

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12743 *Resolución de 15 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Murcia n.º 4 a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don J. R. A. P., en nombre y representación de doña D. M. P., contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Murcia número 4, doña Juana María Nieto Fernández-Pacheco, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 10 de abril de 2019 por la notaria de Murcia, doña Inmaculada Lozano García, con el número 319 de protocolo, se formalizó la manifestación de la herencia motivada por el fallecimiento de don R. S. A. B., y en la que se adjudicó a su viuda, doña D. M. P., como heredera abintestato y tras haber renunciado, como transmisaria de su hija, a la herencia de dicho causante, las fincas 4.859 y 4.871-7, ambas del Registro de la Propiedad de Murcia número 4.

II

Presentada copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificación registral negativa.

Datos del documento:

Asiento: 255 Diario: 48 Número de entrada: 221/2021.

Fecha de presentación: 2 de febrero de 2021 Hora: 11:09.

Notario autorizante: doña Inmaculada C. Lozano García.

Fecha del documento: 10/04/2019.

Número de protocolo: 319/2019.

Presentante: Don J. R. A. P.

Calificación negativa: se presenta en el Registro la escritura antes identificada, en la que al fallecimiento de don R. S. A. B., acaecido el día 28 de mayo de 2017, se adjudica a su viuda, doña D. M. P., como heredera abintestato, tras haber renunciado como transmisaria de su hija a la herencia de dicho causante, las fincas que constan inventariadas en la escritura, respecto de este distrito hipotecario las fincas 4859 y 4871-7, ambas de la sección I, habiendo resuelto el Registrador que suscribe no inscribir el documento objeto del asiento de presentación indicado por concurrir en el mismo las causas impositivas siguientes y de acuerdo con los fundamentos de Derecho expresados a continuación:

Hechos: En el testamento del causante, del que se acompaña copia autorizada, otorgado en Murcia el día 17 de mayo de 2012 ante el Notario Don Antonio Yago Ortega, número 742 de protocolo, Don R. S. A. B. lega a su esposa, Doña D. M. P., el usufructo universal y vitalicio de su herencia, e instituye heredera de todos sus bienes a su hija Doña M. S. S. M., disponiendo en la cláusula sexta del testamento lo siguiente:

Sexta: "Respecto de todos los bienes que la instituida heredera reciba del testador, dispone que al fallecimiento de dicha heredera Doña M. D. S. M., dichos bienes pasen después de pagadas las deudas que pudiese haber y por partes iguales, a las (...), Murcia, en cuanto a una mitad, y en cuanto a la mitad restante, a los tutores o al que de ellos sobreviva don R. R. M. y doña A. A. G., como pago por los cuidados y administración de la instituida heredera..."

Doña M. D. S. M. falleció el día 7 de septiembre de 2018, sin aceptar ni repudiar la herencia de su padre y sin haber otorgado disposición testamentaria, se declara heredera abintestato de la misma a su madre Doña D. M. P. –en acta otorgada ante el Notario doña Purificación Díaz Martínez, que se acompaña.

Doña D. M. P. renuncia pura y simplemente en escritura de 10 de abril de 2019, otorgada por la misma Notario del título calificado, a la herencia causada por el fallecimiento de Don R. S. A. B., padre de su fallecida hija, y ello como heredera de su hija citada y en virtud del derecho de transmisión que le corresponde, y ello para después aceptar la herencia de Don R. S. A. B. como heredera abintestato suya, siendo declarada heredera abintestato en acta de declaración de herederos otorgada ante la misma Notario autorizante del título calificado, sin perjuicio del usufructo vitalicio legado por su esposo en el testamento antes mencionado.

Se omite en el título toda referencia a la cláusula [sic] sexta del testamento, que no es otra cosa que una sustitución fideicomisaria, no juega aquí el derecho de transmisión alegado en el título, sino el llamamiento a los fideicomisarios, y la única forma de que procediera abrir la sucesión abintestato de Don R. S. A. B. sería que se produjera una renuncia de los sustitutos fideicomisarios mencionados en dicha cláusula sexta, en modo alguno se puede proceder a partir la herencia de Don R. S. A. B. sin su intervención.

Además, de seguirse la tesis que se mantiene en la escritura (no compartida por la funcionaria calificante), de que por el fallecimiento de Doña M. S. S. M. sin aceptar ni repudiar la herencia, entra en juego el derecho de transmisión del artículo 1006 del código civil, una vez que D. M. P. ha renunciado pura y simplemente a la herencia de Don R. S. A. B., padre de su fallecida hija en virtud del derecho de transmisión, ya no podría aceptarla como heredera abintestato, y ello por la regla de que quien renuncia a una herencia como heredero testamentario, ya no puede aceptarla como heredero abintestato. Cosa distinta ocurre en el caso de que uno sea llamado a una misma herencia como heredero y legatario, que puede aceptar la herencia y renunciar el legado, o a la inversa, aceptar el legado y renunciar la herencia, tal como se explica en los fundamentos de derecho. No obstante, como no considero que proceda el derecho de transmisión, no estimo que esto sea defecto, solo lo sería si se considerara que procede la aplicación del derecho de transmisión.

