

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVIII

Marzo de 1942

Núm. 166

La sustitución ejemplar

Uno de los artículos más oscuros del Código civil, pese a su aparente sencillez, es el 776, el de la regulación de la sustitución ejemplar o cuasi pupilar.

Dice así:

"El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a Derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado, hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón."

La sencillez aparente del artículo es grande, porque al otorgar la facultad a los ascendientes, sin distinguos, es de creer que se refiere a todos, por aquello del *ubi lex non distinguit*. Al expresar que para la validez de la sustitución ha de haber sido declarada judicialmente la demencia, va de suyo el ánimo hacia la necesidad de una declaración judicial *anterior al testamento*. Al dar esa facultad a los ascendientes para atender a la situación del demente, parece lógico que se extienda a todos los bienes del mismo.

Esa sencillez determinó a algún comentarista a decir que precisamente por ella el precepto no necesitaba comentario.

Y, sin embargo, cuando se estudian los antecedentes del caso y las consecuencias de sus interpretaciones, surgen las dificultades y problemas que dan al traste con las apariencias de sencillez.

Acabamos de verlo bien palpablemente en una sentencia del Tribunal Supremo al casar la recurrida de la Audiencia de La Coruña

sobre pleito procedente del Juzgado de Primera instancia de Noya, en oposición a tres sentencias del propio Tribunal.

Algo existe en el artículo 776 cuando tan alto Tribunal cambia de rumbo en la interpretación, referida en los cuatro pleitos al supuesto de la necesidad de una declaración judicial previa al otorgamiento del testamento sustitutorio—llamémosle así—, supuesto aceptado por aquellas tres sentencias primeras (de 1928, 1929 y 1932), pero negado por la última, la reciente del 10 de junio de 1941.

El precepto y la interpretación del Tribunal Supremo merecen estudio detenido, particularmente por las consecuencias que se desprenderán de la sentencia de 1941.

Consultemos sus antecedentes, el precepto mismo, las múltiples y contradictorias opiniones de los más destacados jurisconsultos, y según nuestro leal entender formulemos algunas de las conclusiones respectivas.

ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

En Roma ordenó Justiniano el derecho de la sustitución *cuasi-pupilar*, a *ejemplo* de la pupilar, recibiendo por ello el nombre de sustitución *ejemplar*, con el que principalmente se le conoció más tarde.

Del contenido y alcance del texto justiniano formamos juicio a través de distintos comentadores.

De Heinecio, en su obra "Recitaciones del Derecho Civil Romano", extracto lo siguiente:

"En el Digesto solamente se conocieron la sustitución vulgar y la pupilar. Después se añadió otra ideada por Justiniano, por lo cual se llama justiniana, aunque también ejemplar y cuasi pupilar, distinguiéndose ésta y la pupilar en las siguientes notas:

A) La pupilar se estableció para los impúberes, la cuasi pupilar para los curiosos, los mentecatos y más tarde también para los pródigos y sordomudos, aunque fuesen púberes.

B) La pupilar se hacía sólo por el padre; la ejemplar, por todos los ascendientes.

C) Se podía sustituir pupilarmente a los desheredados, pero ejemplarmente tan sólo a los instituidos herederos.

D) En la sustitución ejemplar debía guardarse cierta gradación para ser sustituto, que no se requería para la sustitución pupilar.

E) La sustitución pupilar concluía con la pubertad; la ejemplar, cuando cesaba el estado anormal.

Maynz, en su obra meritísima "Curso de Derecho Romano", se expresa así:

1.º La sustitución justiniana, cuasi pupilar o ejemplar, difiere de la pupilar, particularmente, en que no exige patria potestad ni impubertad.

2.º La redacción defectuosa de los dos únicos textos que tratan de esta creación Justiniana motivó grandes dificultades y controversias; por ejemplo, las siguientes:

A) Si la sustitución cuasi pupilar implica sustitución vulgar y, en su caso (es decir, suponiendo al demente impúber y bajo potestad) sustitución pupilar, cuestión que es de suma importancia en el caso de que el demente muera antes de llegar a la pubertad.

B) Si el testador debe limitar la sustitución a los bienes que deje al demente o si puede disponer además de todo su patrimonio, apoyándose los defensores de la limitación en la referencia concreta de Justiniano a aquellas cosas que *in testamento relictæ sunt* y en que solamente así se evita la complicación inmensa que resulta de autorizar a todos los ascendientes para hacer la sustitución ejemplar, y si bien es verdad que se objeta de contrario aquello de que *nemo pro parte testatus...*, es objeción de poco valor cuando se trata de una innovación de Justiniano.

De Ortolan, en "Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano", tomo lo que sigue sobre la sustitución ejemplar:

1.º Su objeto es prevenir el caso de que el hijo púbere muera intestado por su estado de demencia.

2.º Es una sustitución condicional, porque está hecha bajo esta condición: si muere sin haber recobrado su razón (*si non resipuerit*).

3.º Se halla colocada en segundo lugar, bajo una institución principal, porque el ascendiente no puede hacerla sino como cosa accesoría a su propio testamento.

4.º La sustitución ejemplar no se hace en virtud de la patria potestad, sino por la cualidad de ascendiente, sea el padre, la madre u otro ascendiente.

5.º Habiendo descendientes o hermanos del demente para la sustitución deben ser antepuestos, por ese orden, a las demás personas.

6.º Ante el problema, no resuelto por el Derecho Justiniano, de

la preferencia de testamentos cuando hubiere varios otorgados por distintos ascendientes del incapaz, tan sólo caben conjeturas: a juicio de algunos expositores, la voluntad del padre debe prevalecer; según otros, en vida del padre es éste el único facultado al efecto, y muerto el padre ocuparía su lugar el ascendiente más próximo; pero según otros, el ascendiente que muriese el último de todos asumiría las facultades de sustitución.

7.º Antes de Justiniano existía ese poder sustitutorio ejemplar del padre, pero a condición de solicitarlo y obtenerlo a medio de restricto del Príncipe.

El ilustre romanista francés Duareno dice que Justiniano se compadeció del hijo demente facultando a sus padres para testar por él; a sus padres, en plural (*notandum est Justinianum loqui de parentibus... nominatim de matre*), a diferencia de la sustitución pupilar, en la cual la facultad se concretaba al padre, debiendo tenerse presente —añade— que bajo la denominación de *hijos* se comprendían en la sustitución ejemplar todos los herederos, hijos, nietos, etc., al revés de la sustitución vulgar, si bien el comentarista francés consideraba excluida entonces la descendencia natural; pero en lo demás, sigue diciendo, en lo no exceptuado expresamente, deben aplicarse a la sustitución ejemplar las normas de la pupilar.

