

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7657 *Resolución de 1 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de La Coruña n.º 3, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y de una segregación al figurar inscritas las fincas a nombre de persona distinta de los causantes y existir una sustitución fideicomisaria en virtud de la cual las mismas no han entrado en su patrimonio.*

En el recurso interpuesto por doña M. P. O. M. contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de La Coruña número 3, don Enrique Martín Rodríguez Llorens, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y de una segregación al figurar inscritas las fincas a nombre de persona distinta de los causantes y existir una sustitución fideicomisaria en virtud de la cual las mismas no han entrado en su patrimonio.

Hechos

I

Se presentan escrituras de aceptación y adición de las herencias de doña M. A. M. M. y de su esposo don H. O. V. solicitándose la inscripción de una segregación y de determinadas fincas a nombre de doña M. P. O. M. El registrador de la Propiedad de La Coruña número 3 deniega la inscripción por falta de tracto sucesivo, al constar las fincas inscritas a nombre de doña H. M. R., madre de la causante. Considera que se trata de un defecto insubsanable puesto que las fincas no han llegado a entrar en el patrimonio de la causante al haber previsto en su testamento la titular registral una sustitución fideicomisaria sujeta a una condición que no se ha cumplido. La recurrente niega la existencia de tal sustitución fideicomisaria.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de La Coruña número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Enrique Martín Rodríguez Llorens, Registrador de la Propiedad de A Coruña N.º 3, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento ha calificado el precedente documento que fue presentado el día 25 de noviembre del presente año por don J. A. C. O., y causó el asiento de presentación 1605 del Diario 101, junto con otra escritura otorgada el día 31 de octubre de 2012 ante el mismo Notario, don Jacobo Esteban Pérez Rama, en base a los siguientes

Hechos

1.º El día 30 de agosto de 2012 ante el Notario de A Coruña, don Jacobo Esteban Pérez Rama, se otorgó escritura de aceptación y adjudicación de herencias, bajo el número de protocolo 1042, en la que, a los efectos pertinentes, se partió y adjudicaron los bienes dejados por los causantes, doña M. A. M. M. y su esposo don H. O. V. Respecto de esta escritura se solicita únicamente inscripción de las operaciones efectuadas sobre la finca registra1 9617 de Oleiros.

2.º En unión del anterior documento se presentó, igualmente, escritura de adición de herencia, otorgada el día 31 de octubre de 2012 ante el citado Notario, Sr. Pérez Rama,

protocolo 1305/12, en la que se adiciona al inventario de la herencia de la Sra. M. la finca registral 9613 de Oleiros, y se efectúa como operación previa una segregación amparada en la Licencia Municipal número 4398/11, de 11 de octubre de 2012.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho:

Primero.—Consultados los libros a mi cargo, resulta que las fincas registrales 9613 y 9617 del Ayuntamiento de Oleiros figuran inscritas a nombre de doña H. M. R., quien fue madre de la actual causante de la herencia ya citada anteriormente. Esta circunstancia, per se, determina la imposibilidad de efectuar la segregación de la parcela proveniente de la finca 9613, en tanto que siendo operación tabular requiere se efectúe por el titular registral del dominio, la que como se ha dicho no coincide con la que en la escritura presentada se dice dueña, siendo de total aplicación lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Defecto: Falta de tracto sucesivo en la cadena de inscripción.

Segundo.—Respecto de la adjudicación hereditaria, igual defecto señalado anteriormente ocurre, pero esta vez respecto a las dos fincas, pues continúan inscritas a nombre de doña H. M. R. Defecto: Falta de tracto sucesivo en la cadena de inscripción.

