

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7104** *Resolución de 10 de mayo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de A Coruña n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Alvar Quintanilla López-Tafall, notario de Pontedeume, contra la calificación del registrador de la Propiedad de A Coruña número 1, don José Ignacio García Moratilla, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura, autorizada por el notario de Pontedeume, don Alvar Quintanilla López-Tafall, se formalizó por el albacea contador-partidor, don M. B. A., la adjudicación de la herencia ocasionada por el óbito de doña A. E. S. D., fallecida el día 19 de febrero de 2004, viuda, y por el fallecimiento –el día 22 de septiembre de 2016– de su una única hija, incapacitada, llamada doña M. L. C. S. En el testamento abierto de la causante, doña A. E. S. D., otorgado el día 12 de mayo de 2003 ante el notario de A Coruña, don Luis Santiago Gil Carnicer, se dispone lo siguiente: «Primera.–Instituye heredera a su mencionada hija, L. A. C. S. Segunda.–Nombra tutores de su hija (...) Tercera.–Es deseo expreso de la testadora que los tutores proporcionen (...) Cuarta.–Hace constar la otorgante que su hija, con el dinero que obtiene de una pensión (...) Quinta.–Con respecto a aquellos bienes de los que en vida de su citada hija doña L. A., no se hubiere dispuesto por los tutores expresados, en los términos legalmente procedentes y con las consideraciones anteriormente indicadas, la testadora nombra sustitutos ejemplares de la misma, que para el supuesto de premoriencia de su hija serían sus herederos directos, a las personas que a continuación se indican y en la siguiente proporción: 1.–[A continuación se designan a diez personas y entidades respecto de cantidades y bienes a cada una de ellas, con algunos modos y cargas del destino de esas cantidades y bienes] 11.–En el resto de sus bienes, derechos y acciones, por iguales partes, a todos los herederos nombrados en esta cláusula. Sexta.–La otorgante faculta expresamente a los tutores (...) Séptima.–Ordena la testadora que los bienes de las adjudicaciones bajo los números 3 y 4, de la cláusula quinta precedente, no sean enajenados (...) Octava.–Nombra albaceas-contadores-partidores, tanto de su herencia como de la de su hija, a las personas nombradas como tutores de ésta en la cláusula (...)». Doña M. L. C. S. había sido declarada incapaz para regir su persona y sus bienes por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Ferrol de fecha 10 de julio de 1990; posteriormente, tras el fallecimiento de su madre, fue designado tutor de la misma por auto de dicho Juzgado, de fecha 28 de mayo de 2004, don M. B. A. Doña M. L. C. S. falleció el día 22 de septiembre de 2016, en estado de soltera, sin ascendientes ni descendientes. En su único testamento, otorgado ante el notario de Madrid, don José Estepa Moyano, el día 3 de mayo de 1979, estableció lo siguiente: «Instituye heredera a su citada madre, sustituida caso de premoriencia por la tía carnal de la testadora doña C. S. D.». La madre de doña M. L. C. S., doña A. E. S. D., falleció el día 19 de febrero de 2004, y doña C. S. D. había fallecido el día 17 de mayo de 1991. En la escritura calificada, de aceptación y adjudicación de la herencia de doña A. E. S. D. y de doña M. L. C. S., se expresaba respecto de doña M. L. C. S. que, «por lo mencionado anteriormente, por haber sido declarada incapaz, rige su sucesión en virtud de la sustitución ejemplar en el testamento de su madre doña A. E. S. D., mencionado y descrito (...)». De los bienes del

inventario, unos son propios de doña A. E. S. D., y la mayor parte pertenecen pro indiviso a doña A. E. S. D. y su hija doña M. L. C. S. Las adjudicaciones que realizó el contador-partidor se ajustaban a las disposiciones del testamento de doña A. E. S. D. y siguiendo las instrucciones de la cláusula de sustitución ejemplar.

