

**LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA
INTERPRETAR EL TESTAMENTO.
HEREDEROS, ALBACEA, CONTADOR-
PARTIDOR E INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA
DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA EN EL
ÁMBITO DEL CÓDIGO CIVIL¹**

**PERSONS ENTITLED TO INTERPRET
THE DECEASED’S WILL.
HEIRS, EXECUTORS AND “AUTHENTIC
INTERPRETATION” OF THE TESTAMENTARY
WILL UNDER THE SPANISH CIVIL CODE**

Marta Carballo Fidalgo

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidade de Santiago de Compostela

Resumen: La interpretación de la voluntad del causante expresada en testamento, como presupuesto de su correcta ejecución, corresponde a los herederos o, en su caso, al albacea o el contador-partidor, les haya sido o no otorgada tal facultad expresamente por el testador, en la medida en que sea necesaria para el desarrollo de su función. En el presente trabajo se analizan los criterios, límites y eficacia de la interpretación sostenida por unos y otros, así como el papel ejercido por el

¹ 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.

propio causante en el proceso hermenéutico, con especial referencia al valor de las cláusulas por las que prohíbe la interpretación judicial de su voluntad.

Palabras clave: Testamento, interpretación, partición, heredero, menores y personas con discapacidad, albacea, contador partidor, cláusulas interpretativas, cláusulas prohibitivas de la intervención judicial de la sucesión.

Abstract: The interpretation of the will, as a prerequisite for its correct execution, corresponds to the heirs or, where appropriate, to the executor or “contador-partidor”, whether or not this power has been expressly granted to them by the testator, insofar as it is necessary for the performance of their function. This paper analyses the criteria, limits and effectiveness of the interpretation upheld by both parties, as well as the role played by the testator himself in the hermeneutic process, with special reference to the value of the clauses prohibiting the judicial interpretation of his will.

Keywords: Will, interpretation, division, heir, minors and persons with disabilities, executor, interpretative clauses, clauses prohibiting judicial intervention in the succession.

SUMARIO

I. LA INTERPRETACIÓN POR LOS COHEREDEROS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

1. Criterios básicos de la interpretación consensuada por los herederos
 - 1.1. Alcance de la facultad interpretativa
 - 1.2. La interpretación en que intervienen menores o mayores sujetos a una medida de apoyo representativa
2. Interpretación de las cláusulas determinantes de la cualidad de herederos de los intérpretes
3. Interpretación de las cláusulas de atribución singular
 - 3.1. El criterio del menor gravamen
 - 3.2. La intervención de los beneficiarios de la atribución
4. La facultad de los herederos de dejar sin efecto cláusulas testamentarias

II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO POR EL ALBACEA Y EL CONTADOR-PARTIDOR DE LA HERENCIA

1. La facultad de interpretar reconocida a ambos cargos
 - 1.1. Carácter instrumental de la función interpretativa
 - 1.2. Límites y reglas de actuación
2. El valor de la interpretación sostenida por el albacea y el contador-partidor
 - 2.1. El “estado de derecho” creado por la actuación de albacea y contador-partidor
 - 2.2. Control registral y judicial del respeto a la voluntad del causante y a la ley
3. La actuación del contador-partidor en los supuestos de discrepancia entre el testamento y la ley
 - 3.1. Planteamiento de la cuestión
 - 3.2. Jurisprudencia y doctrina registral: un tratamiento casuístico

III. EL PAPEL DEL CAUSANTE EN LA INTERPRETACIÓN DE SU ÚLTIMA VOLUNTAD

1. Cláusulas interpretativas y prueba extrínseca
2. Validez y eficacia de las cláusulas por las que el causante prohíbe la interpretación judicial del testamento

- 2.1. Tipología de cláusulas prohibitivas y marco normativo: artículos 675.2 y 670 del Código civil
- 2.2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la prohibición de litigar y su aplicación a las cláusulas en estudio

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I. LA INTERPRETACIÓN POR LOS COHEREDEROS DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

1. Criterios básicos de la interpretación consensuada por los herederos

1.1. Alcance de la facultad interpretativa

La interpretación del testamento corresponde en primer término a los herederos, como ejecutores legítimos de la voluntad del difunto. De tratarse de heredero testamentario único, tendrá el monopolio en la interpretación mientras que, de concurrir a la herencia varios sucesores a título universal, habrán de actuar por unanimidad.

El alcance y efectos de la facultad que les compete han sido ampliamente desarrollados por la DGRN. Como se tratará de justificar en los epígrafes siguientes, el análisis de la doctrina registral permite concluir que tal eficacia y efectos varían en función de los intereses en juego. En la medida en que el acuerdo interpretativo afecte a derechos de terceros (“interesados en la sucesión”²) distintos de las personas llamadas en primer término, la interpretación verificada ha de desarrollarse en el estricto marco del artículo 675 C.c., de modo que ha de dirigirse a la averiguación de la voluntad real del causante expresada en las disposiciones testamentarias, utilizando al efecto los conocidos medios de interpretación, tanto los suministrados por el propio documento testamentario (medios intrínsecos: gramatical, lógico, teleológico y sistemático) como los extraños a él (medios extrínsecos), siempre que el resultado de su utilización tenga una expresión, aun incompleta, en

² Sobre la dificultad de precisar el concepto legal de «interesados en la sucesión», presente en la normativa sucesoria, VERDERA SERVER, R., «Interpretando testamentos», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 114, enero-junio, Fundación Notariado, 2022, pp. 61-71.

el documento interpretado. Una labor que alcanza la conocida interpretación integrativa del testamento, orientada a inducir de sus disposiciones la voluntad hipotética del causante, al objeto de dar respuesta a situaciones o contingencias futuras no previstas, siempre con respeto al carácter formal y personalísimo del testamento.

Respetadas las normas que disciplinan la interpretación y la ejecución de la voluntad testamentaria, el acuerdo alcanzado por los herederos tiene plena eficacia frente a terceros en el ámbito extrajudicial, sin que el registrador pueda denegar la inscripción de la escritura en que se contenga, por discrepar de la interpretación sostenida. Se ha apuntado que la fuerza vinculante del acuerdo se agota en la esfera registral, debiendo descartarse que alcance a los tribunales³. Frente a tal parecer, entiendo que, siendo respetuosa con la voluntad que ejecuta, la interpretación sostenida por los herederos, continuadores de la personalidad del difunto, debiera ser mantenida por los tribunales de instancia, aun cuando existan posibles interpretaciones alternativas, igualmente razonables y lógicas.

Establecidas las reglas anteriores, la situación varía cuando la interpretación sostenida agota sus efectos en los propios herederos que la suscriben o cuando, afectando a terceros, estos consienten el resultado interpretativo alcanzado. En tales supuestos, los límites que circunscriben la tarea de interpretación testamentaria no sujetan la actuación de los intérpretes, aun cuando con ella se aparten de la voluntad real del causante de la sucesión. Su libertad alcanza en tales casos la posibilidad de prescindir de las cláusulas que otorgan la facultad de interpretación a un albacea o contador-partidor, salvo disposición en contrario del causante, quien podrá asimismo sustraer la facultad analizada a los herederos mediante el nombramiento de un árbitro, con los límites derivados del artículo 10 de la Ley de Arbitraje⁴.

³ VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, Madrid, Ed. Reus, 2008, p. 135.

⁴ Conforme a tal precepto, la función del árbitro ha de ceñirse a cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia, siempre que no concurren legitimarios. Frente a los autores que defienden una interpretación literal del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, subrayando la conveniencia de su reforma (GOMÁ LANZÓN, I., «Una propuesta de reforma de la regulación del arbitraje testamentario», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 107, enero-febrero, Colegio Notarial de Madrid, 2023), sostienen otros la posible reinterpretación del límite establecido en la norma, en el sentido de que únicamente priva al árbitro de la legitimidad para adoptar decisiones relativas a la intangibilidad de la legítima estricta (DE PRADA GUAITA, «El arbitraje testamentario». *El Notario*

La libertad de interpretación reconocida a los coherederos es coherente con la facultad que el artículo 1058 C.c. les atribuye de partir “del modo que tengan por conveniente”⁵, expresión que ha sido interpretada de modo amplio por jurisprudencia y doctrina registral. De acuerdo con una y otra, la partición verificada por acuerdo unánime de los coherederos (y, en su caso, legatarios de cuota) no solo puede eludir el mandato legal de homogeneidad cualitativa de los lotes establecido en el artículo 1062 C.c., sino que comprende la facultad de prescindir de las disposiciones del testamento y crear una situación jurídica nueva, de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarla⁶.

1.2. La interpretación en que intervienen menores o mayores sujetos a una medida de apoyo representativa

El paralelismo apuntado entre la libertad de partir y la libertad de interpretar se quiebra en un aspecto que no puede pasar desapercibido. En interpretación de la facultad atribuida a los herederos por el artículo 1058 C.c., la jurisprudencia y la doctrina han exigido invariablemente la mayor edad y —en el sistema previo a la reforma del Código civil operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio— la plena capacidad de los partícipes para verificar una partición cualitativamente libre o que eluda las disposiciones del testamento. Habiendo menores o personas sujetas a tutela o curatela — hoy, personas sujetas a una medida de apoyo que implique su actuación a través de un representante⁷— la misma doctrina ha exigido la autorización judicial previa del negocio particional que transgreda la regla del artículo

del Siglo XXI, núm. 56, julio-agosto, Colegio Notarial de Madrid, 2014). No obstante, siquiera esta segunda lectura del precepto salva su acusado carácter restrictivo, pues será frecuente que, existiendo legitimarios, los conflictos que surjan en torno a la interpretación de las cláusulas testamentarias afecten directa o indirectamente a sus derechos (VERDERA SERVER, R., «Interpretando testamentos», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 114, enero-junio, Fundación Notariado, 2022, p. 88).

⁵ ALFÉREZ CALLEJÓN, G., «El testamento y su interpretación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 494, enero-febrero, Imprenta San José, 1973, p. 100; VAQUER ALOY, A., *La interpretación... op. cit.*, Madrid, Ed. Reus, 2008, p. 134.

⁶ STS 7 de noviembre de 1935 (RJ 1935/2168); STS 13 de junio de 1992 (RJ 1992/5131); STS 4 de febrero de 1994 (RJ 1994/909); STS 14 julio 1995 (RJ 1995/6010); STS de 19 de junio de 1997 (RJ 1997/5424); STS 28 de enero de 2021 (RJ 2021/4283).

⁷ Se incluirían aquí los supuestos de actuación por curador representativo, defensor judicial representativo, guardador de hecho autorizado para representar a la persona necesitada de apoyos en

1062 (al implicar la renuncia del derecho del representado a recibir, en lo posible, bienes de naturaleza y especie idénticas a la de los adjudicados a sus coherederos) o que incluya en la partición actos de trascendencia dispositiva, al separarse de la voluntad del causante como título de adquisición⁸. Del mismo modo, la mayoría de edad y plena capacidad de los coherederos —hoy, ausencia de apoyo representativo— condicionó tradicionalmente la posibilidad de que actuaran prescindiendo del contador-partidor designado por el causante (salvo que este lo prohibiese expresamente)⁹, si bien ya en resolución de 5 de octubre de 2018, sobre la que se volverá más adelante, la Dirección amplió tal posibilidad al supuesto de concurrencia de menores debidamente representados, al modo de los ordenamientos catalán (artículo 464-6.2 Código civil de Cataluña), gallego (artículo 288.1 Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, en adelante, LDCG) o navarro (Ley 296.2 del Fuero Nuevo de Navarra)¹⁰.

Frente a la doctrina sentada en torno a la partición en que concurren menores o mayores legalmente representados, la recaída a propósito de la facultad de interpretación de los coherederos ha prescindido de la necesaria intervención judicial en caso de que concurra el consentimiento de los representantes, aun cuando tal interpretación se aparte de la voluntad del causante y se traduzca en una reducción de los derechos de los representados frente a interpretaciones alternativas de las cláusulas testamentarias controvertidas.

la práctica de la partición y apoderado general, dada la remisión al régimen de la curatela contenida en el artículo 259 C.c.

⁸ RDGRN 27 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6880); RDGRN 26 de enero de 1998 (RJ 1998/276), que niega la inscripción del negocio particional que incluye la conmutación del usufructo universal de la viuda mediante la atribución en plena propiedad de varios bienes inmuebles, fuera del marco de los artículos 839 y 840, con adjudicación al menor del metálico hereditario; RDGRN 27 de octubre de 2015 (RJ 2015/6044), donde se declara que la partición en que se adjudican los inmuebles a un heredero mayor, a calidad de pagar su parte a un menor con dinero extrahereditario no puede ser inscrita si no cuenta con autorización judicial previa, conforme al art. 166 C.c., al implicar una renuncia a los derechos reconocidos a los coherederos por el artículo 1061 C.c.

⁹ STS 20 de octubre de 1992 (RJ 1992/8090); STS 22 de febrero de 1997 (RJ 1997/1191); RDGRN 27 de octubre de 2015 (RJ 2015/6044).

¹⁰ RDGRN de 5 de octubre de 2018 (RJ 2018/4485), donde afirma que solo si del testamento resulta que fue voluntad del testador nombrar contadores partidores para que intervinieran también en caso de que hubiera interesados en la herencia menores legalmente representados, puede entenderse que la intervención de aquellos es imprescindible.

En la RDGRN de 27 de febrero de 2019 (RJ 2019/1409), la Dirección avala la interpretación sostenida por los coherederos con la anuencia de la madre del menor, a quien los causantes legaron en sus respectivos testamentos la parte que a cada uno correspondiese en una porción de finca, en pago de su legítima. Por acuerdo unánime de los herederos instituidos en el remanente, la partición de ambas herencias se realiza a partir del entendimiento de que, no existiendo en los testamentos en causa imputación del legado de finca a la cuota libre, había de entenderse hecho a cuenta de la legítima estricta del menor, que finalmente se salda con la adjudicación de una porción del bien legado inferior a la atribuida en los testamentos.

Sirva también de ejemplo el supuesto resuelto por la RDGRN de 19 diciembre 2019 (RJ 2020\794), recaída a propósito de la escritura particional de la herencia de una causante de vecindad civil vasca, que, habiendo otorgado testamento conforme al sistema legitimario del Código civil (aplicable en el País Vasco como derecho supletorio al tiempo de su otorgamiento), fallece bajo la vigencia de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en la que tal sistema es sustituido por una legítima colectiva o global correspondiente a los descendientes, que el causante puede dejar a uno o algunos de ellos, apartando expresa o tácitamente a los restantes. En el testamento controvertido, la causante legó a su hijo lo que por legítima le correspondiese, “no por desmerecimiento sino por causa de su buena posición económica, entendiéndolo que es lo más adecuado al conjunto del interés familiar”, instituyendo heredero a su nieto y a los demás que pudiera tener en el futuro por partes iguales. De conformidad con la ley aplicable a la sucesión, el hijo y los dos nietos vivos al tiempo de la apertura de la sucesión, representados por su madre, otorgan escritura de partición en que, a partir de la interpretación literal y teleológica de la voluntad de la causante, atribuyen al legatario la integridad de la legítima vasca (coincidente con la legítima estricta común), realizando adjudicaciones a los tres sucesores por valor de una tercera parte de la herencia a cada uno de ellos, al hijo por su tercio de legítima y a los nietos en el resto como herederos. La DGRN, con criterio discrepante al sostenido por la registradora en la nota de calificación recurrida, avala la racionalidad de la interpretación de la cláusula controvertida y la consecuente inscripción de la escritura, sin necesidad de autorización judicial por aplicación del artículo 166.2 CC, al reputar que

la decisión de excluir la existencia de un apartamento “incierto” del padre no supone una renuncia de derechos, sino una actuación ponderada de la representante de los menores.

De modo análogo al resuelto en la resolución comentada, la RDGRN de 17 de enero de 2020 (RJ 2020/2528) estimó que no existía en la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia controvertida renuncia alguna a los derechos hereditarios de la menor, debidamente representada por defensor judicial, nombrado con dispensa de posterior aprobación judicial de la partición efectuada. En el caso, el testador dispuso a favor de la viuda un legado alternativo, permitiéndole optar entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición, además de su cuota legal usufructuaria. A su hija (menor de edad) le atribuyó el usufructo temporal (hasta la mayoría de edad) sobre determinada vivienda “una vez extinguido el usufructo dispuesto en la cláusula anterior”, instituyendo herederos por partes iguales a los tres hijos. En las operaciones formalizadas por legatarias y herederos, la viuda opta por la atribución del tercio de libre disposición y la cuota legal, en cuyo pago se le adjudica el inmueble en plena propiedad, decisión que, en interpretación de los otorgantes de la escritura particional, deja sin efecto el legado a favor de la hija del usufructo temporal y sucesivo al atribuido a su madre, procediéndose a compensarle en metálico la totalidad de su haber hereditario. Para la Dirección, no se ampara en la escritura calificada negativamente por la registradora una renuncia al legado controvertido, que no llegó a nacer nunca, sin que se constate la existencia de actos dispositivos que requieran de autorización judicial, sino pura partición realizada con el consentimiento del defensor judicial de la menor.

Las ideas apuntadas en torno a la interpretación por los coherederos resumen un cuerpo de doctrina que es preciso analizar con mayor detalle, distinguiendo al efecto entre los supuestos en que el resultado de la interpretación de las cláusulas controvertidas es determinante de la cualidad de heredero del intérprete o intérpretes o de la individualización de las personas llamadas a la sucesión por tal título y aquellos en que, no existiendo dudas sobre tales extremos, surge el conflicto sobre la correcta inteligencia de las cláusulas de atribución singular de bienes.

2. Interpretación de las cláusulas determinantes de la cualidad de herederos de los intérpretes

Si, tal y como sostiene la DGRN, “son los herederos, cuando lo son «in locus et in ius», quienes han de realizar en primer término la labor interpretativa”¹¹, la primera cuestión a resolver es la determinación misma de las personas en quienes concurre tal cualidad, que pasa en muchos casos por conocer la verdadera voluntad del causante, insuficientemente expresada en las cláusulas de institución. Así sucede en algunos supuestos de llamamientos genéricos o por circunstancias, de designaciones erróneas, en las instituciones sujetas a condición o sustituciones (cuando existen dudas sobre los presupuestos de operatividad de la sustitución o sobre la determinación de los sustitutos) y en aquellas en que el objeto de la controversia es la determinación misma de la cualidad del sucesor como heredero o legatario. En estos casos, parece que la interpretación verificada por los llamados “aparentes” o que lo han sido en primer término debería ser aprobada por los vocados subsiguientes, cuando el resultado de la interpretación determina si existe o no un llamamiento efectivo a su favor. Pero la doctrina registral es del todo casuística, de modo que la necesaria intervención de estos últimos se hace depender en definitiva de la razonabilidad o no de la interpretación sostenida por el llamado único o por el acuerdo unánime de las personas cuyo llamamiento ha de ser interpretado.

Por faltar tal razonabilidad, la RDGRN de 30 de abril de 2014 (RJ 2014/3227) confirma la nota de calificación extendida por la registradora, por la que se deniega la inscripción de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia otorgada por la única hija y heredera universal de la causante, en que declara nulas las condiciones y modos que le fueron impuestos en el testamento que rige la sucesión. Aun cuando el texto de la resolución no nos permite conocer la literalidad de tales disposiciones, sí consta que se establece en el testamento una sustitución a favor de los nietos, para el caso de incumplimiento por la heredera de las condiciones impuestas, razón por la que “decidir por sí y ante sí, sin intervención alguna de las personas nominalmente designadas como favorecidas, acerca de la

¹¹ RDGRN de 19 de mayo de 2005 (RJ 2005/5615); RDGRN de 16 de mayo de 2018 (RJ 2018/2496).

nulidad o validez de disposiciones no sólo excede de las atribuciones que le corresponden en cuanto continuadora de la voluntad del causante, ya que incide en la posición de terceras personas, sino que tan siquiera respeta la voluntad sucesoria de su causante”, al provocar de hecho el decaimiento de la cláusula que ordena la sustitución.

En sentido inverso, la interpretación unilateral sostenida en la escritura de aceptación de herencia por la hermana del causante, instituida heredera universal “mientras permanezca soltera”, es avalada por la RDGSJFP de 21 de octubre de 2021 (RJ 2021/5547), que exime de la necesaria intervención en la escritura de los sobrinos del causante, instituidos en el mismo testamento para el caso de incumplimiento de la condición. Tal y como la instituida manifiesta en la escritura de aceptación, se encontraba en estado de divorciada más de una década antes del otorgamiento del testamento y permanecía en ese estado a la apertura de la sucesión, circunstancia que no podía ser desconocida por el causante. En consecuencia, interpreta el testamento en el sentido de que el testador quiso nombrarla heredera en tanto no contrajese nuevo matrimonio, confundiendo su estado de divorciada con el de soltera. La Dirección estima que se trata de una interpretación lógica y no forzada de la voluntad del causante, fundamentada en que la exigencia literal del “estado de soltera” llevaría a la imposibilidad del cumplimiento de la condición, por lo que debiera tenerse en cualquier caso por no puesta. Aun cuando el elemento literal o gramatical no sea conforme, es indudable que los elementos sistemático, lógico y finalista llevan a que no quepa otro tipo de interpretación. Por ello, la Dirección concluye que puede hacerla unilateralmente la llamada como heredera, advirtiendo que “otra cosa sería el caso distinto de una interpretación forzada o que presentara complejas facetas o distintas posibilidades resultantes de la interpretación, que abocaría a compartirla con otros llamados para el caso de no cumplirse la condición o a una resolución judicial. Pero en este supuesto concreto no es así, pues resulta evidente la voluntad del testador”¹².

¹² La resolución es ampliamente comentada por VERDERA SERVER, R., en su trabajo «Interpretando...», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 114, enero-junio, Fundación Notariado, 2022, pp. 31-46, donde, con sentido crítico, advierte de cómo la Dirección General confiere transcendencia al resultado interpretativo (que se trate de una interpretación ecuaníme, lógica y no forzada) en lugar de subrayar la privación de derechos que deriva de ella, trasladando la cuestión de la legitimidad para interpretar a la decisión sobre la ecuanimidad de la interpretación sostenida, lo

Ya en materia de sustitución vulgar, la legitimidad de la interpretación sostenida por la heredera en la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia es mantenida por la DGRN en su resolución de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003\3549), que exige de la necesaria ratificación de tal interpretación por los llamados en calidad de sustitutos. 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 avalada por la Dirección, dado que “no puede negarse una voluntad clara del testador en el primero de los sentidos apuntados, 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”¹³.