La sustitución ejemplar podía aplicarse incluso a los hijos impúberes, a juicio de tan distinguido tratadista, basado en la locución justiniana *ets puberes sint*, así como también en la razón lógica de que se consuela mejor al padre en bien del hijo descendiente incapaz autorizándole para el testamento sustitutorio cuando ya desde la impubertad esté enajenado, en previsión de que el padre fallezca durante esa impubertad del demente.

DERECHO ESPAÑOL

La ley 11, título 5.º de la Partida 6.ª, describe así la sustitución ejemplar:

“Es aquella que pueden facer los padres et las madres a su fijos que son locos et sin memoria... Pero tal sustitución como esta se puede desfacer en tres maneras: la una... si el substituto es desmemoriado et después desotorna en su memoria; la otra es quando nasce fijo o fija;

la tercera es si aquel que la hizo la revoca por otro testamento que face después."

Antonio Gómez, en "Variae Resolutiones" (edición de Madrid de 1768), dice lo siguiente:

1.º La sustitución ejemplar se aplica al pródigo también.

No se aplica al hijo natural de madre ilustre porque ella *no le debe legítima* ni él es capaz de sucederle; ni al hijo natural respecto a su padre, *porque no le sucede*.

2.º La madre que pasó a segundas nupcias no puede, a juicio de algunos, hacer sustitución ejemplar, porque ésta se funda en razones de humanidad y piedad, que desaparecen entonces, y aun por razones de administración de bienes, que también desaparecen; pero—añade el eminente publicista—creemos con otros comentaristas que aun la viuda puede hacer la sustitución ejemplar.

3.º Si el demente recobraba la razón quedaba revocado el testamento, pero si volvía a caer en locura, sin haber hecho entretanto testamento, volvía probablemente a renacer la cláusula sustitutoria.

4.º Si el padre y la madre hacían sustitución ejemplar, los bienes de cada uno y los de su línea iban al testamento o *sucesión respectiva*, mientras los ajenos a tales líneas (es decir, que podía disponer de todos los del demente) se *repartían* entre los herederos llamados por el padre y la madre.

Los señores Montalbán y La Serna, en su obra "Elementos del Derecho Civil y Penal de España", edición de 1877, dan por vigente entonces las normas siguientes:

1.ª La sustitución ejemplar es aquella que el padre, la madre, los abuelos y otros ascendientes hacen a los descendientes que hubieren perdido el juicio, para el caso en que mueran en tal estado sin testamento.

2.ª Como tal sustitución no constituye una consecuencia de la patria potestad, es claro que pueden hacerla los ascendientes respecto a los descendientes emancipados y a los que han contraído matrimonio. La madre que ha pasado a segundas nupcias no pierde tal facultad.

3.ª No puede hacerse la sustitución cuando los descendientes testaron válidamente antes de su enfermedad, porque la locura sobreviniente no es causa revocatoria del testamento.

4.ª El ascendiente debe respetar los órdenes de preferencia establecidos por la ley: descendientes, ascendientes y hermanos.

5.^a Cesa la sustitución ejemplar cuando el sustituido recobra el juicio o tiene un hijo o se revoca el testamento.

DERECHO VIGENTE SEGÚN EL CÓDIGO

Ya conocemos la letra del artículo 776.

Veamos lo que dice Mucius:

Primero. La sustitución pupilar y la ejemplar tienen un mismo fundamento histórico y jurídico: "son dos aspectos y una sustitución sola".

Segundo. Los antiguos fundaron la pupilar en el poder paterno; la ejemplar, en la naturaleza, en la humanidad, afecto, piedad y tutela de los parientes.

Tercero. Ambas van desapareciendo razonablemente de los Códigos modernos, quitando Portugal y Méjico.

Cuarto. La sustitución ejemplar alcanza tan sólo a los bienes del otorgante de la sustitución, pues otra cosa sería darles el Código civil carta blanca a los ascendientes, opuesta a la facultad que tenían en el Derecho antiguo, donde había ciertas gradaciones para ser sustituto, y al ordenamiento del mismo Código civil.

Quinto. La sustitución ejemplar sólo puede hacerse por los mayores de catorce años. Se concreta a los enajenados mentalmente, no se extiende a los pródigos ni sordomudos.

Sexto. Ante las graves dificultades nacidas de la frase "que conforme a Derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental", nos decidimos por un criterio marcado, no por el Código, sino por el aspecto jurídico más elemental, que compendiamos en estas conclusiones: A) El padre o la madre puede nombrar sustituto ejemplar para el hijo enajenado comprendido entre catorce y veintitrés años, sin necesidad de expediente de declaración judicial de la incapacidad. B) Después de los veintitrés años del hijo se necesita ya la declaración judicial previa de la incapacidad, que habrá de obtenerse conforme al artículo 213 del Código. C) El interesado justamente en la nulidad de tal sustitución vendrá obligado a probar que al otorgarse ésta el supuesto incapaz no lo era realmente.

Séptimo. Creemos que el artículo 776 reformó el criterio de las Partidas de establecer como único modo de distinguir la sustitución

ejemplar el recobro de la razón o memoria, pues, discusiones más o menos fundadas a un lado, entendemos que *el Código no se contenta con el recobro de la razón*, sino que requiere la existencia de un testamento que otorgue el incapaz en un intervalo lúcido, o después de recobrar permanentemente la razón.

Octavo. Es de estimar acertada la opinión de Antonio Gómez de carecer de aplicación la facultad sustitutoria cuando el demente de hoy tenga otorgado anteriormente su testamento.

Noveno. Otorgado testamento por el demente, ya en un intervalo de lucidez, ya por haber recobrado la capacidad, quede ineficaz el de la sustitución ejemplar, aunque el nuevo no contenga institución de heredero, porque al fin y al cabo es testamento, contiene voluntad de última disposición del otorgante, quien si no ha querido instituir heredero sería por atemperarse a las normas supletorias de la ley.

Décimo. Si a nombre del sustituido, o sea del incapaz, se han enajenado bienes de los comprendidos en alguna cláusula del testamento sustitutorio, el llamado a ello en el testamento deberá contentarse, salvo lesión en su legítima, con el remanente de la cláusula o hijuela.

Del Sr. Sánchez Román, en sus "Estudios de Derecho Civil", son estos conceptos:

1.º Por el Derecho anterior al Código era preciso nombrar como sustitutos ejemplares del demente a los descendientes legítimos, ascendientes o hermanos, por ese orden; pero hoy, el artículo 776 no pone ninguna traba al testador, siendo, por consiguiente, libre el nombramiento del sustituto en ese aspecto.