Tercero.—En adición a lo dicho, ha de señalarse que la titular registral, doña H. M. R., fallecida el 30 de enero de 1991, otorgó testamento ológrafo el día 8 de septiembre de 1986, que fue protocolizado por mandamiento expedido por el Juzgado de 1.ª Instancia N.º 1 de A Coruña, expediente número 238/1991, el 17 de julio de 1991, por el que fuera Notario de A Coruña, don Luis Santiago Gil Carnicer bajo el número 2113 de su protocolo, en el cual disponía, según transcripción que existe en el expediente judicial protocolizado, lo siguiente: “Hoy 8 de septiembre de 1986.—Ratifico lo dicho en mi anterior testamento y aunque mi hija M. A. M. M. sea mi heredera de todo lo mío es mi deseo que mientras viva mi nieta M. P. O. M. disfrute ella de todo lo mío con atribuciones como propios y si se recibe algún dinero que me pertenezca a mí lo disfrute ella en propiedad; a su muerte pasará lo mío si vive su madre a ella y si no a la persona de mi sangre que por derecho le corresponda y si algún día no quedase ningún familiar de mi sangre es mi deseo fuese todos mis bienes para la Fundación Barrié con intención lo dedicase a Residencia de Ancianos y así lo firmo hoy 8 de septiembre de 1986.—H. M. R. (rubricado)”.

La titular registral, mediante el testamento ológrafo aquí transcrito, viene a establecer una sustitución fideicomisaria, con doble llamamiento. Nombra a su nieta M. P. como fiduciaria —“disfrute ella de todo lo mío con atribuciones como propios”— y nombra fideicomisaria a su hija M. A. —“a su muerte pasará lo mío si vive su madre a ella”— y como fideicomisarios a determinar “a la persona de mi sangre que por derecho le corresponda”, llamamiento condicionado a la supervivencia de algún descendiente de su sangre, pues de lo contrario pasarán los bienes a la Fundación Barrié.

En consecuencia, las dos fincas registrales cuya inscripción se interesa, a día de hoy no han entrado en el patrimonio de la causante doña M. A. M. M., como se dice en las escrituras calificadas, incumpléndose así lo dispuesto en el artículo 659 del Código Civil. Toda disposición que por herencia pueda y deba hacerse respecto de ellas pasa por dar cumplimiento al testamento de doña H. y adjudicarlas a su nieta doña M. P., como heredera fiduciaria, sin otra facultad más que el disfrute de las mismas para que, cuando su óbito tenga lugar, se determine de entre los descendientes por sangre de doña H. M., quiénes tengan derecho a ellas (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de enero de 2004 y artículos 781 y siguientes del Código Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, resuelvo denegar la inscripción solicitada de las operaciones particionales efectuadas sobre las fincas registrales 9613 y 9617 del Ayuntamiento de Oleiros, por considerar el segundo de los defectos insubsanable.

A Coruña, 2 de diciembre de 2019.

El Registrador (firma ilegible)
Contra la presente nota de calificación (...).»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. P. O. M. interpuso recurso el día 31 de diciembre de 2019, con arreglo a las siguientes alegaciones:

«Por medio del presente escrito recurrimos la calificación del Registrador de la Propiedad número 3 de A Coruña de fecha 2 de Diciembre de 2019 relativa a las escrituras de Aceptación y Adjudicación de Herencia número de protocolo 1042 de fecha 30 de Agosto de 2012 y de Adición de Herencia y División de finca número de protocolo 1305 de 31 de Octubre de 2012 autorizadas por el Notario de A Coruña don Jacobo Pérez Rama en base a los siguientes consideraciones:

Interpreta el señor Registrador de la Propiedad número 3 de A Coruña el testamento ológrafo otorgado doña H. M. R. en el año 1986 en el sentido que la testadora impone una sustitución fideicomisaria de doble llamamiento. Un primer llamamiento a su nieta M. P. O. M. adquiriendo esta por tanto el carácter de heredera fiduciaria y siendo fideicomisaria la madre de la misma doña M. A. M. M., 1ª cual recibiría el caudal hereditario al fallecimiento de su hija. Si en el momento del fallecimiento de doña M. P. no viviese su madre (la fideicomisaria), supuesto en el que nos encontramos, habrá que esperar al fallecimiento de dicha fiduciaria para adjudicar los bienes a quienes la testadora denominó genéricamente como “descendientes de sangre” y si en ese momento no existiera ningún descendiente sería llamada a la herencia, es decir sería fideicomisaria la Fundación Barrié, ya que la testadora expresó el deseo de que los bienes se destinarán a a [sic] residencia de ancianos.