Una posición distinta parece adoptar la RDGSJFP de 21 de octubre de 2021 (RJ\2021\5555), recaída a propósito de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada por un nieto y tres bisnietas del causante, muerto bajo testamento donde, tras instituir a dos de sus hijos por iguales partes, previó que, en caso de que alguno de ellos muriese sin sucesión, su parte pasase al otro en lo que excediese de la legítima, y si ambos estuviesen en igual caso, pasasen los bienes a su fallecimiento a sus hermanas. Ambos hermanos murieron con posterioridad al causante, uno de ellos *ab intestato*, dejando descendencia, y el otro sin ella, bajo testamento en que instituía heredera universal a su esposa, instituyéndole expresamente en todas las mejoras realizadas en la finca que su padre le dejó en herencia y en la parte de

que genera el problema adicional del desconocimiento previo de cuándo una interpretación va a ser reputada como lógica y ecuaníme y cuándo como forzada.

¹³ A favor de tal interpretación, 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, núm. I, enero-marzo, Notyreg Hispania, S.L., 2019, p. 165.

legítima que le correspondía en ella. La escritura controvertida es otorgada treinta años después de la apertura de la sucesión por los sucesores *ab intestato* del causante (descendientes, en distintos grados, de uno de los hijos instituidos), quienes, bajo el presupuesto de que la expresión “sin sucesión” equivale a muerte “sin descendencia”, distribuyen entre ellos la totalidad de la herencia, reconociendo únicamente a la heredera testamentaria de su tío la legítima estricta que este le dejó por legado.

La Dirección confirma la nota de calificación por la que se suspende la inscripción de la escritura, al reputar necesaria la concurrencia a su otorgamiento de la citada heredera testamentaria o, alternativamente, la acreditación de su renuncia expresa en escritura pública. Aun cuando, con criterio que estimo acertado, la resolución se aparta del criterio de la razonabilidad de la interpretación como título legitimante para interpretar, imponiendo la necesaria intervención de todos los interesados en la herencia, lo cierto es que lo justifica expresamente en la dificultad de decantarse por una de las dos interpretaciones posibles (y lógicas) de la expresión “sin sucesión”, clave del debate suscitado (muerte sin descendencia o muerte sin sucesor voluntario), además de reforzar su criterio con el argumento (este, a mi juicio insostenible) de que, muerto el hijo sin descendencia sin aceptar o repudiar la herencia de su padre (lo que entiendo no puede afirmarse, a la vista del contenido de su testamento), la intervención de su heredera se precisa en todo caso, en su calidad de transmisaria, y ello aunque se acepte (lo que, por otra parte, no hace el órgano) su condición de legataria¹⁴.

3. Interpretación de las cláusulas de atribución singular

3.1. El criterio del menor gravamen

La facultad de interpretar reconocida a los herederos alcanza las cláusulas de atribución singular de bienes contenidas en el testamento, lo que incluye la calificación de la cláusula, la determinación de su alcance y con-

¹⁴ En su análisis de la resolución comentada, se muestra conforme con la calificación de la heredera como transmisaria de su marido en la herencia de su suegro VERDERA SERVER, R., «Interpretando...», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 114, enero-junio, Fundación Notariado, 2022, pp. 44-46.

tenido objetivo, el juego de las sustituciones impuestas y la cuestión de la imputación del legado a las cuotas ideales de la herencia de quien fallece dejando legitimarios. A los medios de interpretación generales se une en este caso un canon hermenéutico específico, expresión del *favor debitoris*, sancionado expresamente por los ordenamientos catalán y aragonés y aplicado por la Dirección General a la hermenéutica sucesoria sujeta al Código civil, a la que traslada así una regla propia del derecho de contratos¹⁵. De conformidad con la doctrina de la Dirección “Ante una posible duda, esta ha de decidirse a favor del que se halle obligado a ejecutar la disposición (...), dado que el obligado debe entenderse obligado a lo menos. Del mismo modo, y por razón del criterio antes expuesto, en caso de existir duda sobre lo legado, la interpretación ha de hacerse a favor del que debe cumplir dicho legado (...) Son los herederos, cuando lo son «in locus et in ius», quienes han de realizar en primer término esa labor interpretativa”. La Dirección ha hecho uso del citado principio para ratificar la calificación por los herederos de una cláusula testamentaria como disposición modal en beneficio de tercero que, a diferencia del legado, no produce atribución patrimonial directa, ni comporta delación ni vocación sucesoria al favorecido, descartando que tal interpretación deba ser avalada por sus sucesores¹⁶. Por su parte, en un caso de incompatibilidad entre las cláusulas segunda (legado de una finca a

¹⁵ La reticencia a la utilización del principio de interpretación estricta del contenido de los legados puede verse, sin embargo, en la STS de 29 de abril de 2008 (2008/1993), cuya aplicación en el caso violentaría, a juicio del tribunal, la estricta literalidad del testamento. En la doctrina, LÓPEZ FRÍAS, M. J., *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Granada, Ed. Comares, 2004, pp. 175-176.

¹⁶ RDGRN de 19 mayo de 2005 (RJ 2005/5615). En la cláusula controvertida en este asunto, la testadora, tras reconocer una deuda a favor del hijo adoptivo, dispone que: «En su consecuencia, y para el supuesto de que no pudiera solventar en vida dicho crédito, transmitiendo a su expresado hijo adoptivo la propiedad del piso, o abonándole el importe de la cantidad que ha recibido de él con tal finalidad, es su expresa voluntad que sus hijos den cumplimiento a esta obligación, transmitiéndola —(sic) en la transcripción— la propiedad del piso de referencia y para el caso de que no consumaran dicha transmisión de propiedad a su favor, lega a su hijo adoptivo el derecho de habitación del piso, sin perjuicio de reconocer a favor del mismo un crédito de veintitrés mil setecientas pesetas por el concepto antes expresado». Los herederos, hijos de la causante, otorgan escritura de partición de herencia en que interpretan que la cláusula no establece un legado de la propiedad del piso a favor del hijo adoptivo, sino un simple ruego que les permite cumplir la voluntad testamentaria mediante la prestación subsidiaria prevista por la testadora, esto es, mediante la atribución de un derecho de uso sobre el inmueble, derecho que *de facto* fue ejercido por el beneficiario en vida. La escritura se limita, en consecuencia, a reconocer la deuda existente y proceder al reparto de la herencia entre los otorgantes, sin que, a juicio de la Dirección, la ambigüedad de la cláusula exija la intervención en su otorgamiento de los herederos del hijo adoptivo premuerto.

los cuatro sobrinos del causante, uno de ellos instituido heredero universal) y tercera del testamento (legado de ese mismo bien a uno de ellos, distinto del heredero), la Dirección utiliza el principio apuntado para confirmar la interpretación realizada por el heredero único quien, a falta de albacea por caducidad del cargo, entiende que no existe verdadera contradicción entre cláusulas, sino mera imprecisión terminológica, debiendo darse cumplimiento a la cláusula segunda y sin necesidad de que la escritura de aceptación de herencia y toma de posesión del pleno dominio de una cuarta parte del legado controvertido, otorgada por el heredero, sea confirmada por los demás colegatarios, confirmación exigida por el registrador en la nota de calificación recurrida y finalmente revocada¹⁷.

3.2. *La intervención de los beneficiarios de la atribución*

Las resoluciones citadas avanzan una cuestión clave en este ámbito. Por definición, el resultado de la interpretación realizada por los herederos tiene incidencia directa en la esfera de los legatarios, por lo que pudiera parecer *a priori* que el acceso al Registro de las escrituras fundadas en tal interpretación debiera contar con su anuencia. No obstante, el análisis de la doctrina registral recaída en la materia evidencia de nuevo que la necesidad de intervención judicial se excluye cuando la interpretación consensuada se considera razonable (aun cuando existan interpretaciones alternativas), siendo por el contrario preceptiva cuando no se funde en la correcta utilización de los criterios hermenéuticos ponderables, apartándose así de la verdadera voluntad testamentaria.

Como ejemplo de razonabilidad en la interpretación puede citarse, además de los pronunciamientos ya comentados, la resolución de la DGRN de 5 de julio de 2018 (RJ 2018/4761), recaída a propósito de la cláusula contenida en testamento notarial en que el causante instituye herederos a sus hijos, a quienes atribuye 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, adjudi-

¹⁷ RDGRN de 16 de mayo de 2018 (RJ 2018/2496).

cándose bienes en las operaciones particionales únicamente en su condición de herederos. Para la DGRN, los herederos aciertan en la interpretación de la cláusula que, por aplicación de las reglas de la representación al legado dispuesto, excluye el segundo llamamiento en caso de repudiación por el primer llamado, lo que en el caso implica la extinción del legado y su refundición en la masa de la herencia. En consecuencia, el órgano estima innecesaria la ratificación de la escritura por los sustitutos, exigida por el registrador, cuya nota de calificación se revoca.

En sentido opuesto, la interpretación sentada por la heredera universal de la causante es rechazada en la ya citada resolución de 30 de abril de 2014 (RJ 2014/3227), en que la Dirección General confirma la denegación de inscripción de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia, en que la heredera instituida declara nulas las condiciones y modos que le fueron impuestos en el testamento que rige la sucesión y, en lo que aquí interesa, ineficaces por falta de objeto los legados establecidos a favor de personas nominalmente expresadas, al referirse tales legados a los bienes inmuebles relacionados en un documento privado del que la heredera declara no tener noticia, por lo que no es posible su identificación. Para la Dirección, decidir por sí y ante sí sin intervención alguna de estas personas excede de las atribuciones que corresponden a la heredera, de ahí que sea preciso contar con una interpretación extrajudicial acordada por todos los nombrados o un pronunciamiento del juez de instancia sobre el alcance de las cláusulas testamentarias a efectos de su cumplimiento.

También en un supuesto de heredero testamentario único, la DGSJFP confirma en la resolución de 23 de octubre de 2020 (RJ 2020/3983) la improcedencia de la inscripción de la escritura de aceptación y manifestación de herencia en que el instituido, sobrino de la causante, declara ineficaz la disposición en que la testadora lega la legítima a su hijo adoptivo, al reputar que se produce un error en la designación, pues no existe adopción acreditada y el nombre del designado no se corresponde con el acogido por la causante. Para la Dirección, el llamamiento no está viciado y, a falta de conformidad de todos los interesados, para ser privado de eficacia se hace necesaria una declaración judicial, siendo insuficiente la certificación negativa del Registro Civil concreto en la que no constan datos de nacimiento del hijo adoptivo.

Si la ausencia de consentimiento de los beneficiarios de una atribución singular priva de eficacia a la interpretación de los herederos en el ámbito registral, cuando tal interpretación no es racional, la existencia de anuencia excluye la función calificadora del registrador, aun cuando el resultado interpretativo se aparte de la voluntad real del causante e incluso cuando los beneficiarios de la atribución cuestionada sean menores de edad, si están legalmente representados. Una doctrina a mi juicio cuestionable, al menos en todos aquellos casos en que la interpretación dada al legado supone *de facto* una renuncia —siquiera parcial— a los derechos hereditarios del menor frente a los que derivarían de una interpretación fiel o aun de interpretaciones alternativas del testamento, lo que debiera activar la necesaria autorización judicial del negocio.

La ya citada RDGRN de 27 de febrero de 2019 (RJ 2019/1409) nos brinda un buen ejemplo de la idea apuntada. En el caso, los causantes, en testamentos de idéntico contenido otorgados el mismo día, legaron al nieto, hijo de un hijo premuerto, sus respectivos derechos sobre un solar, en pago de legítima, sin especificar si se trataba de la estricta o la amplia, instituyendo en el remanente de todos sus bienes a los tres hijos vivos, sustituidos por sus descendientes. En la escritura de segregación, entrega de legados y partición de las herencias de los causantes, los herederos interpretan por unanimidad, con la anuencia de la madre del menor legatario, que, dada la ausencia de imputación del legado a la cuota libre, la atribución testamentaria de la finca había de entenderse realizada a cuenta de la legítima estricta, razón por la que limitan la adjudicación a una parte del bien legado, suficiente para cubrirla. Denegada la inscripción por la registradora, por faltar la necesaria autorización judicial de lo que considera una repudiación parcial del legado, la DGRN estima el recurso contra dicha calificación, entendiendo, en lo que nos interesa, que la partición, con la interpretación realizada, no se ha realizado en modo distinto de lo ordenado por el testador “y aunque así hubiere sido, sería admisible con el consentimiento de todos los interesados”.

4. La facultad de los herederos de dejar sin efecto cláusulas testamentarias

Más allá de la tarea estrictamente interpretativa, la doctrina de la DGRN ha avalado el poder de los herederos de dejar sin eficacia cláusulas testa-

mentarias de inteligencia clara, siempre que exista un consentimiento unánime que supla la necesidad de declaración judicial de tal ineficacia¹⁸.

Así, en la ya citada resolución de 5 de octubre de 2018, la DGRN admite que, en una sucesión en que han sido desheredados los tres hijos del causante e instituidos sus seis nietos, unos y otros (entre ellos, tres menores representados por sus dos progenitores) decidan de común acuerdo realizar la partición respetando la legítima estricta de los desheredados, ante la falta de prueba de la certeza de la causa de desheredación invocada por el testador¹⁹. Contradiciendo el criterio de la registradora, la Dirección estima que no existe en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia calificada negativamente ninguna enajenación, renuncia, transacción o allanamiento, sino actos puramente particionales, sin que la concurrencia de menores imponga la necesaria intervención del contador-partidor nombrado por el causante, ni la designación de defensor judicial (al estar cada uno de los menores representados por un progenitor extraño a la sucesión, con el que no concurre el conflicto) ni la autorización ni aprobación judicial posterior de las operaciones verificadas.

La resolución comentada asocia su doctrina con la recaída en materia de preterición, que admite la validez, a efectos registrales, de la partición verificada por los herederos con inclusión de los preteridos, sin necesidad de la declaración judicial previa de nulidad del testamento (en caso de preterición de todos los legitimarios), o de la institución de herederos (en caso

¹⁸ La doctrina es coherente con la jurisprudencia del TS que confiere a los herederos la facultad de prescindir del íntegro testamento otorgado por el causante (STS de 7 de noviembre de 1935, RJ 1935/2168), donde reconoce la legitimidad de los herederos de partir de acuerdo con el primer testamento, eludiendo el segundo de los otorgados, revocatorio del anterior, pues «es doctrina constante de este Tribunal Supremo que para reclamar bienes hereditarios no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarla». En sentido similar, STS de 14 de julio de 1995 (RJ 1995/6010), que descarta la pretensión de anulación de la partición verificada por iguales partes entre los herederos, por supuesto desconocimiento por el padre del impugnante de un testamento del abuelo en que era mejorado, hecho que resulta contradicho en el pleito.

¹⁹ RDGRN de 5 de octubre de 2018 (RJ 2018/4485). En contra de la posibilidad de que los herederos y el legitimario desheredado concluyan una partición que incluya a este último con una participación idéntica a los demás, *vid.*, ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas*, Madrid, Walters Kluwer, 2021, p. 195, para quien ha de primar en todo caso la voluntad del testador de desheredar.

de preterición de algunos de ellos) ordenada en el mismo²⁰. Para el órgano directivo, el consentimiento expreso de todos los herederos instituidos en testamento y legitimarios preteridos permite prescindir de la correspondiente acción de nulidad y de la calificación judicial del carácter intencional o no de la preterición, ineludible en defecto de tal unanimidad de los interesados. Una unanimidad que falta en los supuestos resueltos por las resoluciones de 13 de septiembre de 2001 y de 2 de agosto de 2018, en que son los notarios quienes decretan la nulidad del testamento (en el primer caso, por preterición no intencional de todos los legitimarios) y de la institución de heredero (en el segundo, por preterición no intencional de un legitimario), otorgan acta de declaración de herederos *ab intestato* y autorizan una partición otorgada en un caso por la viuda y los preteridos y en el otro por la viuda y el contador-partidor designado a petición de una mayoría de herederos, al amparo del artículo 295 LDCG. En ambas resoluciones, la Dirección corrobora la negativa de inscripción acordada por el registrador, pues no corresponde al notario decretar la ineficacia de las disposiciones testamentarias, sino que se requiere, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad de la preterición.

Del análisis de las resoluciones de referencia se infiere que el reparto verificado con inclusión de los preteridos no ha de corresponder con el que resultaría de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada, si bien no bastará para apartarse de tales reglas la actuación de los herederos a través de un apoderado, cuya actuación habrán de ratificar expresamente²¹.

²⁰ RDGRN de 14 de agosto de 1959 (RJ 1959/3354); de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999/3251); RDGRN de 13 de septiembre de 2001 (RJ/2002/2410); RDGRN de 2 de agosto de 2018 (RJ 2018/4098). La facultad mencionada se regula expresamente en el derecho gallego (artículo 260 LDCG; RDGSJFP de 28 de septiembre de 2020 (RJ 2020/3685), que recuerda la necesidad de que el acuerdo cuente con la anuencia de todos los interesados y beneficiarios, incluido el legatario instituido en testamento.

²¹ Tal es el caso resuelto por la citada RDGRN de 4 de mayo de 1999. En el testamento, fue instituida la viuda como heredera universal. La pareja tiene después un hijo, que resulta así preterido (en principio, de modo no intencional). El cónyuge y su hijo otorgan escritura de partición de herencia por medio de común apoderado con amplias facultades, referidas exclusivamente a la partición de la herencia del causante. En ejecución del encargo, el apoderado adjudica el único bien relicto en *pro indiviso*, correspondiendo a la viuda una cuota de dos tercios en pago de su mitad de gananciales y de su participación en la herencia, y el tercio restante al hijo. Para la Dirección, en la medida en que la fijación por el común apoderado de las cuotas de adjudicación a cada uno de los herederos no se corresponde plenamente con las porciones que efectivamente les habrían correspondido de abrirse

De conformidad con la regla general antes apuntada, el acuerdo de los herederos que por aparente vía interpretativa inaplica cláusulas testamentarias encuentra su límite en el interés de terceros, aun cuando tales terceros no estén individualmente determinados. Así se sostiene en la interesante RDGRN de 13 de octubre de 2005, que niega la legitimidad de los herederos y prelegatarios para prescindir de la voluntad testamentaria inequívocamente expresada en el testamento y apreciar causa de nulidad en la prohibición de disponer impuesta sobre los legados, en consideración a su pretendida vulneración del artículo 785 C.c., derivada de la inexistencia de beneficiarios concretos y del carácter perpetuo de la prohibición. Para la Dirección, tal nulidad solo puede ser judicialmente declarada, sin que a su juicio concurra causa de ineficacia alguna, pues la prohibición no ha de reputarse perpetua, sino vitalicia, y no requiere para su validez la designación de beneficiarios, dado que no ha de ir necesariamente vinculada a una sustitución fideicomisaria²².

II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO POR EL ALBACEA Y EL CONTADOR-PARTIDOR DE LA HERENCIA

1. La facultad de interpretar reconocida a ambos cargos

1.1. Carácter instrumental de la función interpretativa

Entre las facultades que corresponden al albacea y al contador-partidor designados por el causante se encuentra la de interpretar las cláusulas testamentarias, en la medida en que tal interpretación sea necesaria para el correcto desarrollo de sus funciones.

Sin necesidad de atribución expresa, la función de interpretar ha de reputarse incluida entre las que competen al albacea designado “con las más

la sucesión intestada, no puede accederse a la inscripción de la partición realizada en tanto no conste de forma expresa el consentimiento de los interesados, sin que pueda presumirse implícito en la sola atribución del indicado poder.

²² RDGRN de 13 de octubre de 2005 (RJ/2005/7452). Con posterioridad, la necesidad de que la nulidad de la prohibición de disponer sea declarada judicialmente se sostiene en la RDGSJFP de 16 de febrero de 2022 (RJ 2022/4530).

amplias facultades” (se califique o no como albacea universal o comisario)²³, una atribución que lo convierte en ejecutor absoluto del testamento, intérprete de la voluntad del causante, representante de la herencia, gestor del patrimonio y partidor, hasta la completa consumación del proceso sucesorio²⁴. Tratándose de albacea particular, su legitimación para interpretar ha de reputarse inherente a las funciones que específicamente le otorgue el causante, cuando impliquen la necesidad de conocer su voluntad real, al margen de la posibilidad de que la facultad de interpretación le sea expresamente otorgada en testamento²⁵. No habiendo determinado el testador sus facultades, la función de interpretar sigue “fluyendo del cargo”, como facultad secundaria o instrumental de la principal (y genérica) de velar por la ejecución de lo ordenado en testamento (artículo 902.3)²⁶.

En materia de interpretación por tercero, depositario de la confianza del causante, el mayor interés se centra en la que ha de realizar la persona designada como contador-partidor, en la medida y con el alcance en que sea precisa para proceder a la partición del caudal relicto. Dado que la facultad se orienta al cumplimiento de su función institucional, nuevamente le corresponde aun cuando no le haya sido expresamente conferida por el testador, tal y como ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN²⁷. Del mismo modo, la inherencia de la facultad de interpretar a la

²³ Sobre la equiparación entre el albacea universal y el albacea designado «comisario contador-partidor» (STS de 15 de abril de 1982, RJ 1982/8154).

²⁴ La facultad de interpretar, implícita en la designación de albacea con las más amplias facultades, puede verse en las SSTS de 28 de junio de 1956 (RJ 1956/3002); de 31 de marzo de 1970 (RJ 1970/1854) o en la RDGRN de 19 de abril de 2013 (RJ 2013/4826). A nivel legislativo, se sanciona como facultad del albacea universal en el artículo 429-8.2 del Código civil de Cataluña y en la Ley 297 B.4 FNN.

²⁵ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La interpretación del testamento en el derecho común», *Revista de Derecho Privado*, t. 57, núm. 4, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 305; FERRER I RIBA, J., «La ejecución del testamento y el albaceazgo» en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. I, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 761; GARCÍA PÉREZ, C. L., «El albaceazgo y la interpretación del testamento», en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.); JIMÉNEZ MUÑOZ, J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (coords.), *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 230.

²⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La interpretación...», *Revista de Derecho Privado*, t. 57, núm. 4, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 305; RUBIO GARRIDO, T., «Artículos 901 y 902», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 6576.

²⁷ STS de 12 de diciembre de 1906 (Jurisprudencia Civil, 1906, t. 105, núm. 169); STS de 18 de abril de 1985 (RJ 1985/1771); STS de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997/1334); RDGRN de 28 de

función de partir determina que corresponda también al contador-partidor dativo designado a instancia de una mayoría de coherederos al amparo del artículo 1057.2 C.c.²⁸ y, en el marco del derecho gallego, al contador designado en la partición promovida por los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean al menos dos, conforme a los artículos 295 y siguientes de la LDCG.