2.º Para que actualmente pueda nombrarse sustituto al demente será necesario expediente judicial previo, instado por los que tengan derecho a sucederle abintestato o, en su caso, del Ministerio fiscal. Esto presenta, sin embargo, un problema de carácter procesal en los casos en que el demente se halle sujeto a la patria potestad, por lo que resulta de los artículos 213 y siguientes del Código, creyendo nosotros, contra la opinión de algún comentarista (alude a Mucius), que la previa declaración judicial se refiere aun a los supuestos en que el demente esté sujeto a la patria potestad, ya que la ley no hace distinción de casos ni personas: la jurisprudencia es la encargada de determinar el sentido en que hayan de entenderse y aplicarse tales disposiciones, mancadas en la redacción.

3.º El testamento sustitutorio subsiste mientras no lo deje sin efecto otra disposición testamentaria del incapacitado, aunque lo lógico *hubiera sido* que por el mero hecho de recobrar su capacidad quedase destituido de eficacia el testamento de la sustitución, a ejemplo de la pupilar, donde por el solo hecho de alcanzar el impúber la edad de catorce años, se extingue la sustitución pupilar.

4.º Si el incapaz otorgó testamento antes de caer en la enajenación mental, no pueden ya sus ascendientes otorgar la cláusula de la sustitución ejemplar, aun cuando pretendiesen limitarla a los bienes de los otorgantes mismos.

Manresa se expresa así, sustancialmente, en el comentario al precepto que nos ocupa:

1.º Mientras que en algunos artículos de los contados Códigos extranjeros que regulan la sustitución ejemplar se previene que el ascendiente puede nombrar sustituto a los descendientes mayores de edad que conforme a Derecho *hayan sido declarados incapaces* por enajenación mental, en otros, como el artículo 1.862 del Código portugués, se expresa que tal sustitución queda sin efecto si el incapaz *recobra la razón* y se declara así por *sentencia judicial*.

2.º La propia esencia de la sustitución ejemplar requiere que el sustituido se halle en estado de ser incapaz para testar, pero que deja de serlo por causa de la incapacidad declarada. No basta que el sustituido incurra en demencia, sino que, conforme a los claros términos del artículo 776, es preciso que la demencia sea declarada en forma.

3.º En resumen. Para la sustitución ejemplar es indispensable la concurrencia de los requisitos siguientes: A) Que la persona que haya de ser sustituida sea mayor de catorce años. B) Que haya incurrido en incapacidad por enajenación mental. C) Que la incapacidad haya sido declarada con arreglo a Derecho.

Es de excepcional importancia lo que extractamos del Sr. Maura en el dictamen 19 del tomo I y en el 11 del III:

Primero. Dificultades arduas presenta el artículo 776 del Código por causa de la anfibología de que adolece, como el momento de la declaración de incapacidad mental, la extinción del testamento de la sustitución ejemplar, si es preciso ser mayor de edad para la declaración judicial de demencia en vista del artículo 213 del Código, etc.

Segundo. Visto el contenido de ese último artículo, algún comentarista creyó que antes de cumplir la mayoría de edad el demente

podría el ascendiente prescindir de la declaración de herederos, pero que en cumpliéndola sería necesaria para la sustitución, opinión que carece de fundamento en el artículo 776.

Tercero. La declaración judicial de incapacidad ha de hacerse sumariamente, cabiendo luego contra ella el pleito ordinario, siendo, pues, interina e inestable tal declaración judicial, calidad que no cuadra bien con el extremo rigor de referirla precisamente a fecha anterior al nombramiento.

Cuarto. Una declaración judicial de incapacidad parece requerirse por el artículo 776: que sea hecha *antes del testamento, o después, lo estimamos indiferente*, siquiera no falte apoyo en la letra del precepto para inclinar el ánimo a primera vista al tiempo anterior al testamento, contra otros razonamientos de mayor fuerza, principalmente el ánimo y espíritu de la disposición misma.

Quinto. El ascendiente puede disponer universalmente de los bienes del enajenado, porque se trata de un título sucesorio, se testa en lugar de él. Ya lo decían las Partidas: "E si muriese en la locura aurá el substituto todos los bienes dél", texto más claro y explícito en ese punto que el del Código Justiniano (Ley 7.^a, párrafo 2.^o, título 7.^o, libro 5.^o) y otros de la Instituta, sin importar que el Código portugués redujese la sustitución a los bienes provenientes de quien la ordena, pues la legislación española siguió otros senderos.

Sexto. Todos los ascendientes están facultados para hacer la sustitución que esa índole tutelar tiene la sustitución ejemplar; pero eso mismo es compatible con la existencia de un orden prelativo entre ellos, pareciéndonos que en las disposiciones que resulten incompatibles, *el grado más próximo excluiría al más remoto*, a semejanza del artículo 220.

La "Enciclopedia Jurídica Española" se expresa del siguiente modo:

1.^o Para el Derecho romano, en la sustitución pupilar era indiferente que el padre instituyese o desheredase al descendiente para quien nombraba sustituto; pero en la ejemplar el ascendiente había de dejar al enajenado la legítima debida por el ascendiente mismo para poder nombrarle sustituto.

2.^o Ya dentro de nuestro Código civil no vemos inconveniente en aceptar el criterio racional de Mucius cuando dice que al demente menor de edad pero mayor de catorce años puede el padre designarle

sustituto sin previa declaración judicial de demencia, mas al mayor de edad no puede designárselo sin ella.

3.º La sustitución ejemplar, cual la pupilar, puede ser expresa o tácita.

4.º Para extinguir o dar por ineficaz el testamento de la sustitución ejemplar no basta que el demente recobre de algún modo la razón, pues se requiere, además, que otorgue testamento.

5.º Al que cae en estado de demencia no se le puede sustituir en forma ejemplar cuando ya el incapaz tenga hecho por sí mismo algún testamento, porque la finalidad de tal sustitución es evitar que el incapaz muera sin testamento.

6.º La disposición testamentaria que el incapaz haga después del testamento sustitutorio hace éste ineficaz, por más que el nuevo no contenga institución hereditaria.

Del Catedrático Sr. Traviesas, en la *R. D. P.* de diciembre de 1927:

A) El artículo 776 no exige para la validez de la sustitución ejemplar que el ascendiente deje al sustituido o demente su legítima, por cuanto se trata del testamento de éste y no del que otorgue por sí el ascendiente.

B) Tanto la letra como el espíritu de la ley sustantiva exigen de manera incontrovertible la previa declaración judicial de incapacidad del menor, estando la dificultad únicamente en el estado procesal, si bien la declaración deberá hacerse sumariamente y ser resuelta por auto, a tenor de los artículos 218 y 219 del Código, aunque prescindiendo, cuando se trate de menores constituídos en patria potestad, del Consejo de familia.