Mostramos nuestra total disconformidad con la interpretación que de el [sic] citado Testamento realiza el calificador aun reconociendo que en la redacción del mismo existen párrafos o palabras que pueden entenderse confusos y contradictorios, pudiendo dar lugar por tanto lugar a diversas interpretaciones.

Basándonos en primer lugar en una interpretación literal de dicho Testamento (artículo 675 del Código Civil), si bien es cierto que la testadora atribuye a su nieta M. P. el disfrute de sus bienes con “atribuciones como propios” permitiendo que pudiera utilizar o gastar el dinero utilizando la frase “que lo disfrute ella en propiedad”; entendemos no puede deducirse del mismo que esté atribuyendo a su nieta la cualidad de fiduciaria o de primer llamada a la herencia, pues con mayor claridad en la primera frase del testamento doña H. reconoce con total claridad que su hija M. A. es heredera de “todo lo suyo” por tanto no creemos que de la frase “disfrute con atribuciones como propios” puede entenderse la existencia de una sustitución fideicomisaria, ni siquiera –aunque podría ser también interpretable– podría la existencia de un usufructo en un doble llamamiento en que la nieta fuera designada como usufructuaria siendo en consecuencia la madre nuda propietaria, y donde además la primera pudiese disponer del dinero interpretación que no obstante sí que permitiría y practicar la inscripción de los bienes a nombre de la nieta M. P., pues posteriormente heredaría de su madre la nuda propiedad, reuniéndose en su persona, el pleno dominio.

Más bien y partiendo de la primera frase del testamento esto es del reconocimiento de doña H. a su hija como “heredera de todo lo mío” lo entendemos como un simple ruego o atención que la testadora señala o manifiesta para que su hija deje disfrutar de los mismos a su nieta, pero no estableciendo en ningún caso fideicomiso alguno, por tanto discrepamos o nos oponemos a considerar esa primera sustitución.

Si no estamos de acuerdo con ese presunto primer llamamiento, mayor oposición manifestamos a lo que el calificador considera como un segundo llamamiento condicional, es decir el hecho de tener que esperar al fallecimiento de la teórica fiduciaria doña M. P. O. M. para determinar, si en ese momento existen lo que la testadora denomina genéricamente “persona de mi sangre que por derecho le corresponda” y a falta de ellos sería llamada la citada Fundación.

Acudiendo nuevamente a la redacción literal del testamento la testadora expresa y “si algún día no quedase ningún familiar de mi sangre es mi deseo fuesen todos mis bienes para la Fundación Barrié”. No se está refiriendo –entendemos– al momento del fallecimiento de la teórica fiduciaria, sino a un tiempo futuro e indeterminado: “algún día”.

Pero si es claro que la testadora en ningún caso utiliza la expresión sustitución fideicomisaria, fideicomiso o similar, es igual de claro que tampoco impone a ninguno de los nombrados la obligación de de [sic] tener que conservar los bienes de la herencia para transmitirlos a un segundo heredero. El señor registrador invoca los artículos 781 y siguientes del Código Civil y es precisamente en este articulado, concretamente en los artículos 781 y 785.2 donde Código Civil dispone que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria tienen que ser expresos “ya sea dándole este nombre o imponiendo la obligación terminante al heredero de conservar los bienes y de transmitirlos a un segundo heredero”.

El legislador por tanto es contrario a admitir la existencia de sustituciones fideicomisarias “presuntas”, y solo en aquellos casos en que aparece con claridad y no exista duda racional sobre la obligación de conservar los bienes estaríamos ante ellas sin que pueda deducirse de expresiones vagas o juicios de valores o presuntos deseos o intenciones. En ese sentido se pronuncia el art. 348 del Código Civil, presupone la propiedad como libre y sin ningún tipo de limitación o prohibición de disponer de la misma.