En la instrumentalidad apuntada se encuentra al mismo tiempo el fundamento y la medida de la facultad reconocida al contador-partidor, que por tanto se ve limitada a aquellas cláusulas cuyo correcto entendimiento se hace preciso para partir, ya se trate de cláusulas de naturaleza particional, ya de cláusulas dispositivas cuya inteligencia haya de aclararse para ultimar la partición y ejecutar las facultades accesorias atribuidas al cargo por la jurisprudencia, señaladamente, la determinación y satisfacción de las legítimas y la entrega de los legados de cosa específica y determinada propia del testador. Entre las cláusulas particionales, se ha reconocido la legitimación del contador para interpretar el “ruego” contenido en el testamento sobre el modo de partir, como mandato u orden o como simple consejo o expresión de una preferencia²⁹, así como la facultad de entender que la directriz testamentaria de mantener la igualdad entre los lotes ha de ceder ante la cláusula específica

abril de 1945 (RJ 1954/680); RDGRN de 18 de diciembre de 1951 (RJ 1951/2758); RDGRN de 27 de diciembre de 1982 (RJ/1982/8065); RDGRN de 1 de diciembre de 1984 (BOE, núm. 28, 1 febrero 1985, 2146); RDGRN de 24 de marzo de 2001 (RJ 2002/2190); RDGRN de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9937); RDGRN de 26 de febrero de 2003 (RJ 2003/4135); RDGRN de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005/3483); RDGRN de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7451); RDGRN de 21 de mayo de 2014 (BOE, núm. 177, 22 julio 2014, 7755); RDGRN de 4 de abril de 2017 (RJ 2017/1406); RDGSJFP de 28 de septiembre de 2020 (RJ 2020/3686); RDGSJFP de 15 de noviembre de 2022 (JUR 2022/372298).

²⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 2017, pp. 45-47; RDGSJFP de 19 febrero de 2021 (RJ/2021/995), que, contra el criterio del registrador mantenido en la nota de calificación por la que se suspende la inscripción de la escritura particional, reconoce la facultad del contador-partidor dativo de interpretar la cláusula de designación de heredero a favor de «la Capilla» (identificada en el cuaderno con la Parroquia titular) y de determinar el objeto del legado atribuido a la misma parroquia, defectuosamente descrito en el testamento.

²⁹ STS de 27 de febrero de 1997 (RJ/1997/1334), que corrobora el criterio del juez de instancia, en el sentido de negar la nulidad de la partición verificada por el contador-partidor por no apreciar en ella contravención alguna de la voluntad testamentaria. En el caso, el testamento en que fue designado, facultándole expresamente para interpretarlo, contenía un «ruego» de su ordenante de pagar la legítima estricta con fincas rústicas. El contador interpreta que la cláusula contiene un simple consejo del testador, adjudicando en pago del haber de los legitimarios acciones de sociedades y

por la que se atribuye a uno de los coherederos una opción, previéndose en caso de que no la ejerza una atribución que, *de facto*, rompe tal igualdad³⁰.

1.2. Límites y reglas de actuación

Salvo otorgamiento expreso en el testamento, no se encuentra entre las facultades del contador la decisión sobre el cumplimiento o no de las condiciones impuestas por el causante³¹, sin perjuicio de que pueda constatar un hecho notorio, como el estado de soltera de la legataria que había de serlo mientras no contrajese matrimonio³², aun cuando para la acreditación de otros hechos relevantes, como la inexistencia de descendientes llamados como sustitutos vulgares, se exija la aportación de la correspondiente acta de notoriedad, sin que sea suficiente la manifestación por la que los albaceas contadores-partidores declaran ser conocedores de la situación personal del sustituido³³. En las sucesiones sujetas al Código civil, se ha negado asimismo la facultad del contador-partidor de dar por revocada la institución de heredero o el legado dispuesto en favor del cónyuge, por razón del divorcio posterior y consecuente disolución del vínculo, pues si en su labor inter-

partes intelectuales de fincas urbanas, actuación que el TS, de conformidad con el juez de instancia, considera conforme a derecho, por no resultar ilógica o contraria a la ley.

³⁰ RDGRN de 1 de diciembre de 1984 (BOE, núm. 28, 1 de febrero de 1985, 2146).

³¹ RDGRN de 29 de enero de 2013 (RJ/2013/1804), a propósito del legado dispuesto con la condición de que la legataria cuide y asista al testador hasta el final de sus días. Para la Dirección, no corresponde al contador, aun designado con las más amplias facultades, decidir si una legataria ha cumplido o no la condición impuesta por el testador, al tratarse de un presupuesto o cuestión previa a la propia partición que solo puede resolverse si se acredita que la interesada ha prestado su conformidad o ha sido resuelta la cuestión judicialmente. En contra, defiende el carácter particional de la decisión sobre el cumplimiento de la condición DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o terceros», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.* (dirs.); MONJE BALMASEDA, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Madrid, Dykinson-Consejo General del Notariado, 2014, pp. 289-291. En este último sentido, SAP A Coruña de 28 de junio de 2022, que reconoce al contador-partidor la facultad que el artículo 203.2 LDCG atribuye expresamente al albacea (NIETO ALONSO, A., «Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad. El alcance de la interpretación de las disposiciones mortis causa con cláusulas favorecedoras de los cuidados», *Indret*, núm. 3, 2023, p. 17).

³² RDGRN de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9937).

³³ RDGRN de 1 de marzo de 2014 (RJ 2014/1803). La misma exigencia se recoge en RDGRN de 5 de septiembre de 2017 (RJ 2017/4349), recaída a propósito de la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por el único hijo vivo del causante, en que declara la inexistencia de descendientes de su hermano premuerto y la consecuente ineficacia de la sustitución vulgar ordenada por el causante a su favor.

pretativa se halla legitimado para subsanar o corregir ciertos defectos del testamento, no puede atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador, como la de revocar disposiciones testamentarias o declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los tribunales de justicia. En ausencia de una presunción legal de revocación, la interpretación de la voluntad real del causante exige en estos casos determinar la esencialidad de la causa de la institución, indagando si el causante la habría hecho o no de haber sabido que el vínculo conyugal con la persona instituida no subsistiría, hipótesis que solo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio³⁴.

Obviamente, se extralimita de su función el contador-partidor que decide inaplicar una disposición testamentaria, pues “los contadores partidores a que se refiere el artículo 1057 del Código civil tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador y, al efecto, pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero sin que aquellas alcancen a declarar por sí nulo e ineficaz un testamento del causante, o alguna de sus cláusulas (...), ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de Justicia”³⁵, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante a propósito de los supuestos de discrepancia entre testamento y ley imperativa.

Con las limitaciones apuntadas, entiendo que, salvo expresa disposición en contrario del causante, la facultad del contador-partidor para interpretar el testamento desplaza la que pudiera corresponder al albacea designado

³⁴ RDGRN de 26 de febrero de 2003 (RJ 2003/4135); RDGRN de 27 de febrero de 2019 (JUR/2019/94742); RDGRN de 9 agosto de 2019 (RJ 2019/4261); RDGRN de 25 de septiembre de 2019 (RJ 2019/4481). Sobre los argumentos en pro del mantenimiento de la validez de las disposiciones realizadas a favor del cónyuge o conviviente, frente al criterio sostenido por la Sala de lo Civil del TS en las sentencias de 26 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4258) y de 28 de septiembre de 2018 (RJ/2018/4071), SERRANO GÓMEZ, E., *Ineficacia de disposiciones testamentarias por cambio de circunstancias personales o familiares del testador*, Madrid, Ed. Reus, 2021, pp. 94-110. Por el contrario, se muestra crítica con la doctrina registral analizada ZUBERO QUINTANILLA, S., «La voluntad real del testador: ineficacia de disposiciones testamentarias por crisis posterior al otorgamiento del testamento», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4 (julio-agosto), Ed. Reus, 2020, pp. 61-62.

³⁵ RDGRN de 18 de diciembre de 1951 (RJ 1951/2758), en que el contador-partidor no reconoce en la partición como coheredero al hijo ilegítimo del causante, instituido por éste en segundo testamento, perfectamente compatible con el anterior, al considerarlo, con evidente arbitrariedad, «perfectamente nulo e ineficaz»; RDGRN de 1 de diciembre de 1984 (BOE, núm. 28, 1 de febrero de 1985, 2146), sobre la necesaria aplicación por el contador de la cláusula que otorga una opción al heredero legítimo, previendo que en caso de silencio se entenderá elegida la primera de las atribuciones alternativas.

separadamente, en todo cuanto afecte a la facultad de partir³⁶. Por el contrario, y como se ha visto ya, la actuación del contador (y, en consecuencia, sus facultades interpretativas instrumentales) pueden quedar relegadas por acuerdo unánime de los coherederos que, a mi juicio, deberá contar con la anuencia de terceros que puedan ver afectados sus derechos.

En la tarea interpretativa, el contador-partidor está sujeto al mandato contenido en el artículo 675 C.c., cuya correcta aplicación prejuzga el carácter vinculante de la interpretación sostenida, en el sentido en que veremos seguidamente. Con carácter previo, debe advertirse que se ha negado por alguna doctrina la posibilidad del albacea y el contador-partidor de recurrir a la interpretación integrativa de la voluntad testamentaria, limitando su papel a la mera aclaración o declaración de la voluntad expresada en testamento, sin alcanzar a “completar” sus disposiciones³⁷. Una limitación a mi juicio infundada, pues vetaría la posibilidad del contador-partidor de dar cumplimiento a su función en aquellos casos en que el testador no tuviera presentes todas las implicaciones de una disposición, ni las contingencias que pudieran surgir en el futuro. Se trata, en definitiva, de un paso más en la indagación de la *voluntas testatoris*, que participa por tanto de idéntica justificación a la atribución de la facultad interpretativa misma. A tal conveniencia no se opone obstáculo alguno, pues integrar no equivale a suplir la voluntad del testador, sino a dar a esta todo su alcance, sin merma del carácter formal y personalísimo del testamento. Siguiendo la distinción que realiza JORDANO BAREA entre interpretación en función integrativa e integración del negocio lagunoso nos parece que, si bien no puede el con-

³⁶ FERRER I RIBA, J., «La ejecución...» en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. I, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 761. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, para quien siempre ha de prevalecer el criterio del albacea («Sobre si el contador-partidor puede rectificar ajustándolas a la ley las disposiciones testamentarias», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, Ministerio de Justicia-BOE, 1993, p. 1690).

³⁷ BATISTA MONTERO-RÍOS, J., «Estudios sobre la ejecución testamentaria», *Revista de Derecho Privado*, t. 54, núm. 4, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, p. 317. En sentido similar se pronunció VALLET DE GOYTISOLO, J. B., al afirmar que el contador no puede resolver dudas planteadas no ya por el tenor del testamento, sino por su falta de previsión («Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 18, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1965, pp. 243-244). En sentido contrario, ALBALADEJO GARCÍA, M., *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, p. 290; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La interpretación...», *Revista de Derecho Privado*, t. LVII, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 306.

tador-partidor, en ejercicio de esta segunda facultad, completar o adicionar el texto del testamento, sí puede, en uso de la primera, inducir la voluntad hipotética del causante a partir de la voluntad declarada en el testamento, a efectos de aplicarla a puntos no previstos por el testador en el momento de elaboración del negocio³⁸.

2. El valor de la interpretación sostenida por el albacea y el contador-partidor

2.1. El “estado de derecho” creado por la actuación de albacea y contador-partidor

La cuestión central en materia de interpretación por albacea, comisario o contador-partidor radica en la determinación de su eficacia vinculante, lo que exige dilucidar qué órganos pueden fiscalizar su resultado y el alcance de tal interpretación.

La jurisprudencia y la doctrina registral se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre este extremo, aunque no siempre con la claridad deseable. En diversos pronunciamientos, el Tribunal Supremo y, en mayor medida, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública han declarado la superioridad del resultado interpretativo alcanzado por estos cargos, decretando su permanencia frente al criterio diverso del registrador, a salvo siempre la posibilidad de su impugnación judicial³⁹. En particular, el reconocimiento del valor de la interpretación unilateral sostenida por el contador-partidor ha corrido paralelo al otorgado a las operaciones particionales que suscribe que, en palabras de la Dirección, “crean un estado inalterable de derecho, con plenos efectos jurídicos en las esferas gubernativa y extrajudicial, de tal manera que para impugnar las posibles extralimitaciones en que hubiera podido incurrirse será necesario acudir a la vía judicial, a fin de

³⁸ JORDANO BAREA, J. B., *El testamento y su interpretación*, Granada, Ed. Comares, 1999, pp. 113-115.

³⁹ STS de 12 de diciembre de 1906 (CJC, 1906, t. 105, núm. 169); RDGRN de 17 de diciembre de 1955 (RJ 1955/3708); RDGRN de 27 de diciembre de 1982 (RJ/1982/8065); RDGRN de 24 de marzo de 2001 (RJ 2002/2190); 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 9937); RDGRN de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7451); RDGRN de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/6663); RDGSJFP de 28 de septiembre de 2020 (RJ 2020/3686).

que los Tribunales decidan sobre la recta o desacertada interpretación del testamento”⁴⁰. Las palabras transcritas, reproducidas con mínimas variantes en resoluciones posteriores, parecen excluir el control por el registrador de la actividad interpretativa del contador-partidor, imponiendo en todo caso la inscripción de las operaciones particionales resultantes. Sin embargo, con alguna excepción aislada en que se sostiene la inscripción de la partición verificada de modo incondicional⁴¹, el análisis de los pronunciamientos que se registran evidencia que, en los supuestos controvertidos en las resoluciones de referencia, el “estado de derecho” creado por la actuación del contador deriva de la razonabilidad de la interpretación sostenida, compartida por la Dirección General, frente al criterio discrepante del registrador.

2.2. *Control registral y judicial del respeto a la voluntad del causante y a la ley*

Frente a la ambigüedad de algunos de los pronunciamientos del Centro Directivo, el verdadero valor de la interpretación del contador se explicita en la RDGRN de 27 de diciembre de 1982, en que, tras recordar la doctrina sobre el valor de la partición verificada por el contador-partidor “al reputarse como si fuera hecha por el propio causante”, limita la prioridad de la interpretación que sostenga a los casos en que sea conforme a la voluntad real del causante, pues las facultades que le competen en orden a interpretar y cumplir la voluntad del testador deben desarrollarse “no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a realizar

⁴⁰ Por todas, la citada RDGRN de 17 de diciembre de 1955, en que se deniega la inscripción de la escritura de rectificación de la partición practicada por el albacea contador-partidor, ya fallecido, sin entrar a valorar su inexactitud por errónea interpretación del testamento, apelada por los otorgantes de la escritura calificada.

⁴¹ Así, en la citada RDGRN de 17 de diciembre de 1955. Puede verse también la RDGRN de 24 de marzo de 2001 (RJ 2002/2190), que convalida la actuación del albacea contador-partidor en la interpretación de los legados realizados en favor de la viuda, sin entrar a valorar su acierto o desacierto. También en la RDGSJFP de 15 de noviembre de 2022 (JUR 2022/372298) mantiene la interpretación por el contador del legado a uno de los hijos «de lo que por legítima le corresponda» como legado de legítima estricta, sin perjuicio de que «en caso de interpretación contradictoria por los herederos —lo que no se ha producido—, corresponderá a los tribunales de Justicia dirimir la controversia».

una partición en la que presumiblemente se refleja una voluntad que no está racionalmente en concordancia con la del testador”.

En el caso, la cláusula por la que la testadora legaba la nuda propiedad del resto del tercio de mejora legado en usufructo al esposo, a favor de los cinco nietos de su único hijo, vivos al otorgar testamento, “así como a los demás que pudiera tener en el futuro”, fue interpretada por el comisario en el sentido de que solo los nietos existentes a la muerte de la testadora tenían derecho a la nuda propiedad, criterio que el Centro Directivo refuta, confirmando el del registrador, en el sentido de que será el momento del fallecimiento del hijo el que, a modo de término suspensivo, concretará el posible número de legatarios a añadir a los cinco ya existentes a la apertura de la sucesión, como supuesto de legítimo llamamiento a favor de los *nodum concepti*.

Con posterioridad a la resolución transcrita, otras han recordado la doctrina de la superioridad de la interpretación del comisario, pero ya con expresa alusión a la necesidad de que la misma se ajuste estrictamente a la voluntad testamentaria, interpretada conforme al artículo 675 C.c., y aplicada con respeto a las restantes normas sucesorias.

En su resolución de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002/9937), la DGRN avala la interpretación realizada por el albacea contador-partidor de un legado de finca realizado a favor a diez sobrinos, en que la causante especifica la participación desigual de algunos de ellos, concretada en tipos de cultivo diferentes, lo que permite entender que no estamos ante un atribución en condominio ordinario y legitima al cargo para dividir materialmente la finca, con el debido asesoramiento técnico, adjudicando las parcelas resultantes y constituyendo una servidumbre recíproca entre ellas.

También en la RDGRN de 19 de abril de 2013 (RJ 2013/4826), el centro directivo corrobora la actuación del albacea contador-partidor que, facultado por el causante para vender dos inmuebles de la herencia y adjudicar el metálico obtenido a los legatarios de tales inmuebles, decide prescindir de la venta y adjudicarlos de modo directo, dada la situación de mercado desfavorable, que abocaría a una venta en condiciones gravemente perjudiciales para los beneficiarios de la disposición. En palabras de la Dirección, la interpretación sostenida por el cargo, que le compete como presupuesto del desempeño de sus funciones, “tan sólo podrá rechazarse en sede registral si resulta que cla-

ramente ha prescindido de las pautas que impone el artículo 675 del Código Civil”, una situación que no se produce en el supuesto en conflicto, en que la actuación del albacea contador-partidor parte de un análisis teleológico de la cláusula testamentaria debatida, sensible a la finalidad buscada por la testadora, quien ha deseado beneficiar en la mayor medida posible a las personas designadas como legatarias, presumiblemente para así evitar los habituales conflictos que generan las situaciones de comunidad *pro indiviso*.

En sentido inverso, la RDGRN de 21 de mayo de 2014 (BOE, núm. 177, 22 julio 2014, 7755) confirma la negativa de la registradora de la propiedad a inscribir una escritura por la que el contador-partidor testamentario entrega un legado de la totalidad de determinado bien inmueble a uno de los dos legatarios designados por la causante, manifestando que tal entrega se justifica por la premuerta de la colegataria, al entender que, no habiendo dispuesto la testadora su sustitución, los legados a que tuviera derecho acrecen al superviviente. Dado que la disposición testamentaria atribuía el citado legado en un 82 % al beneficiario aceptante y en un 18 % a la premuerta, la Dirección rechaza la interpretación verificada por el contador-partidor, sujeta a la función calificadora del registrador cuando no se acomoda al testamento ni resulta de la ley, lo que ocurre en el caso controvertido, en que el contador-partidor no tiene facultades para entregar el legado más allá de los términos señalados por la propia testadora, aplicando un derecho de acrecer que no se acredita ni cumple los requisitos legalmente establecidos, en la medida en que la designación a través de cuotas individualizadas y desiguales excluye su juego, en los términos de los artículos 982 y 983 del C.c.

En esta misma línea correctora de la interpretación sostenida por el contador-partidor, la RDGRN de 4 de abril de 2017 (RJ 2017\1406) confirma la calificación de la registradora de la propiedad por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición de herencia y entrega de legados autorizada por notario, por extralimitación del contador-partidor en el ejercicio de sus facultades. En el caso, el legado de cuota viudal que, conforme al testamento, debía ser satisfecho en efectivo metálico, es saldado por el contador-partidor mediante la entrega a la viuda, sin su comparecencia y por lo tanto sin prestar su consentimiento, de una serie de acciones y participaciones sociales. Para la Dirección, las amplias facultades interpretativas reconocidas al cargo deben ser ejercitadas en el marco del respeto a la voluntad

del causante, la ley imperativa y los límites que marcan “la simple facultad de hacer la partición”, sin que alcancen a verificar una conmutación del objeto del legado controvertido sin el consentimiento de la viuda y de los herederos, con contravención de lo prevenido en el art. 886 CC.

Más recientemente, la misma doctrina es aplicada en la RDGSJFP de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/1627), recaída a propósito de la herencia deferida en virtud de testamento en que son instituidos dos herederos por partes iguales (hermanos del testador), con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes y previsión de acrecimiento entre los herederos a falta de descendientes del instituido. Uno de los herederos renuncia a la herencia, sin tener descendencia y el otro premuere al testador, dejando dos hijos, uno de los cuales renuncia a su vez la herencia, teniendo un hijo. Se presenta a inscripción una partición otorgada por el contador partidador en que se estima que existe derecho de acrecer a favor del hijo aceptante del heredero premuerto, a quien se reputa único heredero, descartando que entre en juego la sustitución vulgar a favor del hijo del sustituto renunciante. La Dirección General confirma la calificación registral, declarando que “dicha renuncia de la sustituta debe tener en el presente caso la misma consecuencia que habría tenido la renuncia del instituido (padre de la renunciante, premuerto), es decir, la entrada en juego de la vocación subsidiaria de la sustitución vulgar y no el acrecimiento”.

El análisis de las resoluciones recaídas en la materia permite concluir que la admisión de la fiscalización de la interpretación realizada por el contador-partidor no puede derivar en su sustitución por el criterio interpretativo del registrador, sino cuando en efecto ha sido conculcada la voluntad testamentaria o transgredida una ley imperativa. Entiendo que, con iguales límites, la actuación del contador-partidor adecuada al testamento y la ley debiera ser respetada por los tribunales, de forma que, habiendo varias interpretaciones posibles de una cláusula testamentaria, prevalezca la que el contador realice cuando no pueda ser tildada de “absurda, ilógica, arbitraria o contraria a la voluntad del testador”⁴², del mismo modo que, siendo posible partir de diversas

⁴² Utilizo en el texto las expresiones que definen aquella interpretación de los jueces de instancia que, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede ser revisada en casación (por todas, SSTS de 6 octubre de 1994 (RJ 1994/7461); de 29 de abril de 2008 (RJ 2008/1993); de 13 de julio de 2011 (RJ/2011/5119); de STS de 3 de marzo de 2022 (RJ 2022/1164).

formas, la partición que legalmente haga debiera mantenerse por mucho que, siendo impugnada, fuese otro el criterio particional del juez⁴³.

3. La actuación del contador-partidor en los supuestos de discrepancia entre el testamento y la ley

3.1. Planteamiento de la cuestión

Terminada la tarea interpretativa, es posible cuestionarse cuál ha de ser el proceder del contador-partidor cuando aquella revela una voluntad contraria a un precepto legal imperativo. Consciente el contador de que alguna de las cláusulas dispositivas o particionales a que está sujeto transgrede la ley, ¿debe igualmente llevarla a término partiendo en su conformidad o, por el contrario, ha de atender al superior mandato de la ley vulnerada?

