota.
- 39 STS 26 diciembre 1989 (RJ 1989, 8872). En el caso, la testadora instituye herederos a sus siete hijos y al único hijo de su otra hija fallecida, y lega a dos de ellos, en concepto de mejora, un inmueble. Premuerto uno de los legatarios sin descendencia, el TS excluye el acrecimiento en favor del mejorado aceptante, decretando que en la porción vacante suceden por derecho propio todos los legitimarios, en aplicación del artículo 985.2. En la doctrina, defienden la alusión por el artículo 985.2 a la legítima larga BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: “Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987”, en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2350; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Derecho de acrecer y mejora”, en VVAA: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1795; ZUMAQUERO GIL, L.: *El derecho de acrecer entre coherederos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 236-237 y en “Del derecho de acrecer”, cit., pp.1397-1398.
- 40 LÓPEZ FRÍAS, A.: “Repudiación”, cit., p. 144. La cuestión enlaza con la clásica discusión sobre el juego del acrecimiento en la mejora, pues la tesis que defiende su procedencia – hoy mayoritaria- desplaza el tratamiento jurídico de este tercio a la regla contenida en el artículo 985.1 – lo que implícitamente determina la eficacia de la eventual sustitución establecida a favor de los descendientes del repudiante, sujetos susceptibles de ser mejorados- A favor del acrecimiento en la mejora, RDGRN 14 agosto 1959 (RJ 1959, 3354); VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 361; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 58; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987”, en AA.VV.:

a falta de tal mejora expresa, la legitimidad de la sustitución hasta donde alcance tal tercio no tendría más reparo que la prohibición legal de mejoras tácitas, cuyo ámbito se reduce en puridad a las atribuciones gratuitas *inter vivos* (artículo 828 versus 819 CC)⁴¹.

La tesis aquí sostenida ha sido refutada por el TS en sentencia 10 julio 2003, que decretó la ineficacia íntegra de la sustitución en favor de los descendientes de las dos hijas instituidas en los dos tercios de legítima larga, al no existir en el testamento controvertido mejora expresa a favor de la legitimaria repudiante⁴². En el caso, el testador legó a su esposa el usufructo universal de todos sus bienes y a sus dos hijas (y en defecto y sustitución de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes) por partes iguales la nuda propiedad del tercio de libre disposición, previendo que tal tercio pasaría en plena propiedad a su esposa en caso de que cualquiera de sus hijas no aceptase el gravamen a su legítima representado por el usufructo materno. En cláusula independiente, ambas hijas fueron instituidas como herederas universales por partes iguales, y en defecto y sustitución de cada una de ellas, sus respectivos descendientes. Abierta la sucesión, una de las heredas aceptó la herencia, manifestando no aceptar el gravamen sobre la legítima representado por el usufructo de la madre, a quien pasó así la plena propiedad del tercio libre como legado. La otra, madre de cinco hijos, renunció a la herencia de su padre, pura, simple y gratuitamente. La esposa del causante y la hija aceptante otorgaron escritura de protocolización del cuaderno particional de la herencia, sin contemplar en tal partición a los hijos de la repudiante, tres de los cuales impugnaron la partición. La pretensión fue desestimada por el Juez de Primera Instancia, en sentencia revocada por la Audiencia Provincial. Recurrida la sentencia, fue casada por el Tribunal Supremo.

A juicio del tribunal, en los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de los herederos forzosos del testador, no existiendo mejora al no haber expresado el testador su voluntad de mejorar, la renuncia pura, simple y gratuita de una de ellas implica la renuncia por sí y su estirpe, incrementando la cuota que por legítima individual corresponde a su hermana, por derecho propio y no por derecho de acrecer, como se desprende del art. 985.2 del Código civil, no pudiendo representarla los descendientes de la renunciante, en virtud de lo dispuesto en el art. 929 del mismo cuerpo legal, que sólo permite la representación de persona viva en los casos de desheredación y de incapacidad.

Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. T. XIII. Vol. 2. Artículos 959 a 987 del Código civil (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1998, pp. 494-526; TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (II)", en AA.VV.: *Tratado de legítimas*, Barcelona, Atelier, p. 97. Una tesis peculiar sigue MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., para quien no acrece al comejorado la parte del tercio de mejora a que se imputaba la atribución repudiada, pero sí la atribución misma, que se imputará al tercio libre y a la propia cuota de legítima aumentada ("Derecho de acrecer", cit., pp. 1792 y 1808).