Si consideramos la interpretación del Registrador de la Propiedad número 3 de A Coruña como contraria a la redacción literal del testamento, también parece contraria a la práctica o a la lógica pues habitualmente las sustituciones fideicomisarias se establecen a favor de descendientes y rara vez a favor de ascendientes. Si así lo admitiéramos nos encontraríamos con que la hija de la testadora doña M. A. M. no habría adquirido ningún derecho por parte de su madre quedando por tanto privada, de sus derechos legitimarios (art 782 cc). No es esta la interpretación que al testamento dieron la hija y nieta de la testadora, que en ningún caso la primera ni impugnó el testamento de su madre ni reclamó legítima alguna, todo lo contrario, lo presentaron al Juzgado para su protocolizaciones más actuó en vida como legítima heredera y dispuso en su propio testamento de los bienes recibidos a favor de sus hijos, sin que estos tampoco manifestaran oposición o reclamación alguna, adjudicándose los bienes y partiendo del hecho que de doña A. fue heredera de doña H.; criterio también seguido por el Notario autorizante de las escrituras tanto de adjudicación de herencia como de adición posterior.

Cómo establece el Tribunal Supremo en la sentencia 3 de abril del año 1965 en interpretación del testamento se trata de averiguar la voluntad real exacta o al menos probable permitiendo la utilización en la materia interpretativa de los artículos 1282 y siguientes del Código Civil y por tanto tener en cuenta los actos coetáneos y posteriores de la testadora y herederos, utilizando y así lo establece el Tribunal Supremo en sus sentencias 3 de junio de 1942, 23 de noviembre de 1957, y 9 de marzo de 1985, acudir al criterio gramatical lógico sistemático y teleológico (3 Abril 1965), Repetimos que es poco entendible, o poco probable que la testadora teniendo una hija única y nietos y un bisnieto estableciese una serie de fideicomisos impidiendo tanto a su hija como a su nieta disponer de sus bienes.pero si a descendientes de sangre posteriores o en último caso a una Fundación.

La interpretación del Sr. Registrador a la que nos oponemos sería también la más lesiva para los derechos de los herederos que se verían privados de la facultad más importante del dominio: el poder de disposición. esto es posibilidad de disponer del patrimonio de doña H. y así hacer frente a los gastos de conservación y mantenimiento del mismo viéndose condenados a esperar en el tiempo al fallecimiento de la nieta M. P. y si en ese momento por circunstancias fatales no quedase en ningún pariente de sangre, fuesen adjudicado los bienes a la Fundación Barrié.

En en [sic] este mismo sentido se pronuncia toda la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo siempre contraria admitir las sustituciones fideicomisarias que no

estén establecidas o delimitadas con perfecta claridad, así las sentencias de 12 de junio de 1928, 8 de julio de 1929, 20 de abril y 25 de abril de 1951, 3 de julio de 1956, 13 de marzo y 20 de diciembre de 1957, 3 de julio de 1962, 19 de noviembre de 1964, o por ejemplo la de 3 de julio de 1963, de todas ellas se deduce que el fideicomiso no se presume y si no consta con claridad en el testamento prevalece en caso de duda el criterio más favorable a la libertad de los bienes es decir se recoge el principio in dubio contra fideicommissum, considerando esencial la obligación concreta que se impone al heredero, de reservar todo o parte de los bienes.

Sigue esta misma línea doctrinal la Dirección General de Registros y Notariado en su Resolución de 25 de Junio de 1895, negando eficacia a la sustitución fideicomisaria no hecha de manera expresa y porque en caso de duda merece preferencia la solución favorable a la libertad del dominio».