⁴³ GÓMEZ YSABEL, J. J., *Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo*, Madrid, Ed. Reus, 1963, pp. 243-244; ALBALADEJO GARCÍA, M., *El albaceazgo... op. cit.*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pp. 284-286, para quien ha de prevalecer la interpretación realizada por el albacea, mientras no sea declarada ilegal por los tribunales; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Facultades de...», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 18, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1965, p. 244; FERRER I RIBA, J., «La ejecución...» en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 762. En contra, GARCÍA AMIGÓ, M., «Interpretación del testamento», *Revista de Derecho Privado*, t. 53, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 940, para quien la interpretación del albacea no vincula a herederos ni tribunales, salvo que el causante le hubiese conferido especial y concretamente al albacea la facultad de decidir aun en caso de contienda; RUBIO GARRIDO, T., «Artículos 901 y 902», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 6576; VERDERA SERVER, R., «Interpretando...», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 114, enero-junio, Fundación Notariado, 2022, p. 85; GARCÍA PÉREZ, C. L., «El albaceazgo...» en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.); JIMÉNEZ MUÑOZ, J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (coords.), *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 266-267. Expresamente, la STS de 18 de abril de 1985 (RJ 1985/1771) sanciona la prevalencia de la interpretación del objeto del legado realizada por el albacea contador-partidor, frente al criterio sostenido por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, señalando que «tales personas, como ejecutores testamentarios con amplias facultades, son de las más autorizadas para descubrir la verdadera voluntad del testador». En sentido contrario, la STS de 29 de abril de 2008 (RJ 2008/1993) confirma la interpretación de la Audiencia Provincial, contraria a la sostenida por el albacea, del objeto del legado del usufructo vitalicio de «todas las acciones que posea la testadora en el Banco Central», que a juicio del tribunal abarca todas las acciones depositadas en dicha entidad bancaria y no sólo los títulos que representan una participación en el capital del referido banco. El argumento de la recurrente, que apela a la superioridad de la interpretación sostenida por el albacea, es refutado por el TS, que mantiene la interpretación recurrida como más acorde a la literalidad del testamento, no desvirtuada por prueba extrínseca, recordando que «no se puede pretender que la función interpretadora del testamento que asumen los albaceas sustituya a la propia función jurisdiccional».

Se trata, en síntesis, de dilucidar si, en caso de disconformidad, ha de prevalecer la voluntad testamentaria o la norma por ella vulnerada, dando lugar a la sanción querida por el legislador. Como punto de partida, puede afirmarse que excede de su tarea el enjuiciamiento de la validez o nulidad de las cláusulas testamentarias. Nombrado para partir, no puede erigirse en juez de la legalidad del testamento a que se ha de ajustar en el cumplimiento de su función⁴⁴. Sin embargo, la ejecución por el contador de una voluntad ilegal conduce a un resultado poco deseable, al compelerle a llevar a cabo una partición viciada de nulidad, por razón de la ineficacia del título en que se funda⁴⁵. Ante el dilema descrito, no parece posible que el contador-partidor deposite el juicio sobre la validez de la cláusula o cláusulas concernidas en los tribunales de justicia, a fin de actuar a la vista de su decisión, ya aplicando el testamento si se declara válido, ya la ley en lo que aquel la conculque. Teniendo el contador-partidor dudas sobre la legalidad de una disposición testamentaria, la única vía procesal ejercitable para obtener una declaración judicial al respecto es la impugnación del testamento, para la que carece de legitimación, que ha de entenderse reducida a aquellas personas que, en caso de triunfar la acción de nulidad del testamento, adquieran el *ius delationis* en la herencia en cuestión⁴⁶. De este modo, solo si un legitimado impugna, el contador-partidor tendrá en la sentencia declarativa un apoyo judicial para su actuación, supuesto en que el término del litigio, cuando hubiere sido entablado vigente el cargo,

⁴⁴ Niegan el poder rectificador del contador-partidor SANCHO REBULLIDA, F. A., «Partición de herencia», *Estudios de Derecho civil*, t. I, Pamplona, EUNSA, 1978, p. 549; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sobre si...», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, Ministerio de Justicia-BOE, 1993, pp. 1689-1704.

⁴⁵ Defienden la prioridad de la ley cuando es transgredida por la voluntad testamentaria VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Facultades de...», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 18, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1965, p. 243; RUBIO GARRIDO, T., «Artículos 901 y 902», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 6568-6569, en relación con la actuación del albacea.

⁴⁶ STS de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8119); STS de 25 de junio de 2008 (RJ 2008/3238); CAPILLA RONCERO, F., «Nulidad e impugnabilidad del testamento», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1987, p. 46; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 291. Sobre la falta de legitimación del albacea para impugnar el testamento, GARCÍA PÉREZ, C. L., «El albaceazgo...», en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.); JIMÉNEZ MUÑOZ, J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (coords.), *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 250.

determinará el inicio del cómputo de un nuevo plazo anual de actuación, a tenor del art. 904 C.c., correctamente interpretado.

3.2. *Jurisprudencia y doctrina registral: un tratamiento casuístico*

El análisis de la jurisprudencia y de la doctrina registral recaídas en supuestos en que el núcleo del conflicto está en la contradicción existente entre la ley y las cláusulas que el contador ha de aplicar revela que no existe una regla abstracta y general de actuación a la que aquel pueda atenerse en cualquier supuesto de contravención. Por el contrario, en las resoluciones que contienen un pronunciamiento al respecto, este aparece orientado a la solución del caso concreto, de ahí que sean en ocasiones contradictorios. Si en varios de ellos el Tribunal Supremo y la DGRN han recordado la obligación del contador-partidor de respetar la voluntad testamentaria “pero nunca de un modo ciego y automático, sino ajustándose a lo dispuesto en la ley y subsanando en este sentido los defectos u omisiones de aquélla”⁴⁷, otras limitan su facultad interpretativa en el sentido de que no alcanza la misma “a declarar por sí nulo e ineficaz el testamento del causante, o alguna de sus cláusulas, ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de Justicia”, a solicitud de persona interesada que proceda a su impugnación⁴⁸.

Así las cosas, es preciso atender a la materia concreta afectada por las disposiciones ilegales del causante, al objeto de extraer algunas conclusiones generalizables. Sintetizando los pronunciamientos recaídos, es posible clasificar tres grupos de cláusulas a las que la jurisprudencia y doctrina registral han dado un tratamiento diverso.

⁴⁷ STS de 18 de octubre de 1890 (*Jurisprudencia Civil*, 1890, t. 68, núm. 94, pp. 331-345); STS de 8 de abril de 1931 (RJ 1931/2003); STS de 11 de febrero de 1952 (RJ 1952/284); STS de 24 de febrero de 1968 (RJ 1968/1213); RDGRN de 14 de abril de 1969 (*Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1969, pp. 33-40); RDGRN de 20 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6336).

⁴⁸ *Obiter dicta*, las RRDGRN, ya citadas, de 18 de diciembre de 1951 (RJ 1951/2758) y de 1 de diciembre de 1984 (BOE, núm. 28, 1 de febrero de 1985, 2146). *Ratio decidendi*, RDGRN de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005/3483); RDGRN de 14 de septiembre de 2009 (RJ 2009/470); RDGRN de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/6663).

3.2.1. Voluntad del causante y composición objetiva de la herencia

En primer término, puede afirmarse que el contador-partidor no está vinculado por la relación, distribución y atribución que de sus bienes haga el testador cuando les otorga un carácter diverso al que por ley les corresponde⁴⁹ o cuando incluye bienes sujetos a reserva, dándoles un destino no permitido por la ley⁵⁰. Por extensión, entiendo que la facultad del contador de “subsanan” errores e irregularidades del testamento legitima la exclusión del cuaderno particional de bienes sujetos a prohibición de disponer, cuando el causante los ha incluido en sus normas particionales, pues solo así podrá desarrollar correctamente su función de distribuir el caudal hereditario a partir de un inventario “fiel y exacto” de la herencia⁵¹.

⁴⁹ STS de 18 de octubre de 1890 (*Jurisprudencia Civil*, 1890, t. 68, núm. 94, pp. 331-345), donde se afirma que la declaración del testador en que consigna que en su matrimonio no ha habido gananciales, hecho desmentido por otras pruebas, no ha de ser aceptada por los testamentarios, «que sólo vienen obligados a cumplir la voluntad del testador en cuanto las disposiciones de éste se confirmen con las leyes que lesionen (*sic*) el derecho de un tercero». En sentido análogo, la STS de 24 de febrero de 1968 (RJ 1968/1213) confirma la validez de la partición verificada por los contadores-partidores, pues «no puede estimarse que signifique apartamiento de la ley particular de la partición» el hecho de que excluyan bienes atribuidos por el causante a los herederos, de los que dispuso después de otorgar testamento, ni que reparta saldos de cuentas y valores mobiliarios omitidos por el testador, ni que incluya en el inventario como bienes gananciales del primer matrimonio dos casas no mencionadas por él, «pues en todos esos puntos se limitaron los susodichos contadores a subsanar o corregir los errores o transgresiones de la voluntad testamentaria que tenían ciertamente la obligación de respetar, pero nunca de modo ciego y automático (...)». A contrario, la STS de 15 de junio de 2006 (RJ 2006/3538) confirma la sentencia recurrida, que declara la nulidad de la partición verificada por contador-partidor respetando las normas particionales del causante, en la medida en que incluían bienes de carácter ganancial, calificados como privativos por el testador.

⁵⁰ STS de 2 de marzo de 1959 (RJ 1959/1089), en que el TS confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que declara la legalidad de la partición verificada por los contadores-partidores, con la salvedad de que han de rectificar las operaciones a fin de fijar los bienes sujetos a reserva viudal y proceder a su reparto por iguales partes entre los cinco hijos habidos del primer matrimonio del causante, contrariando así el tenor del testamento, que contenía diversos legados sobre bienes libres y bienes sujetos a reserva; RDGRN de 14 de abril de 1969 (*Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1969, pp. 33-40) que, en la misma línea, corrobora la actuación unilateral del contador que, sin ajustarse a la letra del testamento, distingue en las operaciones particionales dos grupos de bienes, al objeto de asignar los sujetos a reserva viudal a sus destinatarios legales. Ya en relación con la reserva lineal, la STS de 8 de octubre de 1930 (RJ 1930/1169) sanciona el deber del contador-partidor de excluir de las operaciones particionales los bienes sujetos a reserva de conformidad con el artículo 811 C.c., apartándose de las disposiciones testamentarias de la causante que, en contravención de tal norma, realiza un reparto desigual de los mismos entre sus hijos, mejorando en dos tercios de la herencia a una de ellas. En sentido análogo, STS de 8 de abril de 1931 (RJ 1931/2003).

⁵¹ Sobre la nulidad de la partición hecha por el testador que incluye bienes sobre los que había una prohibición de disponer, STS 5 de junio de 1985 (RJ 1985/3095).

3.2.2. Los supuestos de preterición y desheredación injusta

Un segundo grupo de supuestos en que la cuestión analizada cobra relevancia es aquel en que alguno, algunos o todos los legitimarios son preteridos o injustamente desheredados por el causante. La omisión o exclusión de tales personas fuerza al contador-partidor a verificar una partición de efectos claudicantes, al albur del ejercicio por los legitimarios afectados de las acciones reguladas en los artículos 814 y 851 C.c. A pesar de ello, es obvio que la inclusión en la partición de legitimarios preteridos o desheredados excede de las facultades conferidas al contador-partidor, al ser precisa una resolución judicial que se pronuncie sobre el carácter intencional o no intencional de la preterición⁵² o, en su caso, sobre el carácter injusto de la desheredación⁵³. A falta de tal declaración judicial, la inclusión en la partición de los legitimarios omitidos o excluidos pasa porque el contador recabe el consentimiento unánime de los herederos, con la consecuente mutación de la naturaleza de la partición verificada, que pasará a constituir un supuesto de partición convencional, amparable en el art. 1058 C.c., y sujeta a su propio estatuto.

⁵² RDGRN de 2 de agosto de 2018 (RJ/2018/4098), en que la Dirección confirma la calificación del registrador de la propiedad por la que se deniega la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y de adjudicación de herencia otorgada por el contador-partidor (designado a instancia de una mayoría de herederos *ex* artículos 295 y siguientes LDCG) y la viuda, por basarse en un título irregularmente creado. En el testamento que está en el origen del conflicto, el causante legó el usufructo universal a su esposa e instituyó herederas a sus dos hijas, adoptando a un tercer hijo con posterioridad a su otorgamiento. A instancias de la viuda, ante la misma notaria autorizante de la escritura referida se abrió acta de declaración de herederos *abintestato* en que, a la vista de la preterición que se calificó por la notaria como no intencional, fueron declarados los tres hijos como herederos por partes iguales, con respeto del usufructo universal de la viuda de conformidad con la Ley de Derecho civil de Galicia. La DGRN, con criterio concordante al del registrador, entiende que no corresponde a la notaria decretar la nulidad de una institución de heredero contenida en una disposición testamentaria en base a una presunta preterición, ni mucho menos entrar a calificarla, con las evidentes consecuencias que tal calificación conlleva. Solo la autoridad judicial en un procedimiento contradictorio puede, después de la debida controversia entre las partes, pronunciarse sobre la nulidad de una disposición testamentaria.

⁵³ RDGRN de 31 de marzo de 2005 (RJ 2005/3483), en que la Dirección confirma la nota de denegación de inscripción de la partición verificada por contador-partidor que, extralimitándose en sus funciones, realiza adjudicaciones de determinados bienes inmuebles en pago de sus legítimas a cuatro hijos desheredados por el testador, ante la dificultad de probar la certeza de la causa de la desheredación expresada. La resolución declara la necesaria atribución de la legítima a los descendientes de los desheredados (artículo 857 C.c.), a reserva de la impugnación de la causa de desheredación ante los tribunales.

En defecto del consenso apuntado, la exigencia de un procedimiento contradictorio en que la autoridad judicial decrete la nulidad del testamento (por preterición no intencional de todos los legitimarios), la nulidad de la institución de heredero (por preterición no intencional de algunos de los legitimarios) o la reducción de la institución de heredero en lo necesario (por preterición intencional o desheredación) no puede ser suplida por el notario, como expresamente ha sancionado la Dirección General al negar su facultad para pronunciarse sobre el carácter no intencional de la preterición y proceder a la apertura del acta de declaración de herederos *ab intestato*⁵⁴.

La lógica subyacente a las resoluciones comentadas extiende la solución que adoptan a los supuestos en que el testamento contiene llamamientos no permitidos por la ley (vg., a favor de persona incurso en prohibición de suceder), que no podrán ser excluidos por el contador de las operaciones particionales contra la voluntad del causante, mientras su irregularidad no sea decretada por los tribunales.

3.2.3. Lesión a la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima

Frente a la coherencia existente entre los pronunciamientos recaídos en las materias indicadas, ha de confesarse la dificultad de extraer una regla uniforme en relación con la actuación que ha de adoptar el contador-partidor cuando en el testamento se constata una lesión cuantitativa o cualitativa a los derechos de los legitimarios. En la STS de 11 de febrero de 1952 RJ (1952/284), el tribunal corrobora la actuación de los albaceas contadores-partidores que alteran la voluntad del causante para ajustar las adjudicaciones a la ley imperativa francesa, aplicable a la sucesión, legitimando la reducción en el cuaderno particional de las liberalidades inoficiosas contenidas en testamento⁵⁵. En la misma línea, la RDGRN de 9 de marzo de 1927

⁵⁴ RDGRN de 13 de septiembre de 2001 (RJ 2002/2410), en que se niega la inscripción de la escritura de manifestación de herencia presentada por la viuda y los hijos del causante, como sucesores *ab intestato* declarados por acta notarial en consideración a la nulidad del testamento por preterición no intencional de todos los descendientes. En sentido análogo, la antes citada RDGRN de 2 de agosto de 2018.

⁵⁵ Al recurso interpuesto por una de las legatarias alegando la nulidad de la partición discutida por extralimitación del contador-partidor en su labor, responde el tribunal que «si el testador se extralimitó distribuyendo sus bienes en cuantía no permitida por su ley nacional en cuanto a la

declaró la legitimidad del contador-partidor para fijar las legítimas, declarar el carácter no colacionable de ciertas donaciones y reducir los legados inoficiosos, sin que tales operaciones precisasen el consentimiento de los interesados, exigido por el registrador en la nota de calificación confirmada por la Audiencia⁵⁶. Un criterio mantenido por la RDGRN de 20 septiembre 2003 (RJ 2003/6336), donde se declara que la partición de la herencia por el comisario no solo tiene que ajustarse a la voluntad del testador, sino también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador está sujeto, como son las relativas al respeto de las legítimas. En caso de contravención de tales normas, aun cuando se deba a circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento, “es evidente” que el contador ha de partir de conformidad con la ley, evitando así “que la partición resulte viciada y no pueda acceder al Registro de la Propiedad”⁵⁷.

En sentido frontalmente opuesto (pese a citar la resolución anteriormente citada), la RDGRN de 14 de septiembre de 2009 (RJ 2009/470) recuerda la obligada observancia por el contador de la voluntad del testador y de las disposiciones legales de carácter imperativo, pero en este caso para afirmar que la declaración de inoficiosidad y consecuente reducción por contador-partidor del legado testamentario a favor de la viuda, derivada de la valoración de los bienes relictos y de los créditos y deudas inventariados, exige el con-

mejora y prelegado que dispuso, los contadores que en la partición se atuvieron al estatuto personal del causante, subsanando la transgresión en que éste había incurrido, procedieron correctamente y actuaron de acuerdo con el espíritu que informa el art. 901 del Código civil, porque si bien son ejecutores de la voluntad del testador a los efectos de la partición de su herencia, se deben ante todo al cumplimiento de la Ley prohibitiva, que tiene fuerza vinculante para el testador y para los contadores, con rango imperativo superior o preponderante a la voluntad de aquél y de éstos».

⁵⁶ RDGRN de 9 de marzo de 1927 (*Anuario de la Dirección General de los Registros*, 1927, pp. 187-193). La reducción de los legados hechos a la esposa por el testador, operada unilateralmente por el contador-partidor, se reputa también comprendida entre sus facultades por la citada RDGRN de 14 de abril de 1969.

⁵⁷ Al tiempo de otorgar su testamento, el causante tenía tres hijos, legando a uno de ellos «una novena parte de todo su patrimonio, en pleno dominio, imputable al tercio de legítima estricta y en pago de cuantos derechos pudiera pretender en la herencia de la testadora»; e instituyendo herederos por partes iguales a sus otras dos hijas. Premurieron a la testadora dos de sus hijos, uno de ellos, el legatario que dejó a su vez tres hijos, mientras que la otra hija premuerta lo hizo en estado de soltera y sin descendientes. El contador procede a la adjudicación de los bienes, atribuyendo a la estirpe del hijo premuerto bienes valorados en 1/9 del valor total del caudal. Para la Dirección (que confirma la nota del registrador recurrida), la legítima que corresponde a los tres nietos no es la novena parte del caudal hereditario, como se recoge en el testamento, sino una sexta parte del total caudal, dado el acrecimiento que se produce al haber premuerto a la testadora otra hija, soltera y sin descendencia.

sentimiento de la legataria, siendo insuficiente al efecto la anuencia de los herederos.

La necesaria observancia de la voluntad testamentaria, a despecho de la posible lesión de la legítima de los descendientes, es también defendida en la RDGRN de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/6663), donde se afirma que “cualquiera que fuere el valor atribuible al usufructo dispuesto en favor del viudo, si este hubiese sido ordenado por el testador, el comisario estaría vinculado a dicha disposición testamentaria al realizar la partición, sin perjuicio del derecho de los legitimarios que se estimasen perjudicados (cualitativa o cuantitativamente) a hacer valer la intangibilidad de sus derechos forzosos, solicitando el complemento correspondiente, e incluso, la propia ineficacia de las disposiciones testamentarias o de las particionales, si éstas fueren incompatibles con el ejercicio de la opción que el citado precepto (en referencia al artículo 820.3 del Código civil) les reconoce”.

III. EL PAPEL DEL CAUSANTE EN LA INTERPRETACIÓN DE SU ÚLTIMA VOLUNTAD

1. Cláusulas interpretativas y prueba extrínseca

El análisis de los sujetos legitimados para interpretar el testamento debe necesariamente incluir una reflexión sobre el papel desempeñado por el propio causante en el desarrollo de la tarea hermenéutica. En la doctrina se ha negado la posibilidad teórica de una “interpretación auténtica” y vinculante del negocio testamentario por parte de su autor, sobre la base de un doble argumento. De una parte, porque el proceso interpretativo ha de desarrollarse por definición una vez abierta la sucesión, cuando el causante no puede ya aclarar el sentido de su voluntad declarada⁵⁸. De otra, porque cualquier declaración unilateral de última voluntad, hecha con las solemnidades legales, estaría ella misma sometida a interpretación, conforme al mandato imperativo

⁵⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La interpretación ...», *Revista de Derecho Privado*, t. LVII, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 289; JORDANO BAREA, J. B., *El testamento... op. cit.*, Granada, Ed. Comares, 1999, pp. 137-138; ALVENTOSA DEL RÍO, J., COBAS COBIELLA, E. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Sucesión testada», en ALVENTOSA DEL RÍO-J., COBAS COBIELLA, E. (dirs.), *Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 486.

del artículo 675, cuya aplicación no puede eludir el causante, ni siquiera mediante cláusula prohibitoria de la interpretación, lo que relega el testamento interpretativo, como cualquier otro documento indubitado del testador, a ser un elemento o factor hermenéutico auxiliar de cualificadísima importancia⁵⁹.

Cierto es que, como tarea previa a la correcta ejecución de la voluntad del causante, la interpretación *stricto sensu* surge como cuestión jurídica tras su muerte, momento en que el testamento deviene eficaz. Pero el reparo dogmático derivado de un entendimiento estricto del proceso interpretativo no puede ocultar la innegable legitimidad del causante para anticipar eventuales conflictos derivados de la comprensión de su voluntad real, fijando de modo vinculante el sentido en que ha de ser interpretada. Como se ha señalado, desde la perspectiva del causante el testamento existe y es válido desde que se otorga con todos los requisitos legales, pudiendo su autor adicionarlo, modificarlo o revocarlo, siendo por tanto evidente su legitimación para interpretarlo⁶⁰.

Desde las consideraciones precedentes, entiendo que las cláusulas de naturaleza interpretativa se integran en el acto de última voluntad rector de la sucesión, ya se contengan en un testamento complementario al puramente dispositivo (o, donde se admita, en codicilo o memoria testamentaria), con el que conforman una unidad negocial⁶¹, ya en el mismo testamento que recoja su última voluntad. En este último caso, puede tratarse de cláusulas aclaratorias del sentido de las que pudieran suscitar dudas (por ejemplo, a propósito del ámbito objetivo de un legado o de la correcta calificación, como legado, modo o condición, de la obligación impuesta al instituido) o

⁵⁹ JORDANO BAREA, J. B., *El testamento... op. cit.*, Granada, Ed. Comares, 1999, p. 138; MOLINER NAVARRO, R., «La impugnación del testamento», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.* (dirs.); MONJE BALMASEDA, O., (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Madrid, Dykinson-Consejo General del Notariado, 2014, p. 596.

⁶⁰ VAQUER ALOY, A., *La interpretación... op. cit.*, Madrid, Ed. Reus, 2008, p. 127. A favor del carácter vinculante de la interpretación auténtica, VERDERA IZQUIERDO, B., «La interpretación del testamento», en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. I, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 720.