Fundamentos de Derecho.

La contenida en la estipulación sexta es claramente una sustitución fideicomisaria, reguladas en el Código Civil las sustituciones en general en los artículos 774 y siguientes, y la sustitución fideicomisaria en los artículos 781 y siguientes, en ellos dispone que para que exista sustitución fideicomisaria cabe, no sólo que se le dé ese nombre, sino que también lo serán aquellas en que se imponga al heredero en el testamento la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, siendo clara la voluntad del causante de que, al fallecimiento de la heredera, dichos bienes pasen "...después de pagadas las deudas que pudiese haber y por partes iguales, a las (...), Murcia, en cuanto a una mitad, y en cuanto a la mitad restante, a los tutores o al que de ellos sobreviva don R. R. M. y doña A. A. G., como pago por los cuidados y administración de la instituida heredera..."....

Cuando el Código se refiere a que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deben ser expresos, se está refiriendo a una doble posibilidad:

- una al llamamiento sucesivo realizado de forma nominal y explícita, dando el nombre de sustitución fideicomisaria.
- o bien, cuando el testador impone al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo llamado.

En cuanto a la obligación de restituir se deja a salvo siempre que el testador haya dispuesto otra cosa, conforme al artículo 783 código civil, este es el llamado fideicomiso de residuo, en que el fiduciario tendrá las facultades que el testador le haya atribuido de manera expresa, si bien no se presenta aquí ninguna cuestión a ese respecto, pues en todo caso se produjo el fallecimiento de la fiduciaria sin haber realizado acto alguno de disposición sobre los bienes.

El Tribunal Supremo señala que en la sustitución fideicomisaria, el causante dispone un múltiple llamamiento a sucesivos herederos, dicha múltiple institución de heredero sigue el *ordo sucessivus* que ha señalado, pero siempre todos los herederos los son del fideicomitente, no del fiduciario, en igual sentido se manifiestan las STS de 3 de marzo de 1964 y de 22 de noviembre de 1996.

Estamos aquí ante el supuesto de que el fiduciario, en este caso Doña M. D. S. M., ha fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia, esto determina que los bienes pasen al fideicomisario, purificándose así el fideicomiso, y no que sean llamados los herederos del fiduciario por Derecho de transmisión. El fundamento se encuentra en que el nombramiento al fideicomisario para el caso de fallecimiento del fiduciario, hace personalísima la delación a favor del fiduciario, sólo él puede adquirir los bienes como fiduciario, pues una vez producido su fallecimiento, el llamamiento lo sería a favor de los fideicomisarios. El llamamiento del fiduciario fue concebido únicamente durante su vida, por lo que, muerto éste, ya no cabe que pase a sus herederos, sino al fideicomisario. Es decir, el el [sic] llamamiento del testador al fideicomisario fue para cuando faltara el fiduciario, por lo que sería absurdo que pasasen los bienes a los herederos del fiduciario. La idea de que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar ayuda a llegar a este mismo resultado, pues, aunque de modo directo no se refiere a este problema, ya que la vulgar se refiere a la premoriencia del fiduciario o a su indignidad o renuncia, no cabe duda de que, por aplicación analógica, hay que llegar a la misma conclusión en el caso que nos ocupa. Si al fideicomisario se le quiere heredero para cuando muera el fiduciario, es que no se quiere que el puesto de éste lo puedan ocupar sus herederos por derecho de transmisión, lo mismo da que que [sic] muera antes que después, ya que quererlo heredero para cuando ya lo haya sido el otro parece implicar quererlo aún más para cuando murió sin llegar a serlo, por no haberse decidido todavía.

En la sustitución fideicomisaria el fideicomitente dispone una doble o múltiple institución de herederos con carácter sucesivo, por el orden que él señala. Por tanto, siempre todos los herederos, y en concreto los fideicomisarios, lo son del fideicomitente no del fiduciario. Por lo tanto, el heredero fideicomisario trae causa directamente del causante originario, –fideicomitente–, y es con respecto al cual y no con respecto al fiduciario, que se aprecian todas las cuestiones relativas a capacidad, incapacidad, indignidad o prohibiciones.

Así pues, el derecho de los fideicomisarios se produce y adquiere desde la muerte del causante fideicomitente y se transmite a sus herederos (artículo 784 del Código Civil), adquiriendo el fideicomisario el derecho desde el momento de la muerte del fideicomitente causante, aunque fallezca antes que el fiduciario.