41 LÓPEZ FRÍAS, A.: "Repudiación", cit., p. 144.

42 STS 10 julio 2003 (RJ 2003, 4628).

La sentencia se decanta así por la exclusión del juego de la sustitución en el tercio de mejora, en defecto de previsión expresa por el causante, en una interpretación amplia de la expresión empleada en el artículo 985.2 CC. Se comparte o no tal tesis, sorprende la argumentación jurídica sostenida por el tribunal, que focaliza su razonamiento en la consideración de que la repudiación excluye la representación tanto en la sucesión intestada como en la testada, de modo que la estirpe no puede representar al llamado que repudia la porción que se le defiere y percibir lo que su ascendiente abdica o no quiere (922, 923, 981 CC). Si tal afirmación es incontestable, lo cierto es que resulta ajena a la cuestión debatida, en que la llamada a los descendientes de la repudiante no derivaría en modo alguno del juego de la representación, sino de la sustitución simple prevista por el causante que, tal y como el propio fallo recuerda, comprende los tres supuestos previstos en el artículo 774 CC.

La posición del TS sobre la cuestión debatida no es coincidente con la mantenida por la DGSJFP, que en esta materia ha seguido una evolución singular, que va desde el puro y simple reconocimiento de la eficacia íntegra de la sustitución vulgar en cualquiera de los supuestos previstos por el testador o la ley hasta el entendimiento de que, en el contexto de un testamento notarial, la sustitución en la legítima estricta ha de reputarse excluida por el causante para el caso de repudiación.

En el caso resuelto por la RDGRN 11 octubre 2002 (RJ 2002, 9942), la testadora falleció bajo testamento en el que, después de legar a una de sus hijas los tercios libre y de mejora, la instituye junto a su hermano como herederos universales, sustituyéndoles vulgarmente por sus respectivos descendientes⁴³. Abierta la sucesión, el hijo «renuncia pura y simple y gratuitamente, a todos los derechos que le puedan corresponder en la herencia de su madre...», procediendo su hermana a otorgar escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencias, en la que se adjudica los dos únicos bienes relictos. La DGRN confirma la nota de suspensión extendida por el registrador porque, estando establecida la sustitución vulgar sin distinción de casos en el testamento del causante, la renuncia del heredero instituido determina el juego de la sustitución a favor de sus descendientes, que por imperativo del artículo 1058 del Código Civil deberán intervenir en la partición de la herencia, de modo que solamente en el caso en que no existan sustitutos vulgares podrá entrar en juego el derecho de acrecer y, subsidiariamente se procederá a la apertura de la sucesión intestada.

El conflicto existente entre los sustitutos del legitimario repudiante y la extensión de la cuota de sus colegitimarios “por derecho propio” es también obviado en la RDGRN 13 noviembre 2015, que sanciona el mejor derecho de

⁴³ RDGRN 11 octubre 2002 (RJ 2002, 9942).

los primeros desde la defensa de la preferencia general de la sustitución sobre el acrecimiento, sin discriminar entre cuotas ideales de la herencia ni tener presente la expresa exclusión del derecho de acrecer en la legítima, sancionada en el artículo 985.2 CC⁴⁴.

La simplicidad del pronunciamiento comentado contrasta con la complejidad de la doctrina contenida en la RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496), que con anterioridad se pronunció, si bien *obiter dicta*, sobre el problema que aquí nos ocupa, acometiendo la cuestión del conflicto entre sustitutos y colegitimarios desde el prisma del artículo 985.2 CC⁴⁵. En el caso, el causante legó a dos de sus hijos un piso en pago “de todos sus derechos hereditarios”, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes, instituyendo al cónyuge en el usufructo del resto de los bienes y designando heredero universal a su tercer hijo. Abierta la sucesión, uno de los hijos, padre a su vez de dos hijos, renuncia al legado. En la misma fecha, todos los interesados en la sucesión otorgan escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia, en la que hacen entrega del bien legado a la legataria aceptante (en la mitad indivisa en pleno dominio) y a los dos nietos, hijos del legatario renunciante (en una cuarta parte indivisa a cada uno de ellos), completando la atribución con un complemento en metálico de la legítima estricta. Presentada la escritura para su inscripción, la registradora de la propiedad acuerda su suspensión, al entender que la adjudicación parcial del legado a los nietos lesiona las legítimas de los hijos, con vulneración de los artículos 813 y 985.2 CC. La DGRN revoca la calificación recurrida, sobre la base de un argumento incontestable: la existencia de consentimiento unánime de los interesados en la sucesión, quienes pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, ya eludiendo la voluntad del causante, ya, como ocurre en este caso, dándole ejecución en sus propios términos, aun cuando entren en colisión con los derechos de alguno o algunos de los otorgantes, que pueden legítimamente renunciar a ellos (fundamento jurídico séptimo). Pese a que el sentido del fallo no podría ser otro, la Dirección realiza una extensa (y en algún punto confusa) exposición acerca de la incidencia que la sustitución vulgar puede tener sobre la intangibilidad de la legítima, en los términos de los artículos 813 y 985.2 CC, invocados por el registrador en su nota de calificación. Con criterio que comparto, aclara que la legítima del legitimario sustituido en modo alguno se ve conculcada por la sustitución vulgar, prevista precisamente para el caso de que no llegue a serlo. Pero añade que la sustitución sí puede atentar contra la legítima de los demás