## II

Presentada la referida escritura el día 14 de diciembre de 2017 en el Registro de la Propiedad de A Coruña número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Asiento de presentación 501 del Diario 211.—Hechos Presentado a las 13:55 horas del día 14/12/2017, bajo el Asiento 501 del Diario 211; comprende, entre otras adjudicaciones que no son del caso, la de la finca registral n.º 48866, dicha adjudicación se realiza por don M. B. A., en su calidad de albacea-contador-partidor, nombrado en su testamento por doña A. E.; la adjudicación se realiza en base al testamento otorgado el día 12/05/2003, ante el notario de esta ciudad, Don Luis Santiago Gil Carnicer, número 1296 de protocolo, por la finada doña A. E. S. D., madre de la incapaz doña M. L. C. S., en el que se establece una sustitución ejemplar.—Las adjudicaciones realizadas según se manifiesta en el párrafo segundo del disponen segundo «son teóricas, debido a que dependen de los precios de venta de los bienes destinados a satisfacer los legados incluidos en el citado testamento y además se incluyen cantidades destinadas al pago de los correspondientes impuestos».—Y. por otra parte, se observa que no comparece ninguno de los herederos para aceptar la herencia. Fundamentos de Derecho No es el testamento otorgado por doña A. E. el que ha de regir la sucesión de su hija doña M. L. C. S.; es el otorgado por ésta ante el notario de Madrid, don José Estepa Moyano, el día 3 de mayo de 1979, número 405 de protocolo. Si este deviene ineficaz por fallecimiento de los herederos se abrirá, en su caso, la sucesión legítima. (Art. 912 C.C.) El término de «adjudicación teórica» parece indicar que se trata de una adjudicación en vacío, puramente formal. El bien no entra en el patrimonio del adjudicatario y no se transmite la propiedad del mismo. La legislación registral no permite en vía de principio una inscripción de dominio en favor de alguien que no es propiamente titular dominical. (Resolución 17 marzo 2017 D.G.R.N.) Por otra parte, nadie puede ser obligado a adjudicarse un bien sin su consentimiento. Podría resultar perjudicado si como consecuencia de lo mismo tuviera que responder de deudas. No se puede privar a nadie de aceptar, aceptar a beneficio de inventario o repudiar la herencia. Es por tanto necesario que acepten la herencia los adjudicatarios. Calificación Resuelvo denegar la inscripción del documento hasta que no se subsane lo indicado.—Contra la presente (...) A Coruña, ocho de enero del año dos mil dieciocho».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Alvar Quintanilla López-Tafall, notario de Pontedeume, interpuso recurso el día 14 de febrero de 2018 únicamente respecto del siguiente extremo: «No es el testamento otorgado por doña A. E. el que ha de regir la sucesión de su hija doña M. L. C. S.; es el otorgado por ésta ante el notario de Madrid, don José Estepa Moyano, el día 3 de mayo de 1979, número 405 de protocolo. Si este deviene ineficaz por fallecimiento de los herederos se abrirá, en su caso, la sucesión legítima. (Art. 912 C.C.)». En dicho recurso alega los siguientes fundamentos jurídicos: «1. La voluntad de la testadora claramente manifestada en el testamento de la causante, doña A. E. S. D., donde expresamente dispone: «Quinta.—Con respecto a aquellos bienes de los que en vida de su citada hija doña L. A., no se hubiere dispuesto por los tutores expresados, en los términos legalmente procedentes y con las consideraciones anteriormente indicadas, la testadora nombra sustitutos ejemplares de la misma, que para el supuesto de premoriencia de su hija serían sus herederos directos, a las personas que a continuación se indican y en la siguiente proporción». El artículo 658 del CC establece que la voluntad del testador es la ley de la sucesión. 2. El artículo 776.2

del Código civil a su vez establece que la sustitución de que habla el artículo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. La voluntad del legislador está claramente reflejada al indicar que sólo quedará sin efecto la sustitución «por el testamento realizado por el incapacitado después de la incapacitación y tras la recuperación de la razón o en un intervalo lucido». El elemento temporal es esencial en este apartado, que habla y se refiere claramente al futuro, al señalar «quedará». Un testamento anterior del sustituido, antes de la enajenación mental, no afecta a la eficacia y vigencia de la sustitución ejemplar o cuasipupilar, que en otro caso quedaría si no vacía de contenido. El ascendiente a la hora de hacer testamento tiene en cuenta el estado actual de su hija y en base a ese estado establece una sustitución ejemplar (...) 3.—Además, en apoyo de esta postura, están las sentencias del TS (STS de 10 de junio de 1941) que reconocen la validez de la sustitución ejemplar cuando la declaración de incapacitación es posterior al testamento, reconociendo que antes de la incapacitación al sustituido se le puede reconocer plena capacidad incluso testamentaria, pero que en el caso de la declaración de incapacitación, lo que prima es la voluntad del ascendiente. Así, en la sentencia se establece que es el estado mental en que entonces se encuentra el heredero el que importa y rige para la eficacia de la sustitución. Por otro lado, no podemos negar la existencia de un testamento anterior otorgado por la sustituida, que regirá la sucesión de esta respecto de aquellos bienes que le pertenezcan con carácter propio, pero no regirá para aquellos bienes que pertenezcan a la madre y quería que tuvieran un destino y unos destinatarios perfectamente señalados».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 22 de febrero de 2018, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 658, 664, 670, 774, 775, 776 y 912 del Código Civil; 425-10 del Código Civil de Cataluña; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1907, 10 de diciembre de 1929, 10 de junio de 1941, 20 de marzo de 1967, 20 de mayo de 1972, 26 de mayo de 1997, 29 de marzo de 2011, 7 de noviembre de 2008 y 14 de abril de 2011, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 2003.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de doña A. E. S. D. y de doña M. L. C. S., en la que son hechos relevantes los siguientes:

a) Doña A. E. S. D. falleció el día 19 de febrero de 2004, viuda, y con una única hija, incapacitada judicialmente desde el año 1990, llamada doña M. L. C. S. Otorgó testamento el día 12 de mayo de 2003 en el que instituye heredera a su mencionada hija; y respecto de los bienes de los que en vida de ésta no se hubiere dispuesto por los tutores expresados, «la testadora nombra sustitutos ejemplares de la misma, que para el supuesto de premoriencia de su hija serían sus herederos directos, a las personas que a continuación se indican y en la siguiente proporción: 1.—[A continuación se designan a diez personas y entidades respecto de cantidades y bienes a cada una de ellas, con algunos modos y cargas del destino de esas cantidades y bienes] 11.—En el resto de sus bienes, derechos y acciones, por iguales partes, a todos los herederos nombrados en esta cláusula».

La única hija, heredera, falleció el día 22 de septiembre de 2016. Antes de su incapacitación, había otorgado testamento el día 3 de mayo de 1979, en el que instituyó heredera a su madre, sustituida para el caso de premoriencia por una tía carnal de la testadora que falleció el día 17 de mayo de 1991.

En la escritura calificada, de aceptación y adjudicación de la herencia de doña A. E. S. D. y de doña M. L. C. S., el albacea contador-partidor expresa, respecto de doña M. L. C. S., que, «por lo mencionado anteriormente, por haber sido declarada incapaz, rige su sucesión en virtud de la sustitución ejemplar en el testamento de su madre doña A. E. S. D., mencionado y descrito (...)». Las adjudicaciones se realizan conforme a las disposiciones del testamento de doña A. E. S. D. y siguiendo las instrucciones de la cláusula de sustitución ejemplar.

b) Según el único de los defectos que es impugnado, el registrador considera que no es el testamento otorgado por la madre el que ha de regir la sucesión de su hija sino el otorgado por ésta en el año 1979, y si éste deviene ineficaz por fallecimiento de los herederos se abrirá, en su caso, la sucesión legítima conforme al artículo 912 del Código Civil.

c) El notario recurrente alega lo siguiente: que la voluntad de la madre testadora está claramente manifestada en el testamento, y el artículo 658 del Código Civil establece que la voluntad del testador es la ley de la sucesión; que, respecto de la sustitución ejemplar, la voluntad del legislador es que sólo quedará sin efecto la sustitución por el testamento realizado por el incapacitado después de la incapacitación y tras la recuperación de la razón o en un intervalo lucido (artículo 776 del Código Civil); que un testamento del sustituido otorgado antes de la enajenación mental no afecta a la eficacia de la sustitución ejemplar, pues de otra forma ésta quedaría vacía de contenido, y la madre al otorgar testamento tiene en cuenta el estado actual de su hija, por lo que establece la sustitución ejemplar; y que el testamento de la hija otorgado antes de su incapacitación regirá la sucesión de ésta respecto de sus bienes de carácter propio y no de los de herencia de su madre, cuyo destino se debe regir por la voluntad de ésta.

2. Establece el artículo 776 del Código Civil que «el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental». Y añade en el párrafo segundo que esta sustitución «quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón».

Este precepto contempla la llamada sustitución ejemplar o «quasi pupilar» –«ad exemplum» de la sustitución pupilar referida en el artículo anterior–, mediante la cual se nombra heredero por el ascendiente a su descendiente que, por ser modificada judicialmente su capacidad, no pueda otorgar testamento.