C) La sustitución queda sin efecto por las causas establecidas en el artículo 776, pero también por la revocación del testamento hecha por el ascendiente que hubiese otorgado el testamento del incapaz.

D) Cuando varios ascendientes otorguen testamento sustitutorio, parece razonable darles la preferencia indicada por la ley para los casos del desempeño de la tutela legítima.

Del eminente Castán recordamos lo siguiente:

Primero. La sentencia del 6 de febrero de 1907 da por supuesta la facultad de testar por entero a nombre del demente.

Segundo. El profesor Traviesas sostiene que si concurren varios testamentos de ascendientes es preferido el del llamado a la patria potes-

tad o a la tutela legítima; pero no dejará de ser aceptable estotro criterio: el testamento último de cualquiera de los ascendientes deroga el anterior.

Tercero. Es anómalo que *no baste* el simple hecho de recobrar la razón el incapacitado para dar por extinguida la sustitución ejemplar, por aquello de que *sublata causa tollitur effectus*, y, además, la ejemplar o cuasi pupilar se estableció a ejemplo de la pupilar, en la cual basta cumplir la edad de catorce años para que el testamento quede ineficaz.

PROBLEMAS PLANTEADOS

No es necesario consultar más opiniones, ni aun todas las aludidas, para hacerse cargo de la existencia de multitud de cuestiones surgidas en la aplicación del artículo 776 del Código civil. *Tot capita tot sententiae*, casi podríamos repetir aquí, donde apenas se encuentran dos opiniones francamente acordes, salvo algunos detalles, siendo el mismo Tribunal Supremo el que en un punto muy fundamental nos ha presentado dos criterios notoriamente dispares.

Estudiemos por separado algunos problemas de aquéllos, los de mayor relieve.

ASCENDIENTES A QUE SE REFIERE

En el Derecho romano y el de las Partidas podría surgir la duda, a pesar de que los textos se concretaban literalmente al padre y a la madre, pero hemos visto que algunos comentaristas eminentes lo aplicaban a todos los ascendientes, como si el término *madre* se hubiese escrito tan sólo para que no se la considerase excluida de la facultad sustitutoria.

En el Derecho vigente, el de nuestro Código, no cabe ya, en abstracto, semejante duda, en vista de la voz *ascendientes*; son todos los ascendientes.

La duda, el problema no pequeño aparece cuando queremos saber si viviendo un ascendiente muy próximo, en particular el padre del demente, pueden testar los demás ascendientes.

Después de haber resumido, al principio de nuestro estudio, las opiniones de los más doctos tratadistas, no vamos a reproducirlas. Basta

recordar que, según unos, deben incluirse todos los ascendientes, indistintamente, pudiendo cada uno de ellos revocar libremente el testamento del anterior; según otros, la revocación, en cuanto a los bienes propios del ascendiente, tan sólo puede hacerla éste, existiendo varios tratadistas para quienes el ascendiente más próximo excluye al más remoto, a la manera de lo dispuesto para la tutela en el artículo 211 del Código.

A nuestro juicio, tanto más modesto, militan las mayores razones en favor del pariente más próximo, según el orden, en cuanto resulte aplicable, de dicho artículo 211. Nos parece poco menos que anárquico autorizar a todos los ascendientes de modo indistinto para hacer y deshacer, en todo o en parte, cuanto hubiese ordenado cualquiera de los demás. La seguridad en los testamentos y la unidad en sus disposiciones se compaginan mal con la facultad de todos los ascendientes en aquella forma abigarrada.

Además, el testamento es un acto personalísimo, y si bien es verdad que precisamente la sustitución ejemplar implica una excepción de la regla, debe con todo mantenerse la excepción dentro de los límites inmediatos a tal condición personalísima, lo cual se obtiene mejor atribuyendo la autorización al ascendiente más próximo.

¿Quién suele estar más al tanto, al cuidado y conveniencias del incapaz que el pariente más próximo para darle como heredero al que mejor haya de cuidarle, disponiendo de antemano lo conducente para asegurar el éxito?

Sería anormal, irregular, que habiendo ordenado el padre una sustitución ejemplar, viniese cualquiera de los abuelos a derogarla para ordenarla en otra forma, y no digamos nada ya sobre el espectáculo que darían varios ascendientes otorgando y revocando los testamentos y cláusulas sustitutorias.

Ahora bien: a aquella pregunta de si la mujer ascendiente que pasó a segundas nupcias podrá otorgar el testamento, contestamos afirmativamente, porque la limitación del ejercicio de la patria potestad a que se refiere el artículo 168 del Código, precepto que tampoco es absoluto, tiene fundamento muy distinto del de la facultad aquélla.

A nuestro entender, el orden de preferencia de los ascendientes será éste: el padre, la madre, el abuelo paterno, el materno, la abuela paterna...

BIENES DE LA SUSTITUCIÓN

Respecto al problema de la índole de bienes, materia de la sustitución ejemplar, ya hemos visto que, a juicio de algunos jurisconsultos, el ascendiente debe limitarse a los bienes que el mismo le deje al descendiente cuyo testamento otorga, contra otros publicistas, que extienden la facultad a toda clase de bienes presentes y futuros del incapaz, cual si efectivamente hiciese éste el testamento por sí mismo, sin hablar ya de opiniones más o menos eclécticas.

A nosotros nos parece opinión sólida la última de aquellas dos, la de la más amplia facultad del ascendiente para disponer de toda suerte de bienes del demente, cualquiera que sea su procedencia, en términos generales, por la razón indicada de que la sustitución ejemplar se otorga en beneficio del incapaz, como acto de piedad, a fin de no dejarle intestado, y hasta pensando en disponer una sustitución oportuna y conveniente para el infeliz que tanta compasión necesita de sus deudos, a quienes es lógico que el ascendiente busque, halague y premie.

Por otra parte, puede ocurrir que el ascendiente sea tan pobre que no tenga bienes de que disponer, o tenga muy pocos, mientras el demente tenga muchos, y no vamos a privar al ascendiente pobre de proporcionarle al demente el consuelo de una sustitución bien prevista y ordenada.

De la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de junio de 1941, que luego comentaremos, se desprende esa doctrina de libertad o amplitud del ascendiente, siquiera no aparezca concretamente definida en el fallo, porque, como en el mismo se dice reiteradamente, no ha sido sometida la cuestión a su conocimiento.