44 RDGRN 13 noviembre 2015 (RJ 2015, 5286). En el testamento otorgado por la causante, fueron instituidos sus tres hijos por partes iguales, sustituidos vulgarmente por sus descendientes. Dos de ellos renunciaron pura y simplemente a la herencia, procediendo el otro hijo a otorgar escritura de aceptación, manifestación y adjudicación de herencia, por sí solo y como heredero único. La Dirección confirma la nota de calificación negativa de la inscripción, al entender que la renuncia de dos de los herederos determina la entrada en juego de la sustitución en favor de sus descendientes, quienes por tanto habrán de intervenir en la partición de la herencia.

45 RDGRN 26 septiembre 2014 (RJ 2014, 5496).

coherederos forzosos, que se vería limitada en su extensión (determinada para los casos de repudiación por el artículo 985.2) por efecto del llamamiento al sustituto, con transgresión del artículo 813.2 CC. Tras recordar que los descendientes de un legitimario renunciante no tienen derecho alguno a la legítima, lo que excluye en este caso el juego de la representación, la Dirección delimita, en el fundamento de derecho quinto, el juego de la sustitución en la legítima con unas palabras que, por su interés, reproduzco literalmente: "Nada impide, por supuesto, que se produzca una sustitución vulgar en el legado ordenado en favor de los nietos. Pero el bien o su parte indivisa correspondiente será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima.

Pensemos que, si excediere su valor del cómputo ideal de la misma, podrá serlo en concepto de mejora, si así se hubiere ordenado; o en otro caso, podrá imputarse al tercio de libre disposición, y en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora.

Por lo tanto, es claro que ha de entenderse que la sustitución vulgar en relación con un heredero forzoso sólo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, o bien cuando los designados sustitutos son los mismos colegitimarios del renunciante o legitimarios de otro grado. Así, cuando renuncia el único heredero forzoso y los designados sustitutos son sus hijos o, en caso de no tenerlos, sus ascendientes".

La DGRN salva así la validez de la sustitución en cuanto exceda de la legítima estricta, imputando la atribución realizada a título de sustitución a la mejora, si así se hubiese ordenado (se entiende, en favor del primer instituido, aunque nada impide que la mejora en favor de los sustitutos se prevea expresamente) y, en otro caso, al tercio de libre disposición y, en el exceso, a la parte no dispuesta del tercio de mejora.

Se admite, en definitiva, la mejora tácita de los nietos por vía de sustitución, tesis que la DGRN retomará en la RDGRN 23 octubre 2017, donde, ya *ratio decidendi*, emplea las palabras transcritas para defender la eficacia de la sustitución en el legado de legítima estricta dispuesta a favor de los descendientes del legitimario repudiante, con imputación de la atribución a la mejora o en su caso al tercio de libre disposición (fundamento de derecho tercero)⁴⁶. En el testamento controvertido, el causante instituyó herederos a tres de sus hijos, legando a la cuarta la legítima estricta que le correspondía, sustituida vulgarmente por sus descendientes. La legataria de legítima estricta renuncia a sus derechos en la herencia de forma pura y simple, procediendo los herederos a otorgar escritura de aceptación y adjudicación de herencia con exclusión de los descendientes

46 RDGRN 23 octubre 2017 (RJ 2017, 5850).

sustitutos, al reputar que la renuncia de la legataria extingue la legítima sobre la estirpe. La Dirección confirma la calificación negativa de la escritura sostenida por el registrador pues, según el tenor literal del testamento, la renuncia de la legataria de la legítima estricta determina por la sustitución vulgar el llamamiento en el legado a sus descendientes, de ahí que se exija la intervención de los sustitutos, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria de sustitución en la legítima.