SERRANO GÓMEZ, E., *Ineficacia... op. cit.*, Madrid, Ed. Reus, 2021, pp. 43-44.

⁶¹ Díez-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos», *Estudios de derecho privado*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 329-378; ALFÉREZ CALLEJÓN, G., «El testamento...», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 494, enero-febrero, Imprenta San José, 1973, pp. 99, quien parece reducir la interpretación auténtica a la contenida en actos posteriores al otorgamiento de testamento.

de previsiones que adelanten contingencias futuras, adaptando su última voluntad a las mismas y evitando así la necesidad de su integración *post mortem* por el intérprete (como la previsión de que valga la institución hecha a favor de la pareja o el cónyuge, aun en caso de separación o divorcio posterior). No puede desconocerse que muchas cláusulas testamentarias típicas encierran un mandato sobre el modo de entender la voluntad declarada, en ocasiones con desplazamiento de típicas normas legales interpretativas e integrativas que ceden ante la existencia de voluntad en contra del causante (artículos 749, 751, 765, 768, 767, 769, 797, 828, 864, 1070 o 1075 C.c.). Del mismo modo, no ofrece duda la posibilidad de que el causante establezca criterios hermenéuticos más generales, que eviten la búsqueda de la finalidad pretendida por las cláusulas particulares, como el mandato de que se preserve la igualdad entre coherederos, que en ocasiones acompaña a las cláusulas particionales (o el opuesto, por el que ha de reputarse mejorado el hijo más beneficiado por las atribuciones testamentarias), la aclaración de que el llamamiento a los descendientes (ya como instituidos en primer término, ya como sustitutos) ha de prolongarse a los nacidos después de su muerte⁶², la precisión de la forma en que ha de entenderse cumplido el mandato de cuidados o las cláusulas que anticipan el debate sobre la imputación de legados realizados en favor del viudo, imponiendo su respeto y la limitación, en su caso, del derecho de los descendientes a su legítima estricta.

En cualquiera de los supuestos relatados, en la medida en que el testador interprete su voluntad en forma testamentaria, los ejecutores de tal voluntad estarán sujetos a la norma de autonomía privada como ley de la sucesión, con un doble matiz. De una parte, son trasladables aquí las consideraciones realizadas en torno al poder de los herederos de eludirla, bajo el presupuesto de la existencia de consentimiento unánime y la inexistencia de perjuicio de tercero. De otra, como disposiciones testamentarias típicas, pueden requerir el tamiz de la interpretación, que en caso de discrepancia entre los interesados corresponderá en último término a los tribunales⁶³.

⁶² RDGRN de 29 de enero de 1988 (RJ 1988/316).

⁶³ Sirva de ejemplo el supuesto resuelto por la STS de 3 de marzo de 2022 (RJ 2022/1164). En el caso, el causante realizó dos legados en favor de la viuda, imputando el primero (consistente en el usufructo universal de varios inmuebles) al tercio de mejora y, si lo superase, al tercio de libre disposición; el segundo (consistente en la plena propiedad de diversos activos bancarios) a la cuota libre, instituyendo a sus tres hijos en el remanente de todos sus bienes derechos y acciones, por

Junto al papel ejercido por el causante como intérprete formal de su declaración de voluntad, debe recordarse el valor atribuido por la jurisprudencia a sus actos y negocios previos o posteriores al otorgamiento del testamento rector de la sucesión, como elemento de prueba extrínseca que permite indagar su verdadera voluntad *post mortem* —con desplazamiento, en su caso, de las normas legales interpretativas e integrativas subsidiarias⁶⁴—, siempre que, por imperativo del carácter de acto formal y solemne que tiene el testamento, el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento interpretado. La práctica judicial muestra el uso extendido de este medio extrínseco de interpretación, habiéndose pronunciado sobre la pertinencia de la utilización de diferentes “circunstancias exteriores” como criterios hermenéuticos. Pueden citarse los testamentos anteriores o posteriores del causante⁶⁵, particiones contenidas en documento público extratestamentario⁶⁶, negocios

partes iguales. Constatada la suficiencia del primer legado para el pago de la legítima de la viuda, sin agotarla, el TS niega su derecho al complemento de la cuota legal, al que ordena la imputación del segundo de los legados, contradiciendo la regla de imputación establecida en el testamento, al entender que la formulación literal de los legados obedece al hecho de que el causante consideró el primero de ellos suficiente para pagar la legítima, de ahí que, si finalmente lo adjudicado no resulta bastante para cubrirla, los demás bienes atribuidos a la viuda deban ser asignados a esa cuota.

⁶⁴ Defiende la posibilidad de desplazar tales normas mediante el recurso a medios extrínsecos de prueba, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La voluntad...», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3 (mayo-junio), Ed. Reus, 2023, pp. 73-74.

⁶⁵ STS de 29 de febrero de 1984 (RJ 1984/817); STS de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10426), en que se suscita la cuestión de si el legado en pleno dominio de «todos los muebles» pertenecientes a la causante ha de reducirse al mobiliario ordinario o comprender también cuadros y alhajas, duda que se resuelve a la luz de un testamento anterior revocado, en que la causante legó separadamente, como bienes diferentes, sus «muebles», cuadros y joyas; STS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003/604), en que la calificación como carga modal del deber de cuidados y asistencia impuesto al hijo mejorado en el último testamento abierto otorgado por la causante se apoya no solo en la utilización de la expresión «obligación modal», sino en el hecho de que en dos testamentos anteriores, también notariales, la institución (en el primero, a favor del mismo hijo; en el segundo, a favor de una de sus hermanas) se realizaba «a condición de que habrá de asistir y cuidar a sus padres...», dando así relevancia hermenéutica al cambio de expresión y a la omisión del término «condición» en el testamento último. Sobre el valor de los testamentos anteriores en la indagación de la voluntad real del testador, ampliamente, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La voluntad...», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3 (mayo-junio), Ed. Reus, 2023, pp. 50-66. Para la autora, el valor hermenéutico se extiende a los testamentos nulos otorgados por el mismo causante, siempre que tal nulidad no tenga por fundamento la falta de capacidad del testador o la concurrencia de vicio del consentimiento (p. 66).

⁶⁶ STS de 26 de noviembre de 1974 (RJ 1974/4490), a propósito de la interpretación de la cláusula por la que la testadora lega a una de sus hijas un tercio de su haber, en concepto de mejora, y le instituye heredera, junto a su hermana y por iguales partes, en los dos tercios restantes de la herencia. Para el Tribunal, la interpretación de la voluntad de la causante de instituir a una de sus

jurídicos *inter vivos*⁶⁷, documentos no negociales y declaraciones verbales realizadas ante testigos⁶⁸, así como el propio comportamiento del causante y su relación de afectividad con los instituidos⁶⁹. Una jurisprudencia que en ocasiones ha dado incluso valor hermenéutico al silencio guardado por el

hijas en dos tercios y a la otra en el tercio restante resulta corroborada por la partición hecha por la propia testadora, protocolizada en escritura pública en la misma fecha que el testamento, donde, asesorada por un perito, atribuye bienes a sus hijas, en líneas generales y con escasas diferencias, en la proporción apuntada.

⁶⁷ STS de 8 de junio de 1982 (RJ 1982/3408), sobre la extensión objetiva del legado de «el molino que pertenece al causante, en Baralla-Neira de Jusa», en que la determinación de las fincas y anejos comprendidos en la expresión testamentaria se deduce de los contratos de arrendamiento suscritos en vida por el causante.

⁶⁸ STS de 30 de enero de 1996 (RJ 1997/159), en que el error en la designación nominal de una de las coherederas (instituida como «Pepita R. S.», cuando su nombre era Josefa S. J.), se salva mediante la acreditación de que el hipocorísitico empleado en el testamento era frecuentemente utilizado por el causante para dirigirse a su prima, constando así en la tarjeta de invitación a su boda, hecho corroborado por declaración testifical de la persona que había trabajado durante años al servicio del causante. Por el contrario, en la STS de 6 de marzo de 2019 (RJ 2019/740) el tribunal priva de todo valor a la carta dirigida por el causante a una de sus hijas, donataria de cantidad, expresando su intención de dispensarla en testamento del deber de colacionar la donación, dispensa que efectivamente realiza en testamento posterior, a su vez revocado, sin reiterar dicha dispensa en ninguno de los cinco testamentos que otorgó con posterioridad.

⁶⁹ En el caso resuelto por la STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7461), el causante estableció un usufructo sucesivo en favor de su esposa, su amigo Luis E. V. y la esposa de este, previendo que a la muerte de estos dos últimos sucediesen como herederos en plena propiedad sus hijos legítimos, estableciendo que, en su defecto, «será heredera el alma del testador». Tras el divorcio de la pareja designada en usufructo sucesivo, Luis E. V. contrae matrimonio con doña Concepción, con quien tiene dos hijos. Para el tribunal, el enorme afecto, estima y relación «cuasifamiliar» existente entre el causante de la sucesión y Luis E. V. justifica la decisión los órganos de instancia y apelación, en el sentido de reputar instituidos a los hijos habidos del segundo matrimonio, por ser voluntad del testador que los bienes permaneciesen en la familia de su amigo, con relegación del Arzobispado demandante y recurrente. En la STS de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021/969), se desestima la pretensión de los sobrinos del causante de declarar ineficaz la cláusula por la que se instituye herederos a unos vecinos, dado el pretendido incumplimiento por los instituidos de la carga modal o condición de cuidar y asistir al causante hasta su fallecimiento, que se produjo tras permanecer sus últimos años en una residencia donde recibió los cuidados que requería. El TS, tras considerar irrelevante la calificación de la obligación impuesta como término o modo (extremo sobre el que discreparon Juzgado de Primera Instancia y Audiencia Provincial), avala el criterio de la sentencia recurrida, afirmando que la averiguación de la voluntad del causante permite concluir que la razón que le movió a instituir herederos a los demandados (desconocedores del testamento) fue la gran amistad, prolongada en el tiempo, que les unía con el causante (y con su esposa, hasta el momento en que esta falleció), acreditada cumplidamente en el proceso. Una conclusión confirmada por el comportamiento posterior al otorgamiento de testamento, dado que pasaron años hasta que falleció en la residencia que sufragaba con su pensión y donde estaba cuidado como precisaba para la atención continua de su enfermedad, sin que cambiara el testamento. Sobre la sentencia, puede verse el comentario de NIETO ALONSO, A., «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuida al testador: condición suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858)», *IDIBE (Instituto de Derecho Iberoamericano)*, 4 de abril de 2023.

testador tras el otorgamiento del testamento cuando, siendo concededor del cambio de las circunstancias en que fue otorgado, decide no modificarlo ni revocarlo⁷⁰.

2. Validez y eficacia de las cláusulas por las que el causante prohíbe la interpretación judicial del testamento

2.1. Tipología de cláusulas prohibitivas y marco normativo: artículos 675.2 y 670 del Código civil

El estudio del papel desempeñado por el propio causante en la interpretación del testamento bajo el que fallece ha de cerrarse con el análisis de la validez de las cláusulas testamentarias prohibitorias de la interpretación judicial de su última voluntad y, por extensión, de la eficacia o ineficacia de la sanción prevista para el caso de incumplimiento por algún sucesor de la prohibición impuesta. Pueden incluirse en la cuestión planteada tres tipos diversos de cláusulas: aquellas en que el causante, tras declarar el sentido en que ha de ser entendida su voluntad, veta cualquier interpretación alternativa; las cláusulas por las que atribuye la facultad de interpretación a un tercero, albacea o contador-partidor, prohibiendo su impugnación judicial y, por último, las que establecen la prohibición genérica de la intervención judicial de la herencia, comprensiva de cualquier pleito que verse sobre la correcta interpretación de la voluntad del causante⁷¹.

⁷⁰ En ocasiones, el silencio se reputa confirmatorio de la interpretación literal del testamento otorgado bajo circunstancias diversas (así, STS de 6 de diciembre de 1952, RJ 1952/2430, en que la causante conoce la premuerte del hijo instituido heredero, sin modificar el testamento para dar entrada en la porción libre a los nietos, hijos del premuerto, pese a ser advertida de que no operaría la representación en tal tercio), mientras que en otras se emplea como criterio revelador de una voluntad distinta a la expresada en testamento (así, en las citadas SSTS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003/604) y de 3 de marzo de 2021 (RJ 2021/969), a propósito de la eficacia de la institución con deber de cuidados, avalada por la no revocación por los respectivos causantes de sus testamentos, pese a conocer que tales deberes no estaban siendo *de facto* cumplidos por los herederos instituidos). Con una visión crítica, comenta la jurisprudencia sobre la institución con deber de prestar cuidados y la no revocación del testamento DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La voluntad...», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3 (mayo-junio), Ed. Reus, 2023, pp. 81-85.

⁷¹ Fuera de la prohibición de interpretación judicial del testamento quedarían las cláusulas limitadas a prohibir su impugnación, cuando no contenga cláusulas interpretativas ni de atribución de la interpretación a tercero, pues en tal caso el pleito orientado a dilucidar la voluntad expresada

Como reflexión común a las distintas modalidades de prohibición testamentaria, ha de partirse de una obviedad: que su validez pasa por la del testamento en que se contienen, de ahí que la cuestión planteada no llegue a surgir cuando sea declarado íntegramente nulo, cualquiera que sea la causa o la persona que lo haya impugnado⁷².

Fuera de este supuesto, el análisis de la validez de las cláusulas prohibitivas debiera ser sensible al tipo concreto contenido en el testamento, por ser diverso su alcance. En la primera de las modalidades descritas, la cláusula prohibitoria entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 675.2 C.c., pues la impugnación de la cláusula interpretativa del causante constituye en definitiva una impugnación del testamento en que se contiene⁷³. En consecuencia, la licitud o ilicitud de la prohibición dependerá de que la cláusula o cláusulas impugnadas incurran o no en causa de “nulidad declarada por la ley”. Pese a la expresión utilizada por el legislador, en un sistema sucesorio que carece de una disciplina general sobre la ineficacia testamentaria, todas las nulidades han de ser necesariamente declaradas por los tribunales a instancia de persona legitimada, de ahí que en definitiva sea el resultado del pleito el que determine la validez o invalidez de la cláusula prohibitiva⁷⁴.

en sus disposiciones no ataca, ni directa ni indirectamente, su tenor (AYMERICH RENTERÍA, R., *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1985, pp. 125-126).

⁷² Para CAPILLA RONCERO, F., solo si la acción encaminada a obtener la declaración de la nulidad íntegra del testamento no prospera, podemos cuestionarnos la validez de la cláusula, supuesto en que entiende (con criterio que no comparto) poco razonable defender la eficacia de la sanción prevista para el impugnante («Nulidad e impugnabilidad...», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1987, p. 16).

⁷³ Puede pensarse, a título de ejemplo, en la cláusula por la que el causante instituye a sus hijos con cláusula de sustitución a favor de los nietos, previendo expresamente el juego de la sustitución en el caso de repudiación por alguno de los primeramente llamados. Si, abierta la sucesión, efectivamente renuncia alguno de los hijos, dejando descendencia, incurrirá en la prohibición el hermano que pretenda el acrecimiento de su legítima, apelando al artículo 985.2 C.c. Otro supuesto imaginable vendría dado por el testamento en que, tras instituir a sus hijos, el causante realiza adjudicaciones particionales en pago de las cuotas de los instituidos, previendo expresamente que, de existir diferencias de valor entre las adjudicaciones realizadas a favor de cada heredero, se entiendan mejorados los más beneficiados. Si, con posterioridad al otorgamiento de testamento, el causante dispone por acto *inter vivos* de alguno de los bienes adjudicados, incurrirá en la prohibición el hijo a quien se adjudicó tal bien en testamento que, tras la apertura de la sucesión, pretende la rescisión por lesión de la partición testamentaria, sin perjuicio de su derecho a reclamar —en su caso— el complemento de la legítima.

⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. II, Madrid, Civitas, 1984, p. 150; AYMERICH RENTERÍA, R., *Las cláusulas prohibitorias... op. cit.*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1985, pp. 141-142, quien matiza que, pese a la desestimación de la demanda, el juego de la sanción

La cuestión de la validez del segundo tipo de cláusulas mencionadas, por las que el causante atribuye al albacea o contador-partidor designado la facultad de interpretar de modo irrecusable su voluntad, admite un enfoque diverso. Tales cláusulas implican la delegación a un tercero de una potestad sustraída de todo control, que puede derivar en una actuación contraria a la voluntad que la sustenta, con evidente transgresión del principio de personalismo material sancionado por el art. 670 C.c., en cuanto prohíbe dejar la formación del testamento, en todo o en parte, al arbitrio de otro. La transgresión de tal límite avala la defensa de la ilicitud intrínseca de la cláusula prohibitiva y su consecuente ineficacia, a la luz del artículo 792 C.c.⁷⁵.

En la tercera y más común modalidad de cláusula prohibitiva, por la que el causante veta cualquier intervención judicial en su testamentaria, se incluye la prohibición de los pleitos promovidos en relación con la interpretación del testamento⁷⁶, sin que sean *a priori* reconducibles al mandato contenido en el artículo 675.2 C.c., pues el negocio testamentario no es atacado por la pretensión orientada a aclarar su sentido, excepción hecha de los supuestos en que contenga cláusulas interpretativas. Se ha defendido que la cláusula prohibitiva, cualquiera que sea su extensión, no puede impedir los procesos orientados a conocer la verdadera voluntad del causante que la establece,

podría paralizarse si, en interpretación de la cláusula prohibitoria, el juez entiende que el testador no habría querido imponerla a quien impugna el testamento con buena fe (p. 142). En la doctrina ha predominado, sin embargo, el criterio de que la nulidad de la cláusula prohibitiva establecida por el artículo 675.2 C.c. ha de limitarse a los supuestos en que la cláusula o cláusulas impugnadas contravengan una norma de derecho imperativo (RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el Código civil español*, Granada, Universidad de Granada, 1986, pp. 89-94, que refiere estos supuestos como de *nulidad absoluta* de la cláusula; CAPILLA RONCERO, F., «Nulidad e impugnabilidad...», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1987, p. 16; JORDANO BAREA, J. B., *El testamento... op. cit.*, Granada, Ed. Comares, 1999, pp. 132-138, para quien entre las normas imperativas se encuentra el artículo 675.1 C.c., razón por la que no ha de admitirse en ningún caso la cláusula prohibitoria de la interpretación judicial del testamento).

⁷⁵ Sostienen la nulidad de tales cláusulas ALBALADEJO GARCÍA, M., *El albaceazgo... op. cit.*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pp. 287 y 288; AYMERICH RENTERÍA, R., *Las Cláusulas prohibitorias... op. cit.*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1985, pp. 190-195, quien defiende sin embargo el juego de la sanción para aquel que recurra a los tribunales contra la interpretación razonable del albacea, con el propósito de imponer su propia interpretación, siendo desestimada su impugnación; JORDANO BAREA, J. B., *El testamento... op. cit.*, Granada, Ed. Comares, 1999, p. 140; FERRER I RIBA, J., «La ejecución ...» en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. I, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 763.

⁷⁶ AYMERICH RENTERÍA, R., *Las cláusulas prohibitorias... op. cit.*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 142.

de modo que su incoación no implica el incumplimiento de la prohibición impuesta⁷⁷. Aun cuando comparto tal criterio, ha de confesarse su debilidad, pues precisamente en la defensa de tal voluntad real puede apoyarse la tesis opuesta, en el entendimiento de que, por encima de cualquier deseo del testador, está el de evitar los litigios sobre su sucesión.

2.2. *La doctrina del Tribunal Supremo sobre la prohibición de litigar y su aplicación a las cláusulas en estudio*

Sea como fuere, cualquier teoría sobre la validez y eficacia de las cláusulas analizadas debe en la actualidad construirse a partir de la doctrina jurisprudencial iniciada con la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del TS de 10 de junio de 2014 (publicada inicialmente con fecha de 17 de enero 2014)⁷⁸ que, recaída sobre un supuesto de prohibición absoluta por la causante de cualquier intervención judicial en su testamentaria, “pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidor”, extiende sus conclusiones a las restantes cláusulas prohibitivas, unificando el régimen aplicable a todas ellas.

La doctrina mencionada parte de lo que el propio tribunal califica como “validez conceptual” de la cláusula (a la que se refiere como “cautela socini”, en atención a la sanción que contiene)⁷⁹, apoyada en el principio de

⁷⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, op. cit., Barcelona, Bosch, 1981, p. 288; AYMERICH RENTERÍA, R., *Las cláusulas prohibitorias...* op. cit., Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 125-126; STS de 2 de noviembre de 2010 (RJ/2010/7981), a propósito de la acción ejercida por el heredero del fideicomisario de residuo, en que se discute la eficacia de la sustitución fideicomisaria en relación con los actos dispositivos sobre los bienes fideicomitidos realizados por la fiduciaria en su testamento. Para el TS, no procede en el caso la aplicación de la cláusula prohibitoria de intervención judicial contenida en el testamento del fideicomitente, pues «la recta interpretación de dichas prohibiciones lleva a entender que lo querido por el testador es impedir que cualesquiera personas beneficiadas por su disposición testamentaria reclamen la intervención judicial para obtener mayores derechos que los que les han sido reconocidos por el propio testador, pero en absoluto impiden que, ante la disconformidad de los interesados con la interpretación que cada uno de ellos sostenga sobre la voluntad del testador en cuanto a la atribución de bienes o derechos a cada uno de ellos, sean los tribunales los que decidan sobre ello previa solicitud de aquél que se considere perjudicado por la posición adoptada por la mayor parte de los interesados».

⁷⁸ STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2015/6242).

⁷⁹ Sobre la distinción entre las cláusulas de prohibición unidas a una sanción y la *cautela socini* en sentido estricto, formulada en términos de opción otorgada al legitimario, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 del Código civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson

autonomía sobre el que descansa el derecho sucesorio, únicamente limitado por el derecho de los legitimarios, que no resulta vulnerado cuando la cláusula confiere a su titular la opción entre respetar el testamento o recibir lo que por legítima estricta le corresponda. A partir de tal premisa y del principio *favor testamenti*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo traslada el foco del debate, que no se sitúa ya en los límites de la cláusula prohibitoria, sino en la determinación de los supuestos en que el ejercicio de la acción incurre en la prohibición establecida por el causante. En este sentido, el tribunal advierte que el incumplimiento de la prohibición que incorpora la cautela no se produce con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento de la acción o “el contenido impugnatorio” que determina el recurso a dicha intervención, pues “solo aquéllos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción”.