SUSTITUCIÓN DEL DESHEREDADO

Ante lo expuesto, parece lógico que en el caso, más teórico que práctico, de que el descendiente se hubiese hecho acreedor a la desheredación con anterioridad a la fecha de su incapacidad, pueda el ascendiente, precisamente el que le desherede por causa legal, nombrarle sustituto ejemplar, por cuanto desheredado y todo puede el demente poseer bienes propios, los de otra procedencia: a supuestos distintos, regulación distinta.

LA FILIACIÓN NATURAL

Cabe aquí la cuestión de si el artículo 776 es aplicable a la filiación natural. La contestación resulta más sencilla que muchas, porque ese precepto figura en secciones donde tantos otros le son también de aplicación al hijo natural. Ni se advierte la menor razón para privarle de tal piedad o beneficio.

En este caso sí que parece que el ascendiente llamado a hacer la sustitución nunca pueda ser otro que el padre o la madre, ya que al nacer un hijo natural se crea o establece un nuevo estado de cosas ajeno a los ascendientes del padre o madre natural.

SUSTITUCIÓN ANTERIOR A LA PUBERTAD

Otro caso digno de atención es la posibilidad de sustituir en forma ejemplar antes de los catorce años del incapaz.

A primera vista se contestaría negativamente, porque el precepto en cuestión se concreta al demente mayor de catorce años; pero deteniéndonos un poco en la entraña de la ley, no se ve el menor motivo de no adelantar los acontecimientos, advirtiéndose, en cambio, poderosas razones para el adelanto o previsión.

En efecto; si el padre ve a un hijo demente, tal vez imbécil el desdichado, es evidente la utilidad de no aguardar la pubertad, con el consiguiente peligro de que no pueda más tarde hacerse la ansiada sustitución.

QUIÉNES PUEDEN SER SUSTITUTOS

Todos los que pueden heredar al incapaz; cuanto él pudiese haber hecho con sus bienes, podrá hacerlo en su lugar el ascendiente, incluso desheredar por la causa justa que procediere.

Puede ocurrir que el ascendiente se nombre sustituto a sí propio en la porción libre del incapaz, y se preguntará si ello es lícito, sobre todo teniendo descendientes u otros ascendientes.

Sin desconocer en ello un problema, estimo elemental que el otorgante del testamento no aparezca favorecido cuando haya otros de mejor derecho, o de derecho igual: piedad, sí; pero egoísmos, no.

En ningún supuesto podrá hacer reconocimientos de hijos naturales del incapaz, por acusada que fuere la paternidad, pues se trata de actos personalísimos y de tanta trascendencia y obligaciones para el supuesto padre natural.

EXTINCIÓN DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

Lleno de dificultades se presenta este asunto en el artículo 776.

Aparentemente, la solución es sencilla, por cuanto el precepto dice que el testamento de la sustitución queda sin efecto, por el que el incapaz otorgue durante un intervalo lúcido, o después de recobrada la razón. Este inciso parece tan claro, que cuanto más se lee, más se figura uno que se refiera a los dos tiempos que, según el Código, puede otorgar su última voluntad el declarado demente, o sea, en un intervalo lúcido, o con posterioridad al recobro del hábito de la razón; en otros términos, se supone siempre que el demente otorgue testamento por sí mismo para la caducidad del otro, sin ser suficiente que haya recobrado la capacidad.

Si el legislador hubiese querido expresar otra cosa no habría empleado *varios términos* incompatibles con el supuesto de que por el mero recobro de la razón habitual decaiga el testamento; las palabras *durante* y *después* se completan y entrelazan visiblemente.

Además, no hubiera empleado probablemente la frase *después de recobrada* la razón, sino *al recobrar la razón*, de no decirlo ya con la claridad y exigencia notoria del Código portugués, el cual refiere el recobro de la normalidad a su declaración por sentencia judicial.

Sin embargo, algo ocurre cuando jurisconsultos del mayor relieve explican el inciso cual si estuviere redactado así: "La sustitución se extingue después que el demente recobre la razón, o en virtud de testamento que hubiese otorgado en un intervalo lúcido." Es decir, que, según ello, bastaría el hecho de haber recobrado el hábito de la razón para dar por ineficaz el testamento sustitutorio, que era lo que acontecía en el derecho antiguo con el aplauso de los hombres de leyes.

TESTAMENTO ANTERIOR DEL INCAPAZ

Si antes de caer en incapacidad una persona ha tenido la previsión de otorgar testamento, cabe preguntar si el ascendiente puede revocarlo al verla caída en demencia.

No es tan sencilla como parece la contestación. Suele decirse, ya de antiguo, que entonces el ascendiente carece de facultad para la sustitución ejemplar; pero yo entiendo que si bien es verdad que, conocida la voluntad de una persona, no es procedente contradecirla ni modificarla como no sea por ella misma, también es verdad que si ha ocurrido algún grave acontecimiento posterior al testamento mismo, no se debe afirmar que se contradiga o modifique la voluntad del testador.

El ejemplo puede verse en el caso de que el demente hubiese instituido herederos a sus padres, sin prever la sustitución vulgar, y que los instituidos falleciesen en la demencia del hijo, o que éste tuviese algún hijo posterior al testamento y no incluido en él.

¿No será lógico, humano y piadoso, reputar autorizado en casos semejantes al ascendiente para un nuevo testamento? Se nos dirá que el incapaz, cuando otorgó testamento antes de caer en esa situación, ha podido prever aquellos casos. Cierto; pero no deja de ser una imprevisión muy corriente; ni pueden extremarse tanto los cálculos de las previsiones. Bien que valga, como debe valer, aquel testamento anterior a la incapacidad; pero estimamos justo que valga también el sustitutorio en todo cuanto se refiera a la institución de herederos, la misma que precisamente ha quedado sin efecto al ocurrir el acontecimiento no previsto en el primitivo testamento. El nuevo, el de la sustitución ejemplar, deberá concretarse entonces a la institución de heredero, pero esto deberá autorizarse.

DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD

Recordemos cómo varios comentaristas niegan la posibilidad legal de declararse judicialmente la locura o demencia del *menor de edad*, fundándose en el artículo 213 del Código, que refiere la declaración de incapacidad a los *mayores de edad*.

Pero fijémonos en que ese artículo no dice que únicamente a los mayores de edad se les pueda declarar incapaz; no excluye en modo alguno que el mayor de catorce años pueda ser objeto de la declaración de incapacidad, y parece natural que si el de catorce años cayó seguidamente en estado de demencia, pueda el ascendiente, el mismo padre, aun en la tesis de no ser necesaria la declaración previa de demencia, solicitar del Juzgado tal declaración, ya, para mayor seguridad, en el testamento sustitutorio que intente, ya para salir de las dudas que pudiese tener sobre la realidad de la demencia.