IV

El registrador de la Propiedad de La Coruña número 3, don Enrique-Martín Rodríguez Llorens, emitió el siguiente informe el día 16 de enero de 2020 y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 767, 715, 743, 773, 783, 785, 786, 792, 793, 1058 y 1284 del Código Civil; 18, 19 bis y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 80 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985, 2 de septiembre de 1987, 6 de abril de 1991, 29 de diciembre de 1997, 9 de febrero de 1998, 23 de enero de 2001, 19 de diciembre de 2006, 16 de diciembre de 2014 y 25 de abril de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1986, 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 26 de julio de 2003, 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 y 20 de abril, 23 de mayo, 22 de junio, 9 y 11 de julio, 13 de octubre y 30 de diciembre de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero y 25 de octubre de 2007, 11 de febrero de 2008, 27 de junio de 2009, 18 de enero, 14 de abril, 8 de mayo y 3 y 13 de diciembre de 2010, 26 de enero y 7 de julio de 2011, 28 de febrero, 22 de mayo, 20 de julio y 10 de diciembre de 2012, 9 de julio, 8 de octubre y 12, 16, 17, y 20 de diciembre de 2013, 19 de marzo, 10 de junio y 16 de septiembre de 2014, 2 de febrero, 22 y 29 de junio, 19 de noviembre y 2 de diciembre de 2015, 12 de febrero y 14 de noviembre de 2016, 26 de abril, 19 de junio, 13 de septiembre y 12 de diciembre de 2017, 30 de enero, 5 de julio y 21 de noviembre de 2018 y 1 de marzo, 20 de junio y 3 de julio de 2019.

1. Se discute en este expediente si es inscribible una escritura de partición de herencia y segregación de varias fincas que figuran inscritas a nombre de persona distinta de los causantes.

El registrador de la Propiedad de La Coruña número 3 deniega la inscripción solicitada por no figurar inscritas las fincas a nombre de la causante, en virtud del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y por entender que las mismas no han llegado a entrar en su patrimonio a tenor de la sustitución fideicomisaria que estableció en su testamento la titular registral.

La presentante no recurre el primero de los defectos pero sí la interpretación que hace el registrador del testamento de la causante y niega la existencia de dicha sustitución.

2. Con carácter previo, y aunque no haya sido recurrido este punto, cabe recordar que como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto

sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. artículos 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Sólo con las mencionadas cautelas puede garantizarse el adecuado desenvolvimiento del principio constitucional de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de la interdicción de la indefensión, con base en el artículo 24 de la Constitución, una de cuyas manifestaciones tiene lugar en el ámbito hipotecario a través de los reseñados principios de salvaguardia judicial de los asientos registrales, tracto sucesivo y legitimación.

Esta doctrina ha sido refrendada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Primera de 21 de marzo de 2006 y 28 de junio y 21 de octubre de 2013) al afirmar que «el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial “los obstáculos que surjan del Registro”, y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial» (cfr. Resolución de 17 de septiembre de 2014).

En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del transmitente, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (cfr. artículo 208).

3. Por otro lado, en relación con el fondo de la cuestión planteada, se hace preciso examinar, en primer término, el sentido de la cláusula testamentaria debatida, y más en concreto el acierto o no de la interpretación que se hace de la misma, para lo que ha de partirse del tenor del artículo 675 del Código Civil: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento».

Respecto de tal norma es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid., por todas, Resolución de 29 de junio de 2015), que de dicho precepto resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones; que, recogiendo la doctrina asentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985, en la interpretación de los actos testamentarios, la principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable del testador en sí misma, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento, y de completar aquel tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático; y que el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias.

Por su parte, la Resolución de 22 de junio de 2015, en la misma línea, señala que, según el artículo 675 del Código Civil, la interpretación de las cláusulas testamentarias «deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador»; que «en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo

testamento»; y que, en esa búsqueda de la intención más probable del testador, no se puede aplicar de forma automática el criterio de la interpretación restrictiva de los términos concretos utilizados, sino el de interpretación teleológica, debiendo atenderse especialmente al significado que esas palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador –que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (Sentencias de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001, entre otras)–, sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria, según establece el artículo 675 del Código Civil y ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (entre otras, Sentencias de 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, 3 de noviembre de 1989, 26 de abril de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 18 de julio y 28 de septiembre de 2005).

Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (Sentencia de 18 de julio de 2005); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (Sentencia de 31 de diciembre de 1992); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, Sentencias de 29 de diciembre de 1997, 18 de julio de 1998, 24 de mayo de 2002 y 21 de enero de 2003), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

En el presente caso, la redacción del testamento ológrafo de la titular registral puede reflejar ciertas dudas sobre su verdadera voluntad, pero aunque no utilice expresamente el término «sustitución» ni «fideicomiso» y se refiera a su hija como «heredera», también es cierto que del resto de sus palabras resulta que viene a prever una sustitución fideicomisaria, con doble llamamiento. Nombra a su nieta como fiduciaria al señalar que «disfrute ella de todo lo mío con atribuciones como propios», y nombra heredera fideicomisaria a su hija («a su muerte pasará lo mío si vive su madre a ella») y como fideicomisario a determinar «a la persona de mi sangre que por derecho le corresponda». Si no sobrevive ningún descendiente de su sangre, pasarán los bienes a la Fundación Barrié.

4. Esta conclusión se alcanza dentro del contexto de un testamento ológrafo, en el que, a diferencia del autorizado notarialmente, no existe razón para presumir un uso técnico de las palabras por la testadora, y se basa más detalladamente en las siguientes consideraciones:

– Que el testamento, cualquiera que sea su forma, se caracteriza por ser un acto dispositivo, esto es, en el que el testador ordena su sucesión disponiendo de sus bienes para después de su muerte, sin que sea verdadero testamento aquel acto en el que se limita una persona a efectuar ruegos o aconsejar sobre el destino de sus bienes (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940). Pero de una interpretación conjunta de las cláusulas del testamento ológrafo del presente caso resulta una clara voluntad de la testadora de ordenar el destino de sus bienes, incluso de una manera exhaustiva, agotando posibilidades futuras, con alternativas diversas. Todo ello, se insiste, en el contexto de un acto, el testamento ológrafo, en el que no cabe presumir técnica jurídica en la otorgante.

Es de destacar que la reciente jurisprudencia ha sido flexible en cuanto a la apreciación de la voluntad testamentaria en un testamento ológrafo. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006, que considera verdadero testamento uno ológrafo en el que el testador manifestaba tener el deseo de modificar en el futuro su

testamento notarial en el sentido allí expresado. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2014, que puede ser especialmente relevante en el caso, pues en el supuesto en ella contemplado la testadora también expresa “el deseo” de que determinado bien de la herencia se entregue a un familiar, considerando el Tribunal Supremo que del uso de esa expresión (“deseo”) no resulta que la disposición testamentaria ológrafa «sea un simple ruego». En un sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018 considera testamento ológrafo aquel en el que el testador expresaba su «deseo» de donar al hijo ciertos inmuebles, a pesar de que en el propio testamento en cuestión no se expresaba que se tratara de un testamento, ni se usaban términos como testar o legado.

Por otra parte, en el supuesto presente, la testadora comienza por afirmar que deja ratificado lo dicho en un testamento anterior, lo que implica que es consciente de estar actuando en el ámbito de una disposición de última voluntad. Podría ser argumentable que este inciso inicial («Ratifico lo dicho en mi anterior testamento ...») implicase una hipotética voluntad de subsistencia de un testamento anterior, que reforzase la consideración del «testamento ológrafo» posterior como acto no verdaderamente testamentario, o al menos tener ese supuesto testamento anterior un valor interpretativo del testamento posterior. Pero lo cierto es que faltan en el expediente datos para pronunciarse sobre ello, en cuanto no se conoce a qué testamento se refiere la testadora, si existe realmente y aún menos su contenido, y, en todo caso, en el testamento ológrafo que se analiza se realiza una disposición completa de los bienes de la testadora.

Además, el testamento ológrafo en cuestión ha sido mandado protocolizar notarialmente por auto judicial, lo que supone que se ha considerado en esa sede judicial, más allá de los aspectos formales, que existía un verdadero acto testamentario.

– Que, aunque los llamamientos a una sustitución fideicomisaria deban ser expresos y no se presuman (artículos 783 y 785.1 del Código Civil), ello no implica la necesaria utilización de la expresión sustitución fideicomisaria o un equivalente técnico de la misma, en el testamento, pudiendo resultar la figura de la sustitución fideicomisaria, con el natural deber de conservar, más o menos amplio, según haya previsto el testador, y de transmitir a un segundo heredero, del establecimiento de un orden sucesivo de llamamientos (Resolución 4 de enero de 1994, que trata un supuesto en el que, en un testamento notarial, se instituyó herederos a unos hermanos del testador y, «al fallecimiento de los mismos», se les sustituía por unos sobrinos carnales de aquel, admitiendo que de ello resultaba la existencia de una sustitución fideicomisaria).