Aun cuando la resolución reserva la respuesta última a la decisión judicial, la Dirección defiende nítidamente la eficacia de la sustitución vulgar en el legado de legítima estricta, en doctrina que ha sido reputada errónea por alguna doctrina, por contradecir en el caso la voluntad del causante, que dejó al legitimario repudiante su legítima estricta, lo que por definición excluye la imputación a otro tercio distinto a este⁴⁷. Sin negar la oportunidad de esta objeción, entiendo que la interpretación de la voluntad real del causante no puede hacer tabla rasa de la sustitución prevista. Cierto es que la atribución del legado de cuota a los sustitutos no puede hacerse en el concepto en el que fue establecido, al carecer de la condición de legitimarios. Pero, si su llamamiento en defecto de su ascendiente fue querido por el causante, debiera ser respetado en la medida en que las reglas de imputación salven su oficiosidad, sin perjuicio de que el *quantum* de la legítima de los aceptantes se vea incrementado por efecto de la repudiación del legitimario sustituido. Se trata, en definitiva, de sostener una reinterpretación del artículo 985.2 CC, en el sentido de que sanciona una extensión cuantitativa y no cualitativa del derecho de los colegitimarios del repudiante.

La cuestión es compleja, y entiendo que la única solución posible es la de extremar el cuidado en la redacción de estas cláusulas, con la expresa previsión del destino de la institución realizada a favor de legitimario a quien se designa sustituto para el caso de repudiación.

Entretanto, los déficits de la “jurisprudencia cautelar” notarial han sido salvados por la Dirección General con un cambio de enfoque de su doctrina, constatado en la RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020/2571), en que la cuestión es tratada desde el prisma de la correcta interpretación de la voluntad del causante⁴⁸. En la cláusula controvertida, el causante legó a uno de sus cinco hijos un bien ganancial en pago de su legítima estricta, previendo su complemento en metálico si el bien legado no alcanzase para cubrirla y estableciendo, “en su caso”, la sustitución del

47 MARIÑO PARDO, F.: “La sustitución vulgar II. La sustitución vulgar y las legítimas”, *Iuris Prudente*, 30 de septiembre de 2014. <http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-ii-la-sustitucion.html> (última consulta: 19-11-2023). El autor observa además que, quien lega a un hijo su legítima estricta e instituye herederos a los demás, expresa una voluntad clara de mejorar a estos en todo el ámbito disponible. Idéntica crítica a la resolución realiza LOPEZ FRÍAS, A.: “Repudiación”, cit., p. 143.

48 RDGSJFP 19 febrero 2020 (RJ 2020, 2571).

legatario por sus descendientes. Repudiado el legado, la Dirección entiende que, dado que el llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario repudiante no puede perjudicar el derecho de sus colegitimarios (al constituir una limitación de su legítima estricta, en los términos del artículo 813.2 CC), la cláusula, contenida en testamento notarial, ha de ser interpretada en el sentido de que la sustitución prevista ha de operar únicamente en el “caso” de que los descendientes sustitutos sean legitimarios (por premoriencia o indignidad del hijo), de ahí que, no siéndolo, no proceda la sustitución.

La nueva doctrina se reitera en la RDGSJFP 18 enero 2022, recaída a propósito del testamento en el que se dejaba a dos hijos la legítima estricta por partes iguales y al tercer hijo el resto del caudal hereditario, siendo los herederos sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Tras la renuncia a la herencia por los hijos instituidos en la legítima estricta, el hijo aceptante otorga escritura de adjudicación en calidad de heredero único, por aplicación del artículo 985.2 CC. La inscripción de dicha escritura es denegada por el registrador, al entender necesario que los renunciantes manifiesten la inexistencia de descendientes, o en caso de que existan, presten su consentimiento, en tanto no recaiga una resolución judicial declarando la nulidad de la cláusula testamentaria controvertida. La resolución es revocada por la Dirección, que aplica el “principio de interpretación” de que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en su redacción tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento. Por ello, “aun cuando la sustitución vulgar se haya ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 CC, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a ésta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes, toda vez que, al no haber dispuesto el testador que dicha porción se atribuya –con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición– a tales sustitutos, la legítima renunciada corresponde por derecho propio al coheredero que ha aceptado la herencia (artículo 985.2 CC)” (fundamento de derecho cuarto).