¿Por qué se le va a negar al ascendiente esa garantía y tranquilidad respecto al mayor de catorce años, pero menor de edad?

Lo de oír al consejo de familia para la declaración de incapacidad, conforme al artículo 216, es visto que se refiere al caso de la tutela, sin detrimento u obstáculo, para que, prescindiendo, por supuesto, de tal audiencia cuando se trate de declaración de incapacidad del sujeto a la potestad paterna, solicite el que ejerza ésta la declaración judicial de demencia: las leyes no pueden prever todos los supuestos o eventualidades.

NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL

Con esto llegamos al punto culminante de los problemas: al caso determinante de este trabajo. Si la declaración judicial de demencia debe preceder al testamento de la sustitución ejemplar.

Indicadas ya al principio las opiniones principales sobre punto tan debatido, voy a resumir las sentencias dictadas al respecto por el Tribunal Supremo, y después expondré algunas conclusiones.

Sentencia del 21 de abril de 1928.—Un padre, a medio de testamento de 1894, instituyó heredero a un hijo mayor de treinta años, expresando que por hallarle incapacitado de hecho, le sustituía en forma ejemplar varios parientes de tercero y cuarto grados.

Muerto el padre, no tardó en hacerse la declaración judicial de la incapacidad.

Fallecido en 1924 el incapaz, fué combatida de nula la cláusula sustitutoria, a lo cual accedió el Juez de Primera instancia de La Roda, don Agustín Polidura. Apelada la sentencia, fué revocada por la Sala de lo Civil de Albacete.

Se planteó luego el recurso de casación, bajo la firma del letrado señor Ossorio Gallardo, quien alegó en particular las razones siguientes:

A) Sería inadmisibles e inhumano imponer al padre, sobre quien pesa ya la terrible desgracia de la enfermedad del hijo, una declaración previa de incapacidad del mismo.

B) El artículo 776 refiere el pretérito perfecto de subjuntivo "haya sido" a la fecha de la muerte del sustituto y no a la del otorgamiento del testamento.

C) En el caso de autos no cabía duda de que el *sustituído* venía en

estado de incapacidad desde niño; como que para eximirle del servicio militar se le tuvo por imbecil.

D) Aun declarada judicialmente incapacitada una persona, si se otorga por ella el testamento, resulta, conforme al Código, que si el incapaz recobra plenamente la capacidad mental, en la que permanezca hasta su muerte, deviene ineficaz la sustitución; de donde se sigue que para la ley "el único acto regulador de la sustitución ejemplar es el de la muerte del incapaz".

Pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación exponiendo:

1.º El pretérito perfecto *haya sido* demuestra claramente la necesidad de la declaración previa; esto es, que la declaración judicial debe *preceder* al testamento.

2.º La intención del legislador no parece otra tampoco; como que del texto de la ley 11 del título V de la partida 6.ª se desprende que ya entonces era requisito indispensable la declaración judicial anterior al testamento.

3.º Ello representa una garantía para el estado del sustituido muy necesaria, sobre todo teniendo en cuenta la amplitud de las personas comprendidas en el artículo 776 como ascendientes autorizados para otorgar la sustitución.

Sentencia del 10 de diciembre de 1929.—Tratábase de un pleito sustanciado en uno de los Juzgados de La Coruña, sobre una cláusula testamentaria de 1916, en la cual un padre sustituía en la triple forma de vulgar, pupilar y ejemplar a una hija natural menor de los catorce años todavía, pero en previsión, respecto a la sustitución ejemplar, de que no llegase a alcanzar la capacidad mental.

El Juzgado declaró nula la cláusula, como opuesta al artículo 776 del Código, y la Audiencia de La Coruña confirmó la sentencia apelada.

Sostuvo el recurso de casación el Sr. Viguri, como letrado, alegando no ser necesario para la sustitución ejemplar que el incapaz haya cumplido los catorce años, bastando que llegue a cumplirlos, así como también en que el padre, mientras el incapaz no alcanzase la mayoría de edad, no tenía por qué promover la incapacidad del hijo, pues hasta entonces absorbía su personalidad, además de desprenderse de la redacción del artículo 776.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso porque:

1.º El texto de ese artículo no autoriza a creer que, hecha la decla-

ración de incapacidad antes de los catorce años del incapaz, sea preciso hacer otra para el testamento sustitutorio, por cuanto donde hay la misma razón debe aplicarse la misma norma de derecho.

2.º Es requisito indispensable para la sustitución ejemplar que la declaración judicial sea anterior al testamento, no habiendo inconveniente en hacerla antes de los catorce años, como pudo, por consiguiente, haberse hecho en el caso de autos.

Sentencia del 15 de febrero de 1932.—En 1877 un matrimonio otorgó testamento mancomunado de sustitución vulgar, pupilar y ejemplar, con relación a un hijo menor de catorce años, a quien a la vez reconocieron como natural y único heredero, aludiendo a la ejemplar para el expreso evento de que el hijo llegase a alcanzar los catorce años de edad en el estado de demencia que padecía.

Más tarde, en 1900, la propia madre del incapaz, ya viuda, otorgó nuevo testamento de sustitución ejemplar, con designación, además, del organismo tutelar en razón de la demencia. En la cláusula sustitutoria establecía que debía darse a la sustitución el alcance posible del artículo 776 del Código.

Promovido pleito ante el Juzgado de Mérida con la súplica de la anulación de ese testamento de 1900 en todo el alcance de la cláusula sustitutoria, o cuando menos en la disposición de bienes ajenos a la testadora, por falta de declaración judicial previa, con la declaración, además, de la nulidad de las particiones hechas a base de tal cláusula y la de las inscripciones consiguientes, que deberían ser canceladas en el Registro de la Propiedad, así como declararse que los demandantes eran herederos abintestato del llamado incapaz, a quienes, por lo tanto, deberían entregar los bienes en cuestión.

Los demandados contestaron que el sustituido se hallaba realmente incapacitado desde niño por una enfermedad incurable, que había determinado su exención total del servicio militar, y también por esa causa, a la muerte de su padre, siendo mayor de edad el incapaz, intervino en su representación un curador, y a la muerte de la madre fué declarada más concretamente la incapacidad y se le constituyó el organismo tutelar.

El Juzgado estimó la nulidad solicitada, y la Audiencia de Cáceres, previa vista en discordia, confirmó la sentencia apelada.

El recurso de casación fué mantenido por D. Francisco Bergamín, y compareció en el acto de la vista, por la parte recurrida, el Sr. Ossorio Gallardo.