En síntesis, el Tribunal Supremo avala la validez de la cláusula y la activación de la sanción que establece cuando el ejercicio de la acción combate el “ámbito dispositivo y distributivo” ordenado por el causante, incurriendo así en el marco de la prohibición dispuesta. Una situación que a su juicio se produce cuando se ejerce la acción de suplemento de legítima, pretendiendo la computación y eventual reducción de las donaciones realizadas por la causante, en contra del mandato expreso de que sean respetadas íntegramente, “cualquiera

Reuters Aranzadi, 2020, pp. 35-42; DE LAS HERAS GARCÍA, M. A., *La cautela sociniana frente a la legítima*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 207-208.

que sea su relevancia y cuantía⁸⁰. Por oposición a tales impugnaciones, quedan expeditas las orientadas a “denunciar irregularidades en el proceso de ejecución testamentaria”, de las que el Tribunal ofrece una serie de ejemplos sobre los que el órgano ya se había pronunciado con anterioridad⁸¹, que no agotan desde luego el espectro de las impugnaciones y reclamaciones posibles, y que solo fragmentariamente se completa con la consulta de los supuestos resueltos en sentencias posteriores recaídas sobre la materia⁸². Fuera de la bipartición quedan en todo caso algunas acciones típicas, como la acción de división de herencia cuando tal función no se ha atribuido a un tercero o ha caducado su cargo sin ejercerlo⁸³ o

⁸⁰ El Tribunal contradice así el criterio establecido en la STS de 21 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1635) que, recaída sobre el mismo macroproceso, sancionó la inaplicación de la cláusula prohibitiva, al entender que no ha de afectar al ejercicio de las acciones de complemento y reducción de disposiciones inoficiosas en defensa de la legítima estricta. Como indica FAJARDO FERNÁNDEZ, J., el cambio de criterio es en realidad irrelevante en el supuesto resuelto por las sentencias comentadas, pues en ambos pleitos las legitimarias limitaban su reclamación al complemento de la legítima estricta, siendo así que las cláusulas prohibitorias sancionaban la intervención judicial de la testamentaria con la limitación de los impugnantes a tal derecho («Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 (5816/2014). Cláusula testamentaria prohibitoria y cautela sociniana», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 6. 2013-2014, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), Dykinson-BOE-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2016, p. 736.

⁸¹ Se enmarcan aquí algunos de los supuestos en que el propio TS ha excluido el juego de la cláusula prohibitiva establecida por el causante, como el de la impugnación de la partición verificada por el contador conforme a las disposiciones testamentarias, en que la causante atribuye indistintamente bienes privativos y bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales disuelta (STS de 19 de diciembre de 1959, RJ 1959/4499); el de impugnación de las operaciones particionales verificadas por el contador sin previa liquidación de la sociedad de gananciales, basándose en las atribuciones contenidas en el testamento (STS de 8 de junio de 1999, RJ 1999/4103) o el de la partición por coherederos verificada durante el plazo de vigencia del cargo de contador-partidor, sin intervención de este (STS 6 de mayo de 2013, RJ 2013/8072).

⁸² En la STS de 3 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4795), se estima que incurre en la prohibición de intervención judicial de la testamentaria la legataria de cantidad que ejerce una acción de remoción del albacea contador-partidor por actuación fraudulenta, desestimada por el tribunal. Tal incursión determina que no pueda prosperar la acción de reclamación del legado entablada contra los herederos, al perder la legataria todo derecho a la herencia. Un caso similar de remoción judicial del albacea es resuelto en idéntico sentido por la citada STS de 19 de julio de 2018 (RJ 2018/2950). Por su parte, en el supuesto resuelto por la STS de 21 de abril de 2015 (RJ 2015/1913), la legitimaria (sobrina e hija adoptiva de la causante) ejerce contra sus coherederos acción de complemento de legítima, que reputa lesionada por la partición verificada por los contadores según las disposiciones del testamento y en aplicación del derecho civil navarro. La impugnante niega que la causante tenga tal vecindad civil, que resulta acreditada en el pleito, provocando la activación de la cautela por la que, prohibida toda intervención judicial de la herencia, se sancionaba a quien impugnase lo establecido en el testamento, por cualquier motivo, con la pérdida de cualquier derecho sobre la herencia.

⁸³ STS de 20 de septiembre de 1994 (RJ 1994/6979), que limita la eficacia de la sanción testamentaria prevista para los herederos que promuevan la partición judicial al tiempo de vigencia del albaceazgo o del mandato conferido al contador, lo que determina su inaplicación cuando, por el

la orientada a hacer valer la voluntad del causante, reclamando la entrega de un legado⁸⁴ o denunciando el incumplimiento por un coheredero o legatario de las obligaciones impuestas en testamento⁸⁵.

La aplicación de la doctrina al caso que nos ocupa se traduce desde luego en la activación de la cláusula prohibitiva (ya lo sea de mera impugnación del testamento, ya de cualquier recurso a los tribunales con relación a la sucesión) cuando la acción ejercida impugne cláusulas interpretativas establecidas por el testador, con independencia de su validez o invalidez

transcurso del plazo, se produce la extinción del cargo, pues en otro caso bastaría la oposición de un heredero a la partición para que los demás se viesan indefinidamente privados del ejercicio legítimo de sus derechos. Obsérvese que en la derogada Ley de enjuiciamiento civil, de 3 de febrero de 1881, se excluía la legitimación para promover el juicio voluntario de testamentaria a los herederos voluntarios y los legatarios de parte alícuota cuando el testador lo hubiese prohibido expresamente, siempre que hubiese nombrado uno o más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores o cualquier otro, practicasen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria (artículos 1039 y 1045). Aun cuando en la LEC vigente no existe previsión alguna sobre el juego de la prohibición testamentaria de ejercer la acción de división de la herencia, su viabilidad y la exigencia de que vaya acompañada de la designación de un tercero contador-partidor han de reputarse subsistentes, dada la literalidad del artículo 782. En este sentido, MOLINER NAVARRO, R., «La impugnación del testamento», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.* (dirs.); MONJE BALMASEDA, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Madrid, Dykinson-Consejo General del Notariado, 2014, p. 595; VERDERA IZQUIERDO, B., «La interpretación...», en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. I, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 719.

⁸⁴ STS de 1 de junio de 1946 (RJ 1946/698), a propósito de la cláusula que sanciona al legatario de pensión, hijo de la causante, con la pérdida de tal legado si promoviese el juicio de testamentaria o presentase cualquier reclamación judicial contra los herederos. Para el tribunal, no incurre en la sanción prevista el legatario que reclama a los herederos el cumplimiento del legado, pues la prohibición establecida no obsta para que ejercite su derecho, reclamando lo que legítimamente le pertenece, conforme al principio *qui iure utitur suo neminem ledit*. En sentido similar, la STS de 29 de enero de 1955 (RJ 1955/126) declara que la prohibición de intervención judicial de la testamentaria establecida por la causante carece de eficacia para privar a la actora (instituida en la nuda propiedad de una cuota de la herencia) de su derecho a solicitar la entrega de los bienes hereditarios, una vez extinguido el usufructo testamentario que beneficiaba al padre del demandado. En la doctrina se ha sostenido unánimemente que las prohibiciones genéricas de intervención judicial en la sucesión no excluyen el ejercicio de la acción orientada al cumplimiento de las disposiciones testamentarias (JORDANO BAREA, J. B., *El testamento... op. cit.*, Granada, Ed. Comares, 1999, p. 135; AYMERICH RENTERÍA, R., *Las cláusulas prohibitorias... op. cit.*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 135-136; MOLINER NAVARRO, R., «La impugnación...», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.* (dirs.); MONJE BALMASEDA, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Madrid, Dykinson-Consejo General del Notariado, 2014, p. 595).

⁸⁵ STS de 27 de mayo de 2010 (RJ 2010/5158), que descarta que incurra en la prohibición impuesta por el causante de «impugnar o reducir por inoficiosos todos o algunos de los legados ordenados a favor de su esposa» el coheredero que reclama la reducción del haber de la legataria a su cuota legal usufructuaria, por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el testador en relación con los bienes legados, incumplimiento al que el propio testamento ligaba tal sanción.

intrínseca. Más dudas puede suscitar la incursión en la prohibición de la impugnación de la interpretación sostenida por el albacea o el contador-partidor, cuando el causante le ha otorgado tal facultad de modo irrecurrible, supuesto en que la cláusula testamentaria es indirectamente atacada por el impugnante. Entiendo, sin embargo, que la infracción por el contador-partidor en el proceso interpretativo de las reglas establecidas por el artículo 675.1 C.c. constituye una “irregularidad en el proceso de ejecución testamentaria” que deja la impugnación de las operaciones que verifique fuera del marco de la prohibición⁸⁶. A esta conclusión conduce la propia STS de 10 de junio de 2014 cuando, en el apartado 12 del FJ Segundo, con redacción ciertamente oscura, incluye en el ámbito de las “facultades dispositivas” del testador que “enmarcan el alcance de la prohibición” el mandato de respetar las operaciones de ejecución testamentarias llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, a lo que sin embargo añade que “conforme al sentido testamentario de esta cláusula y a la concreción dispuesta por el testador, no cabe interpretar que la prohibición presuntamente también refiera o se extienda a la necesaria aceptación de actos contrarios a la norma o de irregularidades, propiamente dichas, del procedimiento de ejecución extrajudicial de la herencia”.

Para cerrar el círculo, de acuerdo con las ideas antes apuntadas, entiendo que la prohibición no se incumple cuando se ejercita una acción contra el heredero o el albacea, en reclamación de un derecho derivado del testamento cuya propia existencia, concreción o extensión exige una labor previa de interpretación, como el sentido y cumplimiento de las condiciones impuestas, la extensión del llamamiento de los sustitutos o la imputación de las atribuciones contenidas en el testamento en favor de legitimario a las distintas partes ideales de la herencia.

⁸⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Caracterización y alcance de la *cautela socini* contenida en el testamento. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 17 de enero de 2014», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, Octubre, Aranzadi, 2014, p. 175, donde apunta que la ineficacia de la cláusula prohibitiva de toda intervención judicial puede derivar del hecho de que las personas designadas por el testador (albaceas o contadores partidores) cumplen de forma irregular su cometido como consecuencia de una actuación dolosa o gravemente culposa.

IV. CONCLUSIONES

Primera: La interpretación del testamento corresponde en primer término a los herederos, como ejecutores legítimos de la voluntad del difunto. En la medida en que el resultado interpretativo alcanzado afecte a derechos de terceros, la interpretación verificada por los herederos ha de desarrollarse en el estricto marco del artículo 675.1 C.c. Los criterios establecidos en el precepto no son sin embargo vinculantes cuando la interpretación sostenida sea aceptada por todos los interesados en la sucesión, supuesto en que las operaciones verificadas por los herederos podrán alejarse y aun eludir la voluntad real del causante.

Segunda: El albacea y el contador-partidor están facultados para interpretar el testamento en que son designados, en la medida en que tal interpretación sea necesaria para el correcto desarrollo de sus funciones. Una facultad que también compete al contador-partidor dativo, con idéntico carácter instrumental. Las actuaciones verificadas por estos cargos en ejecución de la sucesión han de ser estrictamente respetuosas con la voluntad real del causante y las normas legales aplicables, pudiendo en caso contrario ser denegada la inscripción registral de las operaciones verificadas. En los supuestos en que la voluntad testamentaria que los vincula transgrede una norma imperativa, la jurisprudencia y la doctrina registral (esta última con algunas desviaciones) les han reconocido un limitado poder “rectificador” de la voluntad expresada en testamento, operante en los supuestos en que el causante incluya en las adjudicaciones hechas en testamento bienes que no le pertenecen o de los que no puede disponer y en aquellos en que las cláusulas provocan una lesión cuantitativa o cualitativa de la legítima.

Tercera: Las normas de naturaleza interpretativa contenidas en el testamento han de ser observadas por los ejecutores de la voluntad del causante, sin perjuicio de que estén ellas mismas sujetas al proceso interpretativo, como típicas cláusulas testamentarias. A las hipótesis de interpretación “formal” realizada por el causante ha de añadirse el valor atribuido por la jurisprudencia a sus actos, negocios y comportamientos previos o posteriores al otorgamiento del testamento, como elementos de prueba extrínseca que permiten indagar la voluntad real expresada en el documento testamentario.

Cuarta. De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo mantenida desde el año 2014, han de reputarse conceptualmente válidas las cláusulas por las que el causante prohíbe la intervención judicial de la sucesión, bajo sanción de pérdida o reducción de los derechos a la herencia de quien incumpla la prohibición, que en su extensión abarca los pleitos orientados a dilucidar la voluntad real del causante. Conforme a tal doctrina, la incursión en la prohibición testamentaria se produce únicamente cuando la impugnación se dirige a combatir “el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador” (lo que incluye la impugnación de cláusulas testamentarias interpretativas), pero no ya cuando se orienta a denunciar irregularidades en el proceso de ejecución testamentaria, como las derivadas de la infracción por el albacea o el contador partidador de las reglas establecidas por el artículo 675.1 C.c. Fuera de la prohibición han de quedar asimismo las acciones orientadas a reclamar un derecho derivado del testamento, cuando su existencia, concreción o extensión exige una labor previa de interpretación de la voluntad del causante.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Sobre si el contador-partidor puede rectificar ajustándolas a la ley las disposiciones testamentarias», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4, Ministerio de Justicia-BOE, 1993, pp. 1698-1704.

ALFÉREZ CALLEJÓN, G., «El testamento y su interpretación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 494, enero-febrero, Imprenta San José, 1973, pp. 69-120.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., COBAS COBIELLA, E. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Sucesión testada», en ALVENTOSA DEL RÍO-J. y COBAS COBIELLA, E. (dirs.), *Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 398-609.

- AYMERICH RENTERÍA, R., *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.
- BATISTA MONTERO-RÍOS, J., «Estudios sobre la ejecución testamentaria», *Revista de Derecho Privado*, t. 54, núm. 4, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, pp. 307-344.
- CAPILLA RONCERO, F., «Nulidad e impugnabilidad del testamento», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1987, pp. 3-88.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «La interpretación del testamento en el derecho común», *Revista de Derecho Privado*, t. 57, núm. 4, Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, pp. 281-308.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M. A., *La cautela sociniana frente a la legítima*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- DE PRADA GUAITA, «El arbitraje testamentario». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 56, julio-agosto, Colegio Notarial de Madrid, 2014. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-56/3795-el-arbitraje-testamentario> (última consulta: 05-04-2023).
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Disposiciones testamentarias vinculadas al cuidado del disponente o terceros», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.* (dirs.); MONJE BALMASEDA, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Madrid, Dykinson-Consejo General del Notariado, 2014, pp. 285-321.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La voluntad del testador deducida de testamentos revocados o de la falta de revocación del último», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3 (mayo-junio), Ed. Reus, 2023, pp. 45-90.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos», *Estudios de derecho privado*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 329-378.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 2017, pp. 5-78.

- FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 (5816/2014). Cláusula testamentaria prohibitoria y cautela sociniana», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 6. 2013-2014, YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), Dykinson-BOE-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2016, pp. 723-740.
- FERRER I RIBA, J., «La ejecución del testamento y el albaceazgo» en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 727-787.
- GARCÍA AMIGÓ, M., «Interpretación del testamento», *Revista de Derecho Privado*, t. 53, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 931-971.
- GARCÍA PÉREZ, C. L., «El albaceazgo y la interpretación del testamento», en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.); JIMÉNEZ MUÑOZ, J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. (coords.), *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 229-270.
- GOMÁ LANZÓN, I., «Una propuesta de reforma de la regulación del arbitraje testamentario», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 107, enero-febrero, Colegio Notarial de Madrid, 2023. Disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11080-una-propuesta-de-reforma-de-la-regulacion-del-arbitraje-testamentario> (última consulta: 05-04-2023).
- GÓMEZ YSABEL, J. J., *Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo*, Madrid, Ed. Reus, 1963.
- JORDANO BAREA, J. B., *El testamento y su interpretación*, Granada, Ed. Comares, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1981.
- LÓPEZ FRÍAS, M. J., *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Granada, Ed. Comares, 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, núm. I, enero-marzo, NOTYREG HI-

- SPANIA, S.L., 2019, pp. 133-176. Disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/392> (última consulta: 05-04-2023).
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., «Caracterización y alcance de la cautela socii contenida en el testamento. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 17 de enero de 2014», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, Aranzadi, 2014, pp. 157-175.
- MOLINER NAVARRO, R., «La impugnación del testamento», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.* (dirs.); MONJE BALMASEDA, O. (coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. I, Madrid, Dykinson-Consejo General del Notariado, 2014, pp. 583-606.
- NIETO ALONSO, A., «Disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador: condición suspensiva potestativa de pasado o institución modal. A propósito de la STS 118/2021, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:858)», *IDIBE (Instituto de Derecho Iberoamericano)*, 4 de abril de 2023.
- Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/disposicion-testamentaria-ordenada-favor-quien-cuide-al-testador-condicion-suspensiva-potestativa-pasado-institucion-modal-proposito-la-sts-118-2021-3-marzo-ecliests202185/> (última consulta: 05-04-2023).
- NIETO ALONSO, A., «Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad. El alcance de la interpretación de las disposiciones mortis causa con cláusulas favorecedoras de los cuidados», *Indret*, núm. 3, 2023 (consultado con carácter previo a su publicación, por gentileza de la autora).
- ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación y sus causas*, Madrid, Walters Kluwer, 2021.
- RUBIO GARRIDO, T., «Artículos 901 y 902», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el Código civil español*, Granada, Universidad de Granada, 1986.

- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 del Código civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- SANCHO REBULLIDA, F. A., «Partición de herencia», *Estudios de Derecho civil*, t. I, Pamplona, EUNSA, 1978, pp. 483-617.
- SERRANO GÓMEZ, E., *Ineficacia de disposiciones testamentarias por cambio de circunstancias personales o familiares del testador*, Madrid, Ed. Reus, 2021
- VAQUER ALOY, A., *La interpretación del testamento*, Madrid, Ed. Reus, 2008.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 18, núm. 1, Ministerio de Justicia-BOE, 1965, pp. 227-266.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. II, Madrid, Civitas, 1984.
- VERDERA IZQUIERDO, B.-MUNAR BERNAT, A., «La interpretación del testamento», en GETE ALONSO Y CALERA, C. (dir.) y SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. I, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 691-724.
- VERDERA SERVER, R., «Interpretando testamentos», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 114, enero-junio, Fundación Notariado, 2022, pp. 173-274.
- ZUBERO QUINTANILLA, S., «La voluntad real del testador: ineficacia de disposiciones testamentarias por crisis posterior al otorgamiento del testamento», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4 (julio-agosto), Ed. Reus, 2020, pp. 43-66.

(Trabajo recibido el 17/04/2023
y aceptado para su publicación el 30/04/2023)

**SUSTITUCIÓN VULGAR A FAVOR DE LOS
DESCENDIENTES EN CASO DE RENUNCIA
DEL LEGITIMARIO A LA HERENCIA
O A UN LEGADO. A PROPÓSITO DE LA
RDGSJFP DE 18 DE ENERO DE 2022**

**VULGAR SUBSTITUTION IN FAVOUR
OF THE DESCENDANTS IN THE EVENT
OF THE FORCED HEIR RENOUNCING THE
INHERITANCE OR A LEGACY. REGARDING
THE DECISION OF THE GENERAL
DIRECTORATE OF LEGAL CERTAINTY
AND PUBLIC FAITH OF JANUARY 18, 2022**

Ana López Frías

Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Granada

Resumen: Es objeto de estudio en este trabajo la doctrina de la DGRN/DGSJFP relativa a la renuncia de algún descendiente legitimario, instituido heredero o legatario, al que el causante ha sustituido vulgarmente en el testamento por sus propios descendientes, con especial atención a la resolución de 18 de enero de 2022. Particularmente se analiza si la sustitución debe aplicarse o no cuando el causante ha asignado al legitimario renunciante su legítima estricta y cuál es el papel que desempeña en tal sentido la interpretación de la voluntad del testador.

Palabras clave: Renuncia a la herencia, sustitución vulgar, legitimarios, interpretación del testamento.

Abstract: This paper studies the doctrine of the DGRN/DGSJFP regarding the renunciation of any descendant forced heir, instituted as heir or legatee, whom the testator has vulgarly substituted in the will by his own descendants, with special attention to the decision of January 18, 2022. In particular, it analyses whether or not the substitution should be applied when the testator has assigned the renouncing forced heir his strict forced share of the inheritance and what role the interpretation of the testator's will plays in this respect.

Keywords: Inheritance renunciation, vulgar substitution, forced heirs, interpretation of the will.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL ALCANCE DE LA RENUNCIA DEL LEGITIMARIO SUSTITUIDO POR SUS DESCENDIENTES: EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA REGISTRAL
 1. Prevalencia de la sustitución vulgar sobre el derecho de acrecer
 2. La sustitución vulgar no puede referirse a la legítima estricta pero sí a la mejora y al tercio libre
 3. La importancia de la interpretación del testamento
- III. SUSTITUCIÓN VULGAR, LEGÍTIMA Y RENUNCIA EN LA RDGSJFP DE 18 DE ENERO DE 2022
 1. Antecedentes y recurso gubernativo
 2. Criterio de la DGSJFP en este supuesto. Su valoración
- IV. REFLEXIÓN FINAL
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En los testamentos, tan habitual como la institución de heredero a favor de los hijos o la atribución a los mismos de algún legado es disponer una sustitución vulgar a favor de los descendientes de los instituidos. Esta sustitución resulta casi una cláusula de estilo en el documento testamentario y a menudo no se repara lo suficiente, a la hora de otorgarlo, en cuáles son las consecuencias concretas que tiene su aplicación, especialmente en el caso de la eventual renuncia del llamado en primer término. Es claro que cuando el testador no especifica los supuestos en los que quiere que opere la sustitución, esta entra en juego, en principio, tanto si el sucesor nombrado no puede heredar (premorienza, incapacidad de suceder) como si no quiere hacerlo (repudiación), por indicarlo así el artículo 774 CC. Pero en el caso de la renuncia a la herencia o al legado la aplicación de la sustitución puede ser compleja y problemática, lo que ocurre si el instituido es legitimario y se ha nombrado sustitutos a personas no legitimarias, sus descendientes.

La pregunta es, ¿deben recibir los sustitutos toda la cuota atribuida al hijo repudiante, o solo lo asignado al instituido con cargo a la mejora y al tercio libre? En relación con ello, ¿qué ocurre si al llamado en primer lugar solo se le ha asignado la legítima estricta bien a título de heredero o bien como legatario?, ¿han de recibir bienes de la herencia los sustitutos en tal caso? Y, ¿qué papel desempeña al respecto la interpretación de la voluntad del causante y en particular la interpretación que realicen de la misma los propios herederos?

Estas cuestiones han llegado a conocimiento de la DGRN/DGSJFP en diversas ocasiones y no siempre han recibido una misma respuesta por parte del Centro Directivo. Analizaremos los criterios que este órgano ha seguido en las resoluciones dictadas sobre el tema durante el presente siglo con atención especial a la RDGSJFP de 18 de enero de 2022 (BOE 16 febrero

2022), como última decisión que ha abordado el problema de la interacción de la sustitución vulgar a favor de los descendientes con la renuncia del legitimario instituido heredero o legatario.