La doctrina contenida en las dos últimas resoluciones analizadas evita, con astucia, entrar en el núcleo del problema representado por las sustituciones estudiadas. Sin embargo, esconde una falacia, al presumir el conocimiento por el causante del régimen legal de la repudiación de las disposiciones realizadas en concepto de legítima. Si efectivamente aquel desea “excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes”, debiera expresarlo así, limitando el juego de la sustitución a los supuestos de imposibilidad de suceder del primer llamado. A falta de tal exclusión

expresa, más parece que su voluntad es que se llame a los nietos en defecto de sus padres, cualquiera que sea la causa de la vacancia. Sea como fuere, las resoluciones ligan la voluntad "implícita" del causante de excluir la sustitución en caso de repudiación a la ausencia de previsión testamentaria de que la porción repudiada se atribuya a los sustitutos "con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición". Pero, ¿es ello posible, cuando esa porción es la legítima estricta? Creo que la literalidad del artículo 985.2 CC lo impide, al prever la extensión de la cuota de los colegitimarios en la misma parte repudiada. Una solución excesivamente rigorista, que coarta la libertad dispositiva del causante de modo innecesario, cuando existan bienes suficientes para cubrir la legítima "extendida" de los legitimarios no repudiantes. En cualquier caso, queda a mi juicio abierta la posibilidad de que la sustitución opere en la porción en que la institución establecida a favor del repudiante exceda del tercio de legítima estricta, si bien, y a efectos de prevenir el conflicto, la cláusula de testamentaria debiera precisar expresamente el destino de tal excedente, con imputación al tercio de mejora o de libre disposición, conforme a los deseos del causante correctamente plasmados en el testamento.

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S.: "De la desheredación. Artículos 848 a 857", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 970-1001.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1904-1946.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. T. XIII. Vol. 2. Artículos 959 a 987 del Código civil* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1998, pp. 415-549.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2334-2354.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), Vol. II, 2ª ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 698-728.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La mejora*, Barcelona, Bosch, 2002.

COLINA GAREA, R.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 986", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7074-7121.

DÍAZ ALABART, S.: "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1857-1882.

ESPINOSA DE SOTO, J. L., "Da lexítima dos descendentes", en AA.VV. *Dereito de sucesións e réxime económico familiar de Galicia. Comentarios aos Títulos IX e X e Disposición Adicional Terceira da Lei 2/2006, de 14 de xuño e á Lei 10/2007, de 28 de xuño*, vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pp. 595-806.

GALICIA AIZPURUA, G. H.: "De la sustitución. Artículos 774 a 789", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5696-5758.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1991.

LÓPEZ FRÍAS, M. J.: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Comares, Granada, 2004.

LÓPEZ FRÍAS, A.: "Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n. I, Enero-Marzo, 2019, pp. 133-176. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/392> (última consulta: 19-06-2023).

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *El derecho de representación en la sucesión testada*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

MARIÑO PARDO, F.: "La sustitución vulgar I. Supuestos en que tiene lugar", *Iuris Prudente*, 30 de septiembre de 2014. http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-i-supuestos-en_30.html (última consulta: 19-11-2023).

MARIÑO PARDO, F.: "La sustitución vulgar II. La sustitución vulgar y las legítimas", *Iuris Prudente*, 30 de septiembre de 2014. <http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-ii-la-sustitucion.html> (última consulta: 19-11-2023).

MARIÑO PARDO, F.: "La sustitución vulgar III. Determinación de los sustitutos, los sustitutos recíprocos y las sustituciones vulgares tácitas", *Iuris Prudente*, 30 de septiembre de 2014. <http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-iii-determinacion.html> (última consulta: 19-11-2023).

MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J.: *La indignidad para suceder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Derecho de acrecer y mejora", en *VVAA: Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1791-1810.

ORDÁS ALONSO, M.: *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Bosch, Barcelona, 2021.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: "Artículo 814", en *AA.VV.: Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5933-5948.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: "De la desheredación. Artículos 848 a 857", en *AA.VV.: Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). T. V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6268-6313.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones*, T. II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1997.

TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La legítima en el Código Civil (I y II)", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. TORRES GARCÍA), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 21-141.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: "De las legítimas. Artículos 806 a 857", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), T. XI, 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica*, Bosch, Barcelona, 1984.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., "De las legítimas. Artículos 806 a 857", en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y P. SALVADOR CODERCH, P.), T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1967-2097.

ZUMAQUERO GIL, L.: *El derecho de acrecer entre coherederos*, Dykinson, Madrid, 2011.

ZUMAQUERO GIL, L.: "Del derecho de acrecer. Artículos 981 a 987" en AA.VV.: *Comentario del Código civil* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), Vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1375-1403.

ZURILLA CARIÑANA, M. A. "De la capacidad para suceder por testamento o sin él. Artículos 744 a 762", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5589-5664.