Alegó el recurrente en sus motivos de casación que si bien el propio recurrente sostenía la interpretación del artículo 776 del Código de ser necesaria la declaración judicial de demencia, afirmaba que, en cuanto a la forma de verificarla, no era preciso someterla al artículo 218 del mismo Código, cuando se trate, como en el caso presente, de las realizadas antes de la publicación de ese Cuerpo legal, a más de no creer el recurrente que fuese necesario que la declaración judicial de incapacidad hubiese de preceder al testamento.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, por entender que el artículo 776, corroborado en ese sentido por dos sentencias ya, requiere que la declaración judicial de demencia preceda al testamento de la sustitución.

Sentencia del 10 de junio de 1941.—Un señor instituyó heredero en el año de 1900 a su hijo, sacerdote; pero considerándole en estado de demencia, aunque no declarada judicialmente todavía, ordenó la sustitución ejemplar.

A los cuatro meses del testamento falleció el testador, o sea el padre, quedando su viuda, la cual otorgó en 1902 su testamento, instituyendo único heredero a la misma persona, al sacerdote hijo suyo; pero continuando, a juicio de la testadora, en el estado de demencia, ordenó nueva sustitución ejemplar, obligando a los sustitutos a mantener y cuidar al incapaz.

En auto judicial del 16 de mayo de 1916, muerta ya su madre, el sacerdote fué declarado judicialmente incapaz y sometido a la consiguiente tutela.

Al fallecer él también, sus parientes más próximos pretendieron ser declarados sus herederos abintestato, a base de que la sustitución era nula, por falta de declaración judicial *previa*; pero el Juzgado rechazó la pretensión, reservándose para ventilarla en juicio ordinario.

Presentóse, en efecto, la demanda de mayor cuantía pidiendo la nulidad de la cláusula sustitutoria, y que, en caso de no ser declarada nula, se la reputase limitada a los bienes de la testadora, o sea, de la madre del incapaz, sin poder extenderse a los que de otras procedencias pertenecían al sacerdote sustituido.

Opuestos a la demanda los demandados, el Juzgado de Primera instancia de Noya desestimó la demanda en cuanto a la nulidad de tal cláusula, pues la estimaba válida, si bien limitó la validez a los bienes que al sacerdote había transmitido por herencia su madre, ya que el

propio Juzgado entendía que tan sólo en los transmitidos por el otorgante de la cláusula sustitutoria era lícita la sustitución ejemplar del artículo 776 del Código.

Tramitada la apelación, a instancia del demandante, ante la Audiencia de La Coruña, bajo la ponencia de un esclarecido Magistrado, que lo es actualmente de la Audiencia de Madrid, revocó la sentencia del Juzgado, estimando nula por entero la cláusula sustitutoria, conforme solicitaba el recurrente.

Entonces la parte apelada compareció en la Audiencia para preparar el recurso de casación por infracción de ley, que luego se formalizó ante el Tribunal Supremo, con la dirección del Letrado D. Julio Wais, alegando principalmente los motivos siguientes para el recurso:

1.º No se trata aquí de una sustitución ejemplar corriente, sino que la testadora ha nombrado herederos suyos a determinadas personas para el caso de que su hijo, el sacerdote, falleciese sin recobrar la razón, imponiéndoles aquella obligación tan respetable y acertada de cuidarle, etc., no como carga, sino como disposición perfectamente lícita en tales circunstancias, conforme lo era ya ante las Partidas, aun para el supuesto de que el hijo no estuviese declarado judicialmente incapaz, bastando la declaración de incapacidad que hacían los padres y que en tal incapacidad se hallase al morir: "establezco por mi heredero a Fulano mi hijo, e si él muriese en aquella locura en que agora es, establezco por su heredero en su lugar a Fulano" (texto de las Partidas). Era suficiente, pues, la declaración del padre y acreditar que la locura persistía al fallecer el padre mismo.

2.º Ese derecho histórico no ha sido alterado por la ley de Bases del Código civil, el cual, en el artículo 776, se inspira ciertamente en la doctrina de las Partidas, sin más variación importante que la de ampliar a los ascendientes en general la facultad de la sustitución.

3.º Otra interpretación fundada únicamente en la letra del artículo no debe prevalecer más tiempo, por contraria al fundamento, finalidad y objeto de la sustitución tan humanitaria, a ejemplo de la sustitución pupilar.

4.º Hasta la letra del repetido precepto autoriza la interpretación de referir la fecha de la declaración judicial a cualquier momento anterior a la muerte del incapaz, aunque ese momento sea posterior al testamento de la sustitución.

5.º El requisito de la declaración judicial previa al testamento es

inútil, antijurídico, inhumano e imposible en muchos casos (en los de no haber alcanzado el incapaz la mayoría de edad, requerida por el artículo 213 del Código).

6.º “No sólo no es necesaria la declaración de incapacidad previa al testamento, sino que ni aun siquiera es precisa la incapacidad notoria en ese momento, y basta que los padres puedan sospechar o temer que un hijo caiga en locura para que válidamente establezcan la sustitución para tal caso, porque las previsiones testamentarias se refieren a hechos futuros y se cumplen cuando éstos acaecen.”

En consecuencia, debe ser suficiente que el ascendiente haga en el testamento la manifestación o declaración de demencia, “para que se pruebe y se convalide en el momento preciso”.

El Tribunal Supremo recogió y amplió lo fundamental de esos razonamientos, y declara:

Primero. “Que este parecer (el de la declaración judicial previa al testamento) sólo puede ser sostenido al amparo de la letra del párrafo en cuestión, elemento útil y atendible para la interpretación, pero no hasta el extremo de que imponga un criterio de inexcusable servidumbre a la letra, que haya de ser seguido aunque se dude de que conduzca al conocimiento seguro de cuál fué el verdadero sentido del legislador.”

Segundo. La exactitud de la declaración del ascendiente relativa al estado de demencia del descendiente resulta tan garantizada con una declaración judicial anterior al testamento como con la posterior, “siempre que preceda al momento de la efectividad de ésta el que ha dejado ya de ser eventual y de estar sometido a las condiciones resolutorias señaladas en el párrafo segundo del artículo citado”.

Tercero. De ello se desprende que no existe razón jurídica ni de conveniencia social que abonen la utilidad o necesidad de negar a los ascendientes la facultad de la sustitución aun antes de la declaración judicial de la incapacidad, habiendo, en cambio, muchas razones que abonan la facultad misma, entre ellas los perjuicios que de negarla se derivarían, tanto más que el estado mental del sustituido en el instante de su muerte es el que rige en definitiva para la eficacia de la sustitución.

Indicadas las cuatro sentencias, vengamos concretamente al debate sobre la necesidad de una declaración judicial previa al testamento de la sustitución.