II. EL ALCANCE DE LA RENUNCIA DEL LEGITIMARIO SUSTITUIDO POR SUS DESCENDIENTES: EVOLUCIÓN EN LA DOCTRINA REGISTRAL

1. Prevalencia de la sustitución vulgar sobre el derecho de acrecer

La primera resolución del siglo XXI en la que se plantea el problema que nos ocupa es la de 11 de octubre de 2002 (BOE 15 noviembre 2022). La testadora, madre de un hijo y una hija, lega a esta última los tercios de mejora y libre disposición e instituye herederos universales a los dos hijos, sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Una vez fallecida la causante, el hijo renuncia a la herencia de su madre y la hija otorga escritura de aceptación y adjudicación de la totalidad de dicha herencia. Así las cosas, la Dirección General confirma la suspensión de la inscripción de la escritura por entender que la renuncia del hijo determina la aplicación de la sustitución vulgar a favor de sus descendientes, por lo que estos han de intervenir en la partición en base a la necesaria unanimidad que resulta del artículo 1058 CC; y añade que solo de no existir tales descendientes podrá entrar en juego el derecho de acrecer. El mismo criterio —y los mismos términos— aparecen en la RDGRN de 21 de junio de 2007 (BOE 20 julio 2007), relativa a un caso similar. Ahora la causante, casada, deja a su fallecimiento cuatro hijos y dos nietos, descendientes de una hija premuerta. En su testamento, lega el tercio libre a su esposo sustituido por sus cuatro hijos: atribuye también a su marido el usufructo del tercio de mejora y asigna la nuda propiedad del mismo a sus cuatro hijos; y finalmente instituye herederos a sus hijos y a sus nietos, si bien a estos últimos en la parte que habría correspondido a su madre premuerta, todo ello con sustitución vulgar a favor de sus descendientes. Ante la renuncia de los dos nietos considera el registrador y también la Dirección General que, si existen, los descendientes de los repudiantes deben intervenir en la distribución de la herencia,

dado que la sustitución comprende tanto la premoriencia o la incapacidad como la renuncia acaecida.

Es de advertir que en ambos supuestos lo atribuido por el causante a quienes renunciaron a la herencia fue únicamente el mínimo legal imperativo, la legítima estricta, habida cuenta de que el testador había dispuesto del resto de la herencia en favor de otros sujetos. Pero la Dirección General no tiene en cuenta tal circunstancia ni se plantea la aplicación del artículo 985.2 CC (“*si la parte repudiada fuera la legítima sucederán en ella los coherederos —se entiende, el resto de los herederos forzosos— por derecho propio*”), sino que simplemente afirma la primacía de la sustitución sin expresión de casos sobre el derecho de acrecer. Llama la atención igualmente que la resolución de 2007 cita entre los “Vistos” la STS de 10 de julio de 2003, la cual sigue, sin embargo, una orientación distinta a la que adopta el Centro Directivo: la citada sentencia considera que, en base al artículo 985.2 CC, la renuncia de una de las hijas-herederas del causante provoca el efecto de incrementar la cuota que por legítima corresponde a la otra hija, por lo que no tienen derecho alguno sobre esa cuota los descendientes sustitutos de la repudiante¹. Pero no es ese el criterio de las resoluciones citadas, las cuales, como hemos visto, se limitan a afirmar la necesidad de recurrir a la sustitución vulgar, antes que al derecho de acrecer, para cubrir la vacante por renuncia².

¹ En este supuesto el causante, casado y con dos hijas, otorgó testamento con el siguiente contenido: a) Legó a su esposa el usufructo universal de todos sus bienes y a sus hijas, sustituidas por sus descendientes, la nuda propiedad del tercio de libre disposición. Dio a sus hijas la opción de rechazar el gravamen impuesto sobre la legítima, en cuyo caso pasaría el tercio libre a su cónyuge. b) Instituyó herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas con sustitución por sus descendientes. Una de las hijas aceptó la herencia y manifestó que no admitía el gravamen legitimario derivado del usufructo universal ordenado por el causante a favor de la viuda. La otra hija, casada y con cinco hijos, renunció a la herencia de su padre, y poco después se otorgó escritura de protocolización del cuaderno particional de la herencia, en la que intervinieron la viuda y la hija que había aceptado, pero no los hijos de la legitimaria repudiante. Tres de estos hijos interpusieron demanda en la que solicitaban que se declarase que ellos y sus otros dos hermanos tenían derecho a la herencia de su abuelo como sustitutos de su madre. Tales derechos fueron reconocidos por la sentencia de la Audiencia de Madrid que enjuició el caso, pero el Tribunal Supremo entendió que, por aplicación del artículo 985.2 CC, la renuncia de la madre de los demandantes provocó el efecto de incrementar la cuota que por legítima correspondía a la otra legitimaria, sin que pudiese operar representación alguna a favor de los hijos de la repudiante.

² SÁNCHEZ CID, I. (*La repudiación de la herencia. Comentarios y reflexiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, TOL 5.933.040), se muestra a favor de la línea que sigue en esta materia la RDGRN 11 octubre 2002, considerando que la sustitución ordenada por el causante a favor de

La prevalencia de la sustitución sobre el acrecimiento se aplica también en la RDGRN de 13 de noviembre de 2015, si bien esta resolución se refiere a un caso en el que lo renunciado excedía de la legítima estricta, pues el testador había instituido herederos a sus tres hijos en todo el caudal, sin atribuir por separado la mejora o la parte libre, y dos de esos hijos renuncian a la herencia. No obstante esta particularidad del caso, el Centro Directivo no discrimina, dentro de las cuotas repudiadas, lo que se refiere a la legítima y lo que es propio de otras partes de la herencia, ni determina tampoco la imputación de lo que reciben los nietos. Simplemente considera que las cuotas vacantes, sin más especificación, corresponden a los descendientes sustitutos.

2. La sustitución vulgar no puede referirse a la legítima estricta pero sí a la mejora y al tercio libre

La DGRN sigue un criterio distinto del que mantienen las resoluciones anteriormente comentadas en las RRDGRN de 26 de septiembre de 2014 (BOE 7 noviembre 2014) y 23 de octubre de 2017 (BOE 15 noviembre 2017). En ellas, como ahora veremos, la Dirección General admite que la sustitución opere a favor de los descendientes del legitimario que repudia, pero dejando claro que los sustitutos no pueden recibir los bienes heredita-

los descendientes del legitimario que repudia su legítima ha de prevalecer sobre lo previsto en el artículo 985.2 CC. Se basa para ello en la necesidad de respetar la voluntad del causante como ley de la sucesión y en la circunstancia de que, a su juicio, los descendientes sustitutos son legitimarios si repudia el descendiente de mejor grado, lo que le lleva a afirmar que la asignación de la cuota vacante a tales sustitutos no supone una vulneración de la legítima. Pero esta opinión choca frontalmente con el hecho de que, según la opinión prácticamente unánime, los descendientes de quien repudia la legítima no tienen la condición de legitimarios, pues en la legítima, al igual que ocurre en el ámbito de la sucesión intestada, no hay derecho de representación en caso de repudiación (cfr. 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 (2019, nº 1), pp. 137-139). En este sentido GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., critica la resolución citada porque hace legitimarios, en contra de una norma imperativa, a los hijos del heredero legitimario que repudia la herencia de su padre (“Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002”, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2002, p. 273). Indica GARCÍA-BERNARDO que aunque el artículo 808 CC no expresa qué descendientes en concreto son legitimarios, la individualización de los mismos debe hacerse con arreglo a la normativa de la sucesión intestada, lo que implica que los descendientes más próximos excluyen a los más remotos y que no cabe representar a quien sobrevive al causante salvo en caso de desheredación o indignidad, según deriva de los artículos 921 y 929 CC (*op. cit.*, pp. 277 y 278).

rios en concepto de legítima. Ya no se limita a afirmar la aplicación preferente de la sustitución sobre el derecho de acrecer, sino que corrige y matiza su postura dando un nuevo enfoque a la sustitución ordenada a favor de los descendientes del legitimario que renuncia.

Concretamente, la resolución de 26 de septiembre de 2014 se refiere a un caso en el que el testador, casado y con tres hijos, deja a dos de sus hijos un legado de un bien inmueble en pago de su legítima con sustitución vulgar a favor de sus descendientes. En el resto de los bienes instituye usufructuario a su cónyuge y heredero universal al tercer hijo. Uno de los hijos legatarios renuncia al legado del inmueble, por lo que en la escritura de adjudicación de la herencia se entrega el legado al otro hijo legatario y a los hijos del renunciante en calidad de sustitutos. Llegado el asunto a la Dirección General, esta declara que la renuncia extingue la legítima sobre la estirpe, es decir, que “los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima”. Por ello, prosigue el Centro Directivo, admitir el llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia “supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante”, con vulneración del artículo 813.2 CC que proscribe las disposiciones testamentarias que constituyan una limitación o un gravamen de la legítima estricta³. Ahora bien, argumenta la Dirección General que aunque los hijos del legatario renunciante no sean legitimarios, puede operar a su favor la sustitución, recibiendo los bienes en concepto distinto de la legítima: en calidad de mejora si así se hubiera ordenado o bien imputándose al tercio de libre disposición y, en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora. Eso es lo que viene a entender la resolución que se ha producido en el caso, dado que todos los interesados están de acuerdo en atribuir a los nietos del causante (descendientes del hijo renunciante) el montante que les habría correspondido si fuesen legitimarios, lo que se considera admisible dada la unanimidad alcanzada en tal sentido y aunque los referidos descendientes realmente no sean herederos forzosos.

³ Aclara la resolución que, aunque la sustitución vulgar no atenta contra la legítima del legitimario sustituido, puesto que justamente se prevé la sustitución para el caso de que dicho sujeto no llegue a heredar, sí puede atentar contra la legítima de los demás coherederos forzosos.

En la resolución de 23 de octubre de 2017 se repite la idea de que en caso de repudiación la sustitución vulgar no puede ir referida a la legítima, pero sí a otras partes de la herencia. Sin embargo, las peculiaridades del supuesto hacen discutible la aplicación al mismo de tal criterio. Concretamente, sucede que la causante fallece soltera y con cuatro hijos, a tres de ellos los instituye herederos y al cuarto (una hija) le lega lo que por legítima estricta le corresponda, disponiendo para ambas instituciones la sustitución vulgar a favor de los respectivos descendientes. Ante la renuncia de la hija, otorgan la escritura de partición sus tres hermanos, los herederos. Pero la Dirección General considera que la distribución del caudal exige que la legataria renunciante manifieste que carece de descendientes o bien, en su caso, que concurra el consentimiento de los legatarios sustitutos. Expone el Centro Directivo que debe conciliarse la voluntad del causante al disponer la sustitución con el acuerdo de los interesados y el principio de conservación de las disposiciones testamentarias. Partiendo de ahí llega a la conclusión de que a los sustitutos vulgares les corresponde el valor del legado, es decir, una cantidad de bienes hereditarios equivalente a la cuantía de la legítima estricta de la renunciante (una duodécima parte de la herencia); y ello con cargo al tercio libre, cuyo valor no sobrepasa el legado, por lo que no resultan afectados los derechos mínimos de los otros hijos legitimarios⁴.

A nuestro juicio esta “conversión” automática del legado de legítima estricta —para la hija— en legado del tercio libre —para los sustitutos— no está suficientemente justificada porque no resulta clara en tal sentido la voluntad del testador. El causante ha querido dejar el mínimo legal a su hija especificando que lo atribuye en concepto de legítima estricta, pero ese mínimo y ese concepto no corresponde a los nombrados en su lugar si lo que se produce es la repudiación⁵. Y tampoco puede entenderse que el causante

⁴ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., está de acuerdo con el criterio de la Dirección General en esta resolución por considerar que permite conjugar el respecto a las normas positivas con la tendencia doctrinal actual en materia sucesoria que defiende un mayor protagonismo de la voluntad del causante en detrimento de las legítimas (“Sustitución vulgar a favor de los descendientes de un legitimario que repudia la herencia. Comentario a la RDGRN de 23 de octubre de 2017”, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº 106, enero-abril 2018, ref. 2827).

⁵ En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA ALIJA, A., “Interpretación de testamento en un caso de sustitución vulgar (Comentario al hilo de la resolución de la DGRN de 23 de octubre de 2017)”, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/interpretacion-de-testamento-en-un-caso-de-sustitucion-vulgar> [consultado el 15 febrero 2023].

quiera dejarles ese porcentaje de bienes con cargo al tercio libre porque nombró herederos a los demás hijos, asignándoles así, como sucesores universales, todo lo no atribuido particularmente a otros sujetos; es decir, les dejó la totalidad del patrimonio hereditario menos la legítima estricta propia de la hija legataria, por lo que, al destinar el tercio libre completo a los herederos, se hace difícil imputar en dicho tercio el legado tras renunciar a él la legitimaria⁶.

3. La importancia de la interpretación del testamento

Las resoluciones de 26 de septiembre de 2014 y 23 de octubre de 2017 ya se refieren a la voluntad del causante como parámetro a considerar en la determinación del alcance de la sustitución prevista a favor de las estirpes de los descendientes. Pero es a partir de la RDGSJFP de 19 febrero de 2020 (BOE 2 julio 2020) cuando la búsqueda de esa voluntad mediante la interpretación del testamento adquiere especial relevancia en la doctrina registral para el tratamiento de la cuestión que nos ocupa.

En el caso objeto de esta última resolución, el causante había fallecido en estado de casado y con cinco hijos, cuatro de ellos fruto de su matrimonio y uno nacido de otra relación. Los hijos matrimoniales fueron instituidos herederos y respecto del otro hijo el causante ordenó el legado de una plaza de garaje para el pago de su legítima estricta, indicando que si no fuese suficiente se complementarían con metálico. Añadió también que dicho legatario sería “sustituido, en su caso, por sus descendientes”. Fallecido el causante, este hijo legatario de la legítima estricta renuncia a cualquier derecho que pudiera corresponderle en la herencia de su padre, y posteriormente los instituidos herederos otorgan escritura de aceptación y adjudicación de herencia sin intervención de los hijos del legitimario renunciante, afirmando que reputan ineficaz el legado de la plaza de garaje como consecuencia de la renuncia del legatario. A este respecto aclaran los otorgantes en el recurso

⁶ En esta dirección se manifiesta también MARIÑO PARDO, F., afirmando que la solución dada por la resolución “contradice claramente la voluntad del causante, que dejó al legitimario repudiante su legítima estricta, lo que, por definición, excluye la imputación a otro tercio distinto a este” (“La sustitución vulgar II. La sustitución vulgar y las legítimas”, disponible en <http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-ii-la-sustitucion.html> [consultado el 1 marzo 2023]).

posterior que la sustitución vulgar prevista en el legado resultaría aplicable si los descendientes del legatario fuesen legitimarios, es decir, de haberse producido premoriencia o indignidad. Tal es la interpretación que según los adjudicatarios de la herencia ha de darse a la expresión “en su caso” que acompaña a la sustitución⁷.

La Dirección General considera que debe aceptarse la interpretación realizada porque, a falta de albacea, están legitimados para interpretar las cláusulas testamentarias los propios herederos, sin perjuicio de la posibilidad de que la entrega del legado pueda reclamarse (se entiende, por vía judicial) por quien crea tener derecho a ello⁸. Para avalar el criterio interpretativo de quienes intervienen en la partición, el Centro Directivo se apoya en dos resoluciones, si bien una de ellas alude a la viabilidad de la labor hermenéutica realizada por “todos los interesados” (RDGRN de 30 de abril de 2014, BOE 23 junio 2014), y la otra se refiere a los “herederos” como sujetos legitimados para realizar en primer término la interpretación del testamento (RDGRN de 19 de mayo de 2005, BOE 1 agosto 2005). Surge así la duda de si atribuir un determinado sentido a lo manifestado por el causante exige el consentimiento unánime de los afectados por la sucesión o basta el pronunciamiento de quienes sean sucesores a título universal⁹. Esa duda no queda despejada con la lectura de otras resoluciones sobre interpretación testamentaria¹⁰. Da la sensación de que la Dirección General exige el consentimiento de todos los posibles afectados cuando no ve clara o no comparte la interpretación realizada por los herederos comparecientes en la escritura

⁷ Dicen los recurrentes que “lo primordial en la voluntad del testador ha sido que la legítima estricta de su hijo... se pague en la forma que dispone en la cláusula y que, si eventualmente fueren legitimarios los descendientes ulteriores, se pague en la misma forma, evitando condominios con los hijos instituidos herederos (sustitución para el caso de premoriencia o indignidad)”.

⁸ Aparte y con anterioridad a esta afirmación, la resolución recoge literalmente la doctrina de las resoluciones de 2014 y 2017 antes comentadas, para poner de manifiesto, por un lado, que los descendientes de un legitimario repudiante no pueden alegar ningún derecho sobre la legítima, y, por otro, que la sustitución vulgar de un heredero forzoso instituido heredero o legatario cabe en relación con el tercio libre o la mejora.

⁹ A ello se añade la dificultad de precisar exactamente quiénes son en cada caso los “interesados” en la sucesión. *Vid.* VERDERA SERVER, R., “Interpretando testamentos”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 114, enero-junio 2022, pp. 232 y ss.

¹⁰ Cfr. RDGRN 16 mayo 2018 (BOE 30 mayo 2018); RRDGSJFP 14 octubre 2021 (BOE 12 noviembre 2021); 21 octubre 2021 (BOE 22 noviembre 2021); 2 febrero 2023 (BOE 3 marzo 2023) y 16 marzo 2023 (BOE 31 marzo 2023).

de adjudicación de la herencia, mientras que da por buena su interpretación del testamento, aun sin estar presentes algunos de los interesados en la sucesión, cuando considera correcto o razonable el sentido que le atribuyen a las palabras del testador¹¹.

Pero siguiendo con el análisis de la doctrina registral sobre la virtualidad de la sustitución vulgar en caso de renuncia de algún legitimario, llegamos a la RDGSJFP de 15 de diciembre de 2021 (BOE 29 diciembre 2021) en la que lo determinante no es la interpretación del testamento realizada por los herederos o los interesados en la herencia, sino la llevada a cabo por la propia Dirección General en conexión con las circunstancias acaecidas tras la apertura de la sucesión.

En este caso la testadora, casada y con dos hijos, legó a su esposo el usufructo universal de la herencia o, a su elección, el tercio de libre disposición

¹¹ Así, la RDGSJFP 14 octubre 2021 acepta la interpretación llevada a cabo por la heredera única porque la misma le parece evidente y no forzada cuando excluye la aplicación de la sustitución prevista para el caso de incumplimiento de la condición que le había sido impuesta. El causante había instituido heredera a su hermana mientras permaneciera “en estado de soltera”, nombrando sucesores a ciertos sobrinos en caso contrario. Resultó que la citada hermana del testador se encontraba divorciada a la apertura de la sucesión, pero ya lo estaba desde mucho antes de otorgarse el testamento. Por ello, en la escritura de adjudicación hereditaria la instituida interpreta el testamento en el sentido de que el causante quiso nombrarla heredera en tanto no contrajese nuevo matrimonio, confundiendo su estado de divorciada con el de soltera. Y esa interpretación es la que la Dirección General considera correcta conforme a los criterios sistemático, lógico y finalista, indicando que no se trata de una interpretación forzada. De ahí que no estime necesario que la ratifiquen los sobrinos sustitutos. Con ello, como indica VERDERA SERVER, R. (“Interpretando testamentos”, *op. cit.*, p. 208), el Centro Directivo “confiere transcendencia al resultado de la interpretación y desdénia otros factores a los que, en otras ocasiones, ha conferido relevancia. Antepone el que se trate (en su valoración) de una interpretación no forzada en lugar de subrayar la privación de derechos que deriva de una concreta interpretación”.

En cambio, la RDGSJFP 2 febrero 2023 sigue otra orientación con relación a un testamento en el que la causante había instituido heredera a su madre “y en defecto de la misma, a los descendientes matrimoniales de ésta, por derecho de representación”. Habiendo premuerto la madre y uno de sus hijos (dejando a su vez dos hijos), otorgan escritura de partición los hermanos vivos de la causante como sustitutos, pero no comparecen los descendientes del hermano premuerto. Afirmo la DGSJFP que hay que precisar el alcance de los términos “por derecho de representación” que empleó la testadora, y que esa tarea hermenéutica corresponde a todos los llamados a la sucesión, incluidos los nietos de la instituida heredera como posibles sustitutos. Parece claro que en este caso el Centro Directivo no comparte la interpretación que los comparecientes hacen del testamento, pues en otro apartado de la resolución afirma que la testadora quiso, para el supuesto de que la heredera instituida en primer lugar no llegase a heredar, establecer una sustitución vulgar en los casos en que opera el derecho de representación en la sucesión intestada (premoriencia e incapacidad) y que llamó como sustitutos a la stirpe —y no solo a los hijos— de la instituida. Por ello no se avala la interpretación testamentaria que excluye de la partición a los nietos de la heredera premuerta.

en pleno dominio además de su cuota legal usufructuaria. Al mismo tiempo, instituyó herederos a sus hijos sustituidos por sus respectivos descendientes y asignó el tercio de mejora a uno de ellos. El hijo no mejorado renunció a la herencia y el hijo mejorado se adjudicó la totalidad de los bienes hereditarios. Presentada en el Registro la correspondiente escritura, el registrador suspendió la inscripción invocando la necesidad de acreditar que el renunciante carecía de descendientes pues, de existir, tendrían la condición de sustitutos con derecho a la herencia de su abuela. Esto es lo que discute el recurso gubernativo: el recurrente afirma que el viudo, ya fallecido, optó por adjudicarse el tercio libre más su cuota legal usufructuaria, por lo que la renuncia del hijo no mejorado se ciñó a la legítima estricta, siendo entonces de aplicación el artículo 985.2 CC. Es decir, se alega que la renuncia operó sobre la única parte que el renunciante podía recibir, y que esa parte solamente podía asignarse al otro legitimario, no a los sustitutos. La Dirección General contesta que en caso de corresponder la legítima estricta al renunciante el razonamiento utilizado en el recurso sería correcto. Pero entiende que no es esa la interpretación adecuada del testamento atendiendo a los términos del mismo y porque lo que consta no es que el viudo optase por el tercio libre, sino que se reservó el usufructo vitalicio de la herencia, usufructo ya inoperante por el fallecimiento de su titular. Así, prosigue la resolución, como el testador instituyó herederos universales a sus dos hijos sustituidos por sus descendientes, y como no quedó asignado el tercio de libre disposición al viudo, no puede concluirse que lo único que correspondía al renunciante era su parte en la legítima estricta, sino que, como auténtico heredero, tenía una participación superior en la herencia. Por ello, se concluye, debe entrar en juego la sustitución vulgar ordenada por el causante y decae la aplicación del artículo 985.2 CC.