Tiene su origen en el Derecho romano y fue recogida en el título V de la Sexta Partida («De cómo pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en lugar de los que y fueron puestos primeramente; a que dizen en latín, substitutos») en los términos siguientes: «E otra manera y a de substitution, que es llamada en latin exemplaris; que quier tanto dezir, como establecimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es fecho al huerfano. E puedenlo fazer los padres e los abuelos, a los que descenden dellos, quando son locos o desmemoriados, establesciendoles otros por herederos, si murieren en la locura».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1941 expresó que su «fundamento natural y jurídico es la falta de capacidad de los enajenados y al amor que les profesan sus ascendientes, amor que les inclina y les lleva a procurarles un bien. En este caso tal finalidad tuitiva se obtiene dando un destino a los bienes del incapacitado que falleciera antes de haber recobrado la razón designándole un sustituto idóneo».

Aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina, son muchas las Sentencias del Alto Tribunal en las que se estima que en la sustitución ejemplar el ascendiente otorga testamento en representación del sustituido para evitar la sucesión intestada de éste (vid., entre otras, Sentencias de 10 de diciembre de 1929, 10 de junio de 1941 y 20 de mayo de 1972), de suerte que el sustituto hereda al sustituido y no al sustituyente. La Sentencia de 26 de mayo de 1997 expresa que «esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en el nombramiento de un heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente». Y el mismo criterio mantiene la Sentencia de 7 de noviembre de 2008. Según estos pronunciamientos, la

sustitución ejemplar –como la pupilar– constituye una excepción a la regla general del carácter personalísimo del testamento que establece el artículo 670 del Código Civil.

En la misma línea (y en contra de lo que afirmó, aisladamente, la Sentencia de 20 de marzo de 1967 –así como la Resolución de esta Dirección General de 6 de febrero de 2003–), el Tribunal Supremo ha entendido que la sustitución ejemplar comprende todo el patrimonio del sustituido y no sólo los bienes y derechos dejados a éste por el sustituyente. Según la Sentencia de 14 de abril de 2011, «la sustitución tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido –hijo menor o incapaz– y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907, que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997 (...).» Esa misma regla es la establecida en el artículo 425-10 del Código civil de Cataluña.

3. La cuestión central que se debate en este expediente es si el testamento otorgado por la sustituida antes de ser judicialmente incapacitada –anterior también al otorgado por la sustituyente– impide o no la eficacia de la sustitución ejemplar.

Se trata de una cuestión que no está prevista en la regulación del Código Civil que, como se ha expuesto anteriormente, se limita a establecer que la sustitución ejemplar quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón (artículo 776, párrafo segundo). Y en la doctrina no existe una opinión unánime, pues algunos intérpretes concluyen que el fundamento de la sustitución ejemplar –que no es simplemente la prevención de la sucesión intestada sino, esencialmente, la protección del incapacitado– exige que el ascendiente, mediante la sustitución testamentaria, pueda revocar el testamento anterior del sustituido en atención de la nueva circunstancia –la modificación judicial de su capacidad–; pero, para otros, la sustitución ejemplar es eficaz sólo si el sustituido no ha otorgado testamento antes de su incapacitación, como resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1941, al referir la declaración de incapacidad no al momento de la sustitución sino al tiempo del fallecimiento «sin testar del sustituido», así como del artículo 664 del Código Civil según el cual el «testamento hecho antes de la enajenación mental es válido»; de modo que, según esta tesis, las disposiciones sucesorias otorgadas por una persona antes la modificación judicial de su capacidad no pueden ser alteradas por la sustitución ejemplar ordenada por su ascendiente.

En el presente caso, la concreta cuestión planteada puede solventarse atendiendo a la «ratio» del precepto legal examinado y a su interpretación lógica y sistemática: si conforme al testamento otorgado por la sustituida en el año 1979, antes de su incapacitación en 1990, instituyó heredera a su madre, sustituida para el caso de premoriencia por su tía carnal, y ninguna de éstas ha sobrevivido a la testadora, debe entenderse que al fallecimiento de ésta no existe testamento (vid. artículo 912.3.º del Código Civil, según el cual la sucesión legítima tiene lugar cuando el heredero muere antes que el testador) a los efectos de la entrada en juego de la sustitución ejemplar ordenada en el testamento de la madre. Por ello, esta institución por vía de sustitución debe reputarse plenamente eficaz.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 10 de mayo de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.