Con decir que es todo un problema, dicho se está que mientras el

legislador no lo aclare con el éxito correspondiente, cada uno opinará a su manera, según el prisma por donde lo mire. Si tres fallos tan autorizados y contestes no fueron bastante para persistir en su doctrina en el mes de junio de 1941, por estimarlos más ajustados a la letra del precepto que a la mente del legislador y al *finis legis*, no tendrá nada de particular que haya ahora quien disienta de ese fallo último, siquiera nosotros estemos persuadidos de que imperará en los Tribunales de Justicia la doctrina del nuevo fallo, que no en vano fué dictado después de concienzudo examen de las tres sentencias que le precedieron, así como de las consecuencias de un cambio tan importante en la interpretación del artículo 776.

OBJECIONES A ESA DOCTRINA

Suele invocarse las siguientes, como más destacadas:

Primera. Se impone la interpretación literal, porque la declaración judicial anterior al testamento aleja serias dificultades e irregularidades, como la de poner en manos de los ascendientes una facultad definidora de incapacidades mentales, que frecuentemente hacen vacilar a los más doctos en la materia.

Segunda. Si no se requiere la declaración judicial previa al testamento, porque baste la posterior, se llega a la conclusión lógica de que tampoco se necesite la posterior, por cuanto las declaraciones judiciales no tienen efecto retroactivo, pudiendo, además, ocurrir que una persona se halle en estado de demencia en el año de 1942, al declararse así por la autoridad competente y haber estado en su cabal juicio en el año de 1930, en que se hubiere hecho el testamento sussitutorio.

Tercera. Si resulta cruel o inhumano obligar a un padre a solicitar del Juzgado la declaración de incapacidad de su desgraciado hijo, cual sostiene la doctrina discutida, no deja de ser bastante inhumano para el propio hijo que, después de haber otorgado su ascendiente el testamento de sustitución en obsequio del mismo incapaz, le tenga años y años pendiente de un elemento indispensable para la eficacia del testamento, o sea, de la declaración judicial de incapacidad, con el evidente peligro de que entretanto le sorprenda la muerte al hijo, o al padre: si le sorprende al hijo, el testamento no le ha valido de nada, pues fallece abintestato, y si muere primero el padre, tenemos al hijo en manos de otras personas, tal vez parientes lejanos, que difieran también la solicitud para la declaración judicial.

Esas son las principales objeciones contra dicho extremo de la doctrina acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 1941, por no hablar ya de las emanadas de la interpretación literal del artículo 776.

Pero aquellas objeciones no tienen realidad; carecen, si bien se mira, de la fuerza que aparentan.

En efecto; hemos de ver en el testamento de la sustitución ejemplar algo peculiarísimo, muy excepcional, que mira a eventos también peculiares y excepcionales. No sólo se refiere, como los demás testamentos, a la muerte del causante, en nuestro caso del incapacitado, sino que gira en torno a una incapacidad que debe ser definida judicialmente, y a esa definición o declaración judicial se adhiere el testamento. Ahora bien: el testamento, con todas sus cláusulas correspondientes, tanto se adhiere a ella si se otorga antes de lograrla como después: *es indiferente*, como indicó el Sr. Maura.

¿Es que la declaración judicial se adelantó a la fecha del testamento? Muy bien; y ello significará que el testamento quedó adherido e identificado *ab initio* con la declaración judicial: se hermanaron ambos elementos, empezando por la declaración judicial.

¿Que se adelantó el testamento a la declaración del Juzgado? Bien; pues ello significará que el testamento se halla pendiente de aquel evento, de que se le hermane o sume la declaración judicial de incapacidad, sin importar que entonces haya fallecido tal vez el ascendiente que otorgó el testamento, porque vive el otorgante efectivo o real, que es el incapaz.

Claro que aún queda en pie la objeción relativa al peligro de una dilación por parte del ascendiente en recabar la declaración judicial de incapacidad, el peligro de que fallezca el demente antes de ser declarado incapaz, lo cual haría totalmente inútil el testamento de la sustitución; pero ello no le resta vigor a la doctrina, sino a uno de los fundamentos innecesariamente invocados para mantenerla: el fundamento relativo a la supuesta inhumanidad de obligar al padre a impetrar del Juzgado una declaración tan dolorosa para él, cuando a mi juicio no debe hablarse de semejante inhumanidad, como no es inhumano que comparezca ante Notario y testigos a otorgar el testamento por el incapaz, ni es inhumano recomendar al padre, madre (o ascendiente que sea) que soliciten del Juzgado la declaración de incapacidad antes de que resulte tarde.

No va a negarse al ascendiente la facultad de otorgar el testamento

de la sustitución en cualquiera de las formas admitidas en derecho, y, sin embargo, esta clase de testamentos, los notariales, son los que aparecen hechos siempre sin aquel rubor del ascendiente ni menoscabo social de la familia.

De este modo deja de ser problema el que, como tal, presentan algunos sobre la necesidad de que los instituidos por sustitutos acrediten en el pleito de mayor cuantía, ni en otro alguno, la realidad de la demencia en la fecha del otorgamiento del testamento de la sustitución.

No hay tal necesidad.

Lo que pasa es que si el testamento se otorga antes de la declaración judicial de incapacidad, los interesados en anular la institución pueden acreditar que al otorgarse el testamento no existía la demencia supuesta por el testador, pues aunque afirmamos aquella adhesión del testamento a la declaración judicial posterior a él, estimamos que si se hizo con inexactitud, debe caer por su base, como inexistente: adhesión, muy bien, pero de cosas que existan.

Otra solución sí que nos parece inhumana y cruel en diversos aspectos.

Recordemos, sin embargo, que, según algún jurisconsulto, el ascendiente que tenga el temor de que el descendiente caiga en demencia, puede anticiparse a hacer el testamento de la sustitución, para que cuando llegue la adversidad no resulte tarde, opinión que cree encontrar fundamento en el derecho antiguo, para afirmarlo allí con base tal, que juzga latente en el derecho nuevo.

Nos parece demasiado afinar en la *espiritualidad* del artículo 776, que ya bastante maltrecha va quedando su letra en otros extremos.

Sea de ello lo que quiera, lo que estimo indudable, en vista de lo expuesto, es que los herederos instituidos en el testamento de la sustitución pueden ostentar y hacer valer sus derechos desde luego, formalizar las operaciones particionales, inscribirlas en el Registro de la Propiedad, etc. En cualquiera de ambos supuestos; esto es, en el del otorgamiento del testamento antes de haberse obtenido la declaración judicial, o viceversa: ES INDIFERENTE.

E. VÁZQUEZ GUNDÍN.

Registrador de la Propiedad.