Lo que no aclara el Centro Directivo es si a los sustitutos les corresponde el mismo porcentaje que al instituido o solo la parte correspondiente al tercio libre. Por un lado puede pensarse que la sustitución se limita al tercio de libre disposición porque la Dirección General admite que de haber sido instituido el renunciante en la legítima estricta sería correcto no aplicar la sustitución. Pero, por otra parte, excluye la aplicación al caso del artículo 985.2 CC que justamente destina la legítima repudiada a los demás legiti-

marios, lo que puede llevar a pensar que el criterio de esta resolución es que toda la cuota del renunciante pase a los sustitutos.

III. SUSTITUCIÓN VULGAR, LEGÍTIMA Y RENUNCIA EN LA RDGSJFP DE 18 DE ENERO DE 2022

El último pronunciamiento de la *jurisprudencia registral* que nos corresponde analizar es la resolución de 18 enero de 2022 (BOE 16 febrero 2022), resolución a la que dedicamos especial atención por su importancia y por su cercanía en el tiempo.

1. Antecedentes y recurso gubernativo

En este caso el testamento del causante contenía las siguientes disposiciones:

“Primera. Sin perjuicio de la legítima estricta que corresponda a su citada esposa, consistente en el usufructo sobre el tercio de mejora, instituye herederos a sus tres hijos citados, quienes se distribuirán la herencia de la siguiente forma:

1. A los hijos doña M. Y. y don L. F. R. E., la legítima estricta, por partes iguales, equivalente a una tercera parte del tercio de legítima.

2. Y al hijo don J. A. R. E., el resto del caudal hereditario, o la totalidad de él si la esposa del testador le hubiere premuerto.

Segunda. Los herederos serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes”.

Una vez fallecido el causante, fueron los dos hijos instituidos en la legítima estricta quienes renunciaron a la herencia de su padre. El tercer hijo, instituido en el resto del caudal hereditario, otorgó escritura de adjudicación de herencia en la que hacía constar su condición de único heredero como consecuencia de las referidas renunciaciones y por aplicación del artículo 985.2 CC. No se asignó derecho alguno al cónyuge viudo porque en el momento de su fallecimiento el causante se encontraba separado judicialmente.

Solicitada la inscripción de la escritura, la registradora la suspende indicando la necesidad de que presten su consentimiento a la adjudicación los descendientes de los renunciantes o bien se manifieste que no existen tales descendientes. Con apoyo en el artículo 985.2 CC y en la STS 10 julio 2003, la nota de calificación pone de relieve que los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar ningún derecho sobre la legítima, pero tras citar las resoluciones de 23 de octubre de 2017 y de 19 de febrero de 2020 viene a expresar que los sustitutos de los hijos que han repudiado tendrían derecho a la porción equivalente a la legítima estricta de esos hijos, pero con cargo al tercio de mejora o al de libre disposición.

Interpone entonces recurso gubernativo el notario autorizante de la escritura, alegando que la atribución a los sustitutos de parte de los tercios de mejora y libre disposición sería admisible si así lo hubiera ordenado el testador, pero que no es eso lo que resulta del contenido del testamento. En este sentido invoca el recurrente, entre otros, los siguientes argumentos que exponemos resumidamente:

a) Los herederos repudiantes fueron llamados únicamente a la legítima estricta, por lo que lo más razonable es presumir que el testador quiso que los sustitutos ocupasen el lugar de los sustituidos, más aun teniendo en cuenta el principio general “el sustituto pisa la huella dejada por el sustituido” que resulta del artículo 780 CC. Lo que ocurre es que esa correspondencia entre la posición del instituido y la del sustituto, querida por el testador, no es posible en caso de repudiación de la legítima estricta, dado que los hijos del legitimario repudiante no son legitimarios.

b) Por otra parte, el testador agotó expresamente el tercio de mejora y el tercio libre al disponer de ellos a favor del hijo que posteriormente aceptó la herencia, a quien asignó, “el resto del caudal hereditario”, resto que necesariamente se identifica, habiendo asignado previamente la legítima estricta, con los otros dos tercios de la herencia en su totalidad¹².

¹² Propone también el notario recurrente plantear qué habría ocurrido si hubiera renunciado a la herencia el llamado a su legítima y además a toda la mejora y al tercio libre. En ese caso —afirma— sería aplicable la sustitución y los hijos del repudiante recibirían íntegramente los tercios de mejora y de libre disposición, pero no la legítima estricta del sustituido que necesariamente deberían recibir los otros legitimarios. Ante tal circunstancia no se ve lógico que si renuncia el heredero llamado solo a su legítima estricta se entienda que el testador quiere que los descendientes del repudiante reciban

Añade el recurrente que la interpretación que resulta de la escritura calificada no deja a la sustitución vulgar vacía de contenido, sino que lleva a distinguir el alcance de la sustitución según se refiera a quienes reciben solo la legítima estricta (operaría en casos de premoriencia, incapacidad y desheredación) o a quien recibe un llamamiento más amplio (operaría también en caso de repudiación). Reconoce el recurrente, no obstante, que con ello la sustitución se superpone al derecho de representación que puede aplicarse con relación a la legítima estricta, pero afirma que la fórmula utilizada en el testamento es habitual en la práctica y persigue hacer aplicable la sustitución vulgar como figura más cotidiana y más simple que el derecho de representación. Finalmente critica que la nota de calificación se apoye en la resolución de 19 de febrero de 2020, cuando precisamente esta resolución revoca una calificación sustancialmente idéntica a la que es objeto del recurso.

2. Criterio de la DGSJFP en este supuesto. Su valoración

En su resolución, la Dirección General toma como punto de partida la idea de que los descendientes de un legitimario repudiante no tienen ningún derecho en la legítima y que atribuirles bienes con cargo a ella supondría un perjuicio para la legítima de los colegitimarios del repudiante, invocando en este sentido los artículos 985.2 y 813.2 CC¹³. Sin embargo, destaca la reso-

la cuota o porción del caudal a él asignado mientras que si renuncia el llamado al resto de la herencia la porción correspondiente a su legítima pase necesariamente a los coherederos legitimarios: “¿es más conforme a la voluntad del testador dar mejor trato a los sustitutos del llamado únicamente a la legítima estricta que a los del llamado además de a su legítima a la totalidad del tercio libre y al de mejora?”.

¹³ Se trata de la postura dominante en la doctrina. Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., «Artículo 774», en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo X, vol. 2º, Madrid, 1984, Vlex-230392; CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 774», en CAÑIZARES LASO, A., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.): *Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 700; CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813», en la misma obra colectiva, p. 813; COSTAS RODAL, L., «Las sustituciones», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Derecho de sucesiones*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 336 y 337; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Las legítimas y la sustitución vulgar y el acrecimiento en los casos de repudiación de la herencia y de renuncia del legado», en *La legítima en el Código civil*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, 2006, p. 347 y ss.; HORNERO MÉNDEZ, A. C., «La admisibilidad de la sustitución vulgar sobre la legítima o de la relativización de la intangibilidad cualitativa «ex» artículo 813.2 CC. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de

lución que nada impide que el testamento establezca una sustitución vulgar para el caso de repudiación de la legítima en la que la porción hereditaria sea recibida por los descendientes sustitutos con cargo al tercio de mejora y/o al de libre disposición, como mantienen resoluciones anteriores a las que ya nos hemos referido¹⁴.

Ello dirige la cuestión a la interpretación del testamento. En este punto la Dirección General, después de transcribir el artículo 675 CC, recoge una lista de resoluciones y sentencias sobre interpretación en las que se destacan diversas máximas reiteradas en distintas ocasiones: que ha de primar el criterio subjetivista, que debe prevalecer la interpretación favorable a la eficacia de la institución, que procede la combinación armónica de los elementos gramatical, lógico y sistemático, que cabe recurrir a los medios de prueba extrínsecos y que si el testamento ha sido autorizado por notario es lógico entender que las palabras utilizadas tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento¹⁵.

octubre de 2017», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 47 (septiembre-diciembre 2018); MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Sustitución vulgar...», *op. cit.*; MARIÑO PARDO, F., «La sustitución vulgar...», *op. cit.*; MUÑOZ DE DIOS, L. F., «La sustitución vulgar a favor de los nietos por renuncia de los hijos», *Notario del siglo XXI*, nº 32 (julio-agosto 2010), disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1122-la-sustitucion-vulgar-a-favor-de-los-nietos-por-renuncia-de-los-hijos-0-7313078378618768> [consultado el 19 marzo 2023]; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo número 715/2003 (Sala de lo Civil, sección única), de 10 de julio», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 50 (abril-junio 2004), pp. 293 y ss.; y VELA SÁNCHEZ, A. J., «¿Cómo amparar a los descendientes del legitimario que repudia en una sucesión testada?», *Diario La Ley*, nº 9678, Sección Doctrina, 21 de julio de 2020, LA LEY 8504/2020.

¹⁴ La resolución traslada afirmaciones que introdujo la RDGRN 26 septiembre 2014 y que después pasaron a otras resoluciones, pero creemos que en alguna de esas afirmaciones se pierde el sentido originario. Así, después de decir la resolución de 18 enero 2022 que los hijos del renunciante pueden recibir la porción repudiada en concepto distinto de legítima, añade: «*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*». Pero esta manifestación, que procede literalmente de la resolución de 2014 citada, se refiere en esta a dónde ha de imputarse un legado hecho a un descendiente cuando su importe supera el valor de la legítima del legatario. De ahí esa expresión «si excediere su valor del cómputo ideal de la misma» (de la legítima), pero tal situación no encaja con lo acaecido en el supuesto enjuiciado por la resolución de 2022 ni con la argumentación en la que se incardinan las palabras trasladadas.

¹⁵ Este resumen de la doctrina del TS y de la propia DGSJFP sobre interpretación se reproduce, más o menos ampliado, en numerosas resoluciones. Su utilidad es puesta en duda fundamentalmente por VERDERA SERVER, R., «Al mencionarse tantos elementos interpretativos de modo simultáneo y con una jerarquización borrosa, se ofrece una doctrina que sirve tanto para defender una lectura como la contraria. Basta poner el acento en uno de los elementos o principios enumerados, frente a

Tras esta exposición, y destacando que nos encontramos ante un testamento notarial, el Centro Directivo llega a la conclusión de que el causante “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”. Tal conclusión se considera acorde con el hecho de que el testador, “después de ordenar la institución de herederos en la legítima estricta, pero con sustitución vulgar sin expresión de casos en favor de sus respectivos descendientes, añade que «el resto del caudal hereditario» se atribuirá al heredero que en el presente caso ha aceptado la herencia”.

Compartimos la decisión de la Dirección General, aunque se echa en falta una argumentación más perfilada, sobre todo porque, aunque el Centro Directivo dice que confirma el criterio de otras resoluciones como las de 26 de septiembre de 2014 y 23 de octubre de 2017, en realidad no enfoca la solución del caso de la misma manera. Especialmente se aparta de la RDGRN 23 de octubre de 2017 antes comentada, en la que el testador había asignado al legitimario renunciante solo la legítima estricta al igual que en la resolución de 2022, y sin embargo es distinto el alcance que se atribuye en uno y otro caso a la sustitución vulgar a favor de los descendientes del renunciante, pues mientras la resolución de 2017 considera que la sustitución debe aplicarse, imputando la atribución de los sustitutos a la mejora y al tercio libre, la resolución de 2022 entiende que la sustitución no resulta eficaz con cargo a ninguna parte de la herencia ante la renuncia acaecida.

Precisamente nos parece fundamental la circunstancia de que el testador haya dejado solo y específicamente la legítima estricta a los hijos que repudian. Al concretar de ese modo el concepto de lo atribuido es probable que haya querido hacer la atribución a estos hijos porque son legitimarios y en la medida en que lo son¹⁶. Por ello, y partiendo de que los sustitutos están llamados a ponerse en el lugar de quien genera la vacante, pensamos que no

otros, para que el resultado difiera radicalmente. Eso sí: es un cómodo texto que puede preceder a cualquier recurso que afecte a la interpretación del testamento, sin comprometer la decisión final» («Interpretando testamentos», *op. cit.*, pp. 200 y 201).

¹⁶ Incluso, quizás, porque no les puede asignar menos.

está justificado crear una imputación distinta de la realizada por el testador, sobre todo teniendo en cuenta el hecho de que el causante deja a otra persona (a otro hijo) las partes de la herencia ajenas a la legítima estricta¹⁷. Ello no obstante, no creemos que se pueda asegurar tajantemente que el causante no ha querido que funcione la sustitución en caso de repudiación en relación a los bienes atribuidos a los repudiantes; puede que erróneamente haya creído que en caso de renuncia de los hijos los nietos son legitimarios al igual que en los casos de premoriencia o incapacidad. O puede que, sencillamente, no se haya representado cómo juega la sustitución en cada supuesto de los que se podrían presentar. Pero lo cierto es que legalmente no cabe la sustitución en la legítima estricta en caso de repudiación, aunque la hubiera querido el causante, y, por otra parte, tenemos el dato cierto de que el propio testador ha destinado el resto de la herencia al hijo que la acepta, no al hijo repudiante ni a sus sustitutos.

En definitiva, cuando el hijo que renuncia a la herencia únicamente ha sido llamado a la legítima estricta, el criterio actual de la DGSJFP, con el que coincidimos, es que a los nietos sustitutos no les corresponden bienes con cargo a la legítima, pero tampoco con cargo al tercio libre o a la mejora en caso de renuncia. Esto último a no ser que el causante haya dispuesto otra cosa o haya acuerdo unánime de los interesados en la sucesión.

Podemos preguntarnos entonces qué ocurre cuando el causante ha instituido herederos a sus hijos con sustitución, pero no ha imputado a ninguna parte de la herencia ese llamamiento (“Sean herederos mis hijos sustituidos por sus descendientes”). Parece claro que aquí la sustitución puede ser operativa con relación a la mejora y al tercio libre en caso de renuncia¹⁸. Ahora

¹⁷ JUÁREZ TORREJÓN, A. («Legítima, sustitución vulgar, acrecimiento e interpretación del negocio testamentario [a propósito de la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (1ª) de 18 de enero de 2022], *Revista crítica de Derecho inmobiliario* n° 792, julio-agosto 2022, p. 2346) considera preferible una interpretación distinta. Tomando como base el criterio hermenéutico de conservación del negocio, y el hecho de que el testamento se otorgó ante notario, le parece razonable afirmar la plena operatividad de la sustitución vulgar. En este sentido interpreta que el testador «utilizó las magnitudes legitimarias para definir cuantitativamente la institución de heredero... pero no con la finalidad de vincular esas cuotas hereditarias a la legítima de forma inseparable».

¹⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Comentario a la sentencia...», *op. cit.*, p. 299; MUÑOZ DE DIOS, L. F., «La sustitución...», *op. cit.*; y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Sustitución vulgar...», *op. cit.*

bien, ¿respecto de qué cuantía se aplicará la sustitución?; ¿para toda la cuota asignada al hijo que repudia o solo para la parte que le habría correspondido en esos dos tercios? La cuestión es muy discutible, pero tiene sentido entender que los sustitutos deben recibir el porcentaje completo de herencia asignado al hijo instituido. No con cargo a la legítima, claro está, sino con cargo al tercio de libre disposición y a la mejora. Cuando el favorecido que renuncia ha sido nombrado heredero junto a los demás hijos del causante en pie de igualdad y sin más especificación (salvo el nombramiento de los sustitutos), cabe pensar que el testador ha querido igualar a sus hijos y a sus respectivas estirpes en cualquiera de los casos en los que la sustitución puede operar, sin importar de dónde procedan los bienes, es decir, a qué parte de la herencia haya que imputarlos, ya que no ha limitado las opciones de imputación con su forma de disponer. El caso es por ello distinto del enjuiciado en la resolución de 2022, pues en la situación ahora planteada el testador no ha destinado la mejora y el tercio libre específicamente a los hijos que aceptan, con lo que no excluye imputar en estas partes de la herencia la participación de los sustitutos en todo aquello que sea necesario. Desde esta perspectiva, aunque es claro que los nietos no sustituyen al hijo repudiante en su legítima, podrían hacerlo en el porcentaje a él asignado siempre que no quede perjudicada la legítima de los demás herederos forzosos¹⁹.

IV. REFLEXIÓN FINAL

La sustitución vulgar puede concebirse, a primera vista, como una disposición de muy sencillo funcionamiento en la sucesión *mortis causa*. Hasta su propia denominación parece restarle importancia y complejidad. Sin embargo, la práctica revela que su aplicación concreta, en determinadas sucesiones, suscita mayor problemática de la que inicialmente se podría pensar.

¹⁹ Esta opinión matiza y corrige en parte lo que sobre el tema hemos manifestado en otro lugar (LÓPEZ FRÍAS, A., «Renuncia a la herencia...», *op. cit.*, pp. 144-145). La idea es que cuando la institución de los hijos como herederos abarca la totalidad de la herencia sin distinción de tercios y va acompañada de la sustitución, esta podría operar, en caso de renuncia, no solo en cuanto a la parte de la cuota del instituido imputable al tercio libre o a la mejora, sino también respecto al porcentaje de bienes que habría recibido con cargo a la legítima estricta. Aunque, como se ha dicho, este último porcentaje no supondría la participación de los sustitutos en la legítima corta porque esos bienes se tomarían de los otros tercios de la herencia.

Lo hemos podido comprobar en estas páginas, para el caso de renuncia de algún legitimario al que se hayan nombrado sustitutos, pero también en otras situaciones ha planteado dudas la operatividad de la sustitución, como cuando se ha discutido hasta dónde alcanza desde un punto de vista subjetivo, es decir, si los sucesivos descendientes del favorecido son llamados como sustitutos²⁰.

Quizás los problemas que plantea en la práctica la aplicación de la sustitución vulgar, de los que se hacen eco numerosas resoluciones, podrían disminuir de forma significativa si no se le da a la sustitución a favor de los descendientes la consideración de una cláusula casi de estilo y se especifica con mayor detalle en los testamentos cuándo y cómo ha de aplicarse. El paso del tiempo desde que se otorga el testamento hasta el fallecimiento del causante y las circunstancias particulares de cada sucesor pueden llevar a que efectivamente se plantee la posible aplicación de la sustitución, y conviene que el testador se represente *ex ante* los distintos supuestos en que puede operar y profile su voluntad para evitar después las dudas sobre su alcance tanto desde el punto de vista subjetivo —qué personas serán sustitutas— como objetivo —a qué porcentaje o conjunto de bienes afectará la sustitución—²¹.

En todo caso, si el causante ha dejado la legítima estricta a uno de sus hijos y el resto de la herencia a los demás, previendo una sustitución vulgar a favor de sus nietos sin mayor especificación, dicha sustitución no podrá operar en caso de que el hijo a quien se ha asignado solo la legítima estricta renuncie a tal participación en la herencia. Ese es el criterio de la RDGSJFP de 18 enero de 2022 y esa es la solución que resulta más ajustada a Derecho conjugando nuestro sistema legitimario y la voluntad del causante que deriva de su forma de disponer *mortis causa*.

²⁰ Cfr. dos RRDGSJFP de igual fecha, 22 febrero 2022 (BOE, 14 marzo 2022, n° 3974 y 3975).

²¹ Para los casos en que el testador quiera amparar a los descendientes del legitimario que repudia la herencia, VELA SÁNCHEZ, A., propone dejar clara esa voluntad del causante a través de la siguiente fórmula: «Instituyo herederos a mis hijos por partes iguales, sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes para todos los casos contemplados en el artículo 774 del Código Civil. En caso de repudiación de no todos mis hijos, reciban sus descendientes su porción de legítima estricta a cargo del tercio de mejora, que se reducirá proporcionalmente respecto de mis hijos que acepten la herencia» («¿Cómo amparar...», *op. cit.*).

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Artículo 774”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo X, vol. 2º, Madrid, 1984, Vlex-230392.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 774», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. II, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 698-700.

CAPILLA RONCERO, F., «Artículo 813», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. II, Civitas Thomson Reuters, 2ª ed., Pamplona, 2016, pp. 809-820.

COSTAS RODAL, L., «Las sustituciones», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Derecho de sucesiones*, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 331-390.

GARCÍA ALIJA, A., «Interpretación de testamento en un caso de sustitución vulgar (Comentario al hilo de la resolución de la DGRN de 23 de octubre de 2017)», disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/interpretacion-de-testamento-en-un-caso-de-sustitucion-vulgar> [consultado el 15 febrero 2023].

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002», *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2002, pp. 269-280.

— «Las legítimas y la sustitución vulgar y el acrecimiento en los casos de repudiación de la herencia y de renuncia del legado», en *La legítima en el Código civil*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, 2006, pp. 347-358.

HORNERO MÉNDEZ, A. C., «La admisibilidad de la sustitución vulgar sobre la legítima o de la relativización de la intangibilidad cualitativa «ex» artículo 813.2 CC. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2017», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 47 (septiembre-diciembre 2018).

JUÁREZ TORREJÓN, A., («Legítima, sustitución vulgar, acrecimiento e interpretación del negocio testamentario [a propósito de la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (1ª) de 18 de enero de 2022], *Revista crítica de Derecho inmobiliario* n° 792, julio-agosto 2022, pp. 2330-2351.

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 (2019, n° 1), pp. 133-176.

MARIÑO PARDO, F., «La sustitución vulgar II. La sustitución vulgar y las legítimas», disponible en <http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-ii-la-sustitucion.html> [consultado el 1 marzo 2023].

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Sustitución vulgar a favor de los descendientes de un legitimario que repudia la herencia. Comentario a la RDGRN de 23 de octubre de 2017», *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, n° 106 (enero-abril 2018), ref. 2827.

MUÑOZ DE DIOS, L. F., «La sustitución vulgar a favor de los nietos por renuncia de los hijos», *Notario del siglo XXI*, n° 32 (julio-agosto 2010), disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1122-la-sustitucion-vulgar-a-favor-de-los-nietos-por-renuncia-de-los-hijos-0-7313078378618768> [consultado el 18 marzo 2023].

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo número 715/2003 (Sala de lo Civil, sección única), de 10 de julio», *Revista Jurídica del Notariado*, n° 50 (abril-junio 2004), pp. 283-300.

SÁNCHEZ CID, I., *La repudiación de la herencia. Comentarios y reflexiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, TOL 5.933.040.

VELA SÁNCHEZ, A. J., «¿Cómo amparar a los descendientes del legitimario que repudia en una sucesión testada?», *Diario La Ley*, n° 9678, Sección Doctrina, 21 de julio de 2020, LA LEY 8504/2020.

VERDERA SERVER, R., «Interpretando testamentos», *Revista Jurídica del Notariado*, n° 114 (enero-junio 2022), pp. 173-273.

*(Trabajo recibido el 03/05/2023
y aceptado para su publicación el 17/05/2023)*