– Es cierto que la testadora se refiere en el testamento ológrafo referido a su hija como «su heredera». Pero el uso de este término permite una interpretación distinta a la de hallarnos ante una institución de heredero en sentido técnico. Es, así, posible interpretar este término –heredera– como una referencia genérica a su condición de hija, con los derechos que le son en principio correspondientes. Es conocida la práctica común, y la cierta confusión en el lenguaje no jurídico, especialmente en los tiempos de la redacción del testamento, entre el hecho de instituir herederos a los hijos en testamento y el «reconocerlos como hijos», lo que trasluce la concepción de que el hijo es «naturalmente» el heredero de los padres, y ello no excluiría necesariamente la intención de la testadora de ordenar su sucesión apartándose de las reglas de la sucesión legal. Se trataría así de un término con un uso social o familiar y no jurídico, siempre en el contexto de un testamento no notarial.

– Por otra parte, siendo cierto que lo frecuente en una sustitución fideicomisaria siga un orden descendente, nada se opone legalmente a que el orden que el testador desee sea el inverso.

– Es cierto también que serían posibles y no absurdas otras interpretaciones del testamento. Así, podría interpretarse que la disposición a favor de nieta («disfrute de todo lo mío») lo es en usufructo, el cual podría serlo incluso con facultades dispositivas («con atribuciones como propios»), y la que se hace a favor de la hija lo sería en nuda propiedad, siendo la previsión que se hace sobre supervivencia de la hija a la nieta («a

su muerte pasará lo mío si vive su madre a ella») una condición suspensiva de la institución de heredera de la hija en nuda propiedad, lo que, a su vez, permitiría distinguir esta previsión de la disposición especial que en el mismo testamento existe en relación al dinero («y si se recibe algún dinero que me pertenezca a mí lo disfrute ella en propiedad»), el cual quedaría sujeto a un régimen distinto al de los demás bienes (propiedad frente a usufructo). Desde esta misma perspectiva, las previsiones subsidiarias a favor de terceros («y si no a la persona de mi sangre que por derecho le corresponda y si algún día no quedase ningún familiar de mi sangre es mi deseo fuese todos mis bienes para la Fundación Barrié ...») tendrían el carácter de una sustitución vulgar de la nuda propietaria, si no se hubiese cumplido la condición de su supervivencia a la nieta (como ha sido el caso).

Aunque sin duda nunca es sencillo distinguir entre estas dos figuras sucesorias (fideicomiso y usufructo con facultades de disposición), y mucho menos lo será en un testamento no notarial como el de que se trata, la jurisprudencia ha venido considerando que la distinción entre el usufructo con facultades dispositivas y la sustitución fideicomisaria radica en que, en el primero, existe un doble llamamiento a los bienes, con el desdoblamiento actual entre la titularidad del usufructuario y la del nudo propietario. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1998, con cita de la resolución de este Centro Directivo de 2 de diciembre de 1998, declara que: «... el testador, cuando desmembra el derecho en usufructo y nuda-propiedad no hace un doble llamamiento sucesivo respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas, de modo inmediato, las facultades integrantes del derecho».

La clave, por tanto, parece ser el carácter sucesivo del llamamiento. Ciertamente, esta sentencia consideró que no era asimilable a una sustitución fideicomisaria un llamamiento en nuda propiedad a unos descendientes futuros (*nondum concepti*), pero sobre la base de que, en un testamento notarial, el llamamiento inicial lo era expresamente en usufructo. También se ocupa de un llamamiento en usufructo con facultades de disposición y su posible consideración de sustitución fideicomisaria la resolución este Centro Directivo de 3 de julio de 2019, y aunque se rechaza en ella que exista en el caso tal sustitución fideicomisaria, se hace sobre la consideración fundamental de ser el testamento notarial, debiendo sus disposiciones ser interpretadas técnicamente, siendo, además, en dicho supuesto, la institución de heredero en nuda propiedad actual, y no para después de la muerte del primer llamado, y a favor de personas determinadas y concretas, argumentos que no cabe trasladar al supuesto presente.

En el presente caso, sobre la base de que no se emplean por la testadora expresiones técnicas, lo cierto es que la voluntad parece ser ordenar un llamamiento sucesivo a los mismos bienes hereditarios (distintos del dinero), lo que encuentra un más natural encaje en la figura de la sustitución fideicomisaria.

Además, aunque se considerase que la figura es un usufructo con facultad de disposición, como parece claro la voluntad de condicionar el llamamiento a la madre de la supuesta usufructuaria (y causante en la herencia que se presenta a inscripción) a su supervivencia a esta, lo que no se habría cumplido, entrarían en juego las previsiones a favor de terceros llamados (parientes de sangre y una Fundación), entendidas estas como sustitución vulgar de la institución de heredero en nuda propiedad condicional. Aunque ciertamente esto también sucederá si se sigue la tesis de la sustitución fideicomisaria, pues en tal caso, parece que estos llamamientos subsidiarios lo son en concepto de sustitución vulgar en el fideicomiso (y no de una sustitución fideicomisaria sucesiva, pues cualquier duda entre sustitución vulgar y fideicomisaria debe resolverse a favor de la primera), quedando este llamamiento sujeto a la condición de supervivencia al fiduciario. Pero lo que sí podría variar, de seguirse una u otra tesis, es la necesidad de intervención de los nudos propietarios o fideicomisarios en el acto de adjudicación particional de la titular registral, como después veremos.

– Es también cierto que, tratándose de una sucesión, por la fecha del fallecimiento de la causante titular registral, sujeta al derecho común (Disposición Transitoria 8.ª del

Código Civil y Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 5/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia; Sentencia del TSJ de Galicia de 24 de abril de 2012; siempre asumiendo que la vecindad civil de la testadora fuera la gallega), se podría entender que las previsiones testamentarias de su testamento ológrafo vulneran los derechos legitimarios de la hija de la testadora.

Tampoco sería descartable apreciar, incluso, una preterición de la misma en el testamento ológrafo referido, pues no toda mención en un testamento, ni siquiera toda atribución testamentaria, excluyen la preterición del heredero forzoso (así, específicamente en cuanto a una sustitución fideicomisaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995).

Pero la lesión de los derechos legitimarios, con el alcance que estos deban tener (al menos alcanzarían a la legítima estricta, asumiendo que el tercio de mejora puede atribuirse a descendientes de ulterior grado), o la hipotética preterición de la hija heredera forzosa, no determinarían la ineficacia de oficio del testamento, sin una decisión judicial que así lo declarase, como ha considerado recientemente este Centro Directivo (Resolución 2 de agosto de 2018), y sin que ello implique tampoco que pueda prescindirse de dicha heredera forzosa al formalizar las operaciones de la herencia de la causante titular registral.

Debe tenerse en cuenta, además, que dichos derechos legitimarios, sujetos al derecho común, serían transmisibles por muerte a los herederos de la legitimaria, pareciendo resultar de los términos del recurso que existen más hijos y herederos de la legitimaria que la nieta «fiduciaria», sin que conste acto alguno de renuncia de la misma o de sus herederos a dichos derechos.

Con esto no se prejuzga ahora si de los términos de la escritura de herencia presentada a inscripción podría resultar un consentimiento de esos herederos de la legitimaria que implicase una renuncia de derechos legitimarios, pero debe recordarse que toda renuncia de derechos hereditarios debe ser clara y expresa, y hallándose cierto el renunciante de los derechos a los que se renuncia (artículo 991 del Código Civil).

Por tanto, el defecto señalado en la nota de calificación ha de ser confirmado.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y en consecuencia confirmar la nota de calificación del registrador.

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

Madrid, 1 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.