Siendo los fideicomisarios directamente herederos de Don R. S. A. B., es necesario contar con los mismos para la partición, sin que quepa en modo alguno lo que determina la aplicación del artículo 1006 del Código Civil. Y es que, aunque falte la actuación del fiduciario –aceptando o repudiando– entra en juego la previsión y disposiciones de la testadora fideicomitente.

En este sentido la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 19 de diciembre de 2019, en la que ya se planteó la controversia de si existiendo una cláusula de sustitución fideicomisaria, ésta resulta preferente o prioritariamente aplicable al derecho de transmisión. Pues bien, no se trata de que una u

otra tengan preferencia, sino que los presupuestos de aplicación de una u otra son distintos. En el concreto supuesto, la testadora ha hecho un llamamiento hereditario sucesivo al fiduciario y fideicomisarios, estableciendo cual ha de ser el destino de sus bienes de manera clara, instituyendo herederos fideicomisarios. Argumenta el recurrente que no se estableció "sustitución vulgar específica ad hoc" para el supuesto de postmoriencia sin aceptar ni repudiar el fiduciario, y que si no lo hizo se deduce que no quiso excluir el derecho de transmisión, y en cambio dice la Dirección General que precisamente esto es lo que hace la testadora, escogiendo una institución concreta, la sustitución fideicomisaria, por tanto, habiendo sido designados en este caso también herederos fideicomisarios, y siendo los fideicomisarios directamente herederos del causante, es necesario contar con los mismos para la partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales, o bien que renuncien a la herencia, sin que quepa la aplicación del derecho de transmisión del artículo 1006 del código civil.

Por tanto, basándome en los anteriores argumentos esgrimidos, y teniendo en cuenta que el causante dispuso en el testamento que instituía heredera a su hija, y que a su muerte pasaran los bienes a otras personas, estos son realmente los que deben intervenir en la partición de la herencia como sucesores de Don R. S. A. B., no siendo válida la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia realizada sin su concurso, y ello conforme al principio de unanimidad de la partición contenido en el artículo 1059 del código civil. Si bien, el defecto apreciado puede ser objeto de subsanación, los consentimientos que se presten a posteriori, surtirán efecto desde un momento posterior, no pudiéndose retrotraer sus efectos a la fecha del primer asiento de presentación, siendo desde este punto de vista insubsanables.

Como antes se ha apuntado, de seguir la tesis no compartida pero mantenida en el título calificado, de aplicación del derecho de transmisión, nos encontraríamos ante el problema de que habiendo renunciado D. M. P. a la herencia de Don R. S. A. B., padre de su fallecida hija en virtud del derecho de transmisión, ya no podría aceptarla como heredera abintestato. Ello sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 1009 del código civil, que dice: "El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos."

Este artículo trata en última instancia de evitar que el sucesor pueda defraudar la voluntad del causante.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, por El Registrador que suscribe se acuerda:

1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los apartados Hechos y Fundamentos de Derecho antes citados.

2.º No practicar la inscripción del documento presentado hasta la subsanación de los defectos observados, desestimando la solicitud de la práctica de los asientos registrales.

3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario o Autoridad Judicial o administrativa que lo ha expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta calificación registral podrá (...)

Murcia, 23 de febrero de 2021. La Registradora de la Propiedad (firma ilegible) Fdo. D.ª Juana María Nieto Fernández-Pacheco.»

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Cieza número 1, don Jesús Díaz Martínez, quien confirmó la calificación inicial en fecha 24 de marzo de 2021.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don J. R. A. P., en nombre y representación de doña D. M. P., interpuso recurso el día 23 de abril de 2021 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«(...) Primero. En el presente caso, Don R. S. A. B., al otorgar su testamento, ordena un usufructo universal y vitalicio de su herencia a favor de su esposa, Doña D. M. P., e instituye heredera de todos sus bienes a su hija Doña M. S. S. M., disponiendo que los bienes que ésta recibiera por título de herencia, después de pagadas las deudas que pudiera haber pasasen por partes iguales, a (...), de Murcia en cuanto a una mitad, y en la mitad restante a los tutores de esta o al que de ellos sobreviva, Don R. R. M. y Doña A. A. G.

Partiremos en todo caso de la máxima que regula la sucesión testamentaria que es la "voluntad del testador (*voluntas testatoris*), y que recoge el artículo 675 del Código Civil, y del que se sigue que todos los criterios de interpretación del testamento deberán encaminarse a descubrir la voluntad del testador manifestada en el testamento, sin que quepa atribuir preeminencia al elemento gramatical ni a cualquier otro.

Partiendo de ésta premisa, el llamamiento que se efectúa a favor de los tutores de su hija queda totalmente ineficaz, ya que éstas personas, no fueron nombradas tutores, ni ejercieron su cargo como tal, puesto que la hija del testador, Doña M. S. S. M., fue sometida a la patria potestad prorrogada de su madre, y no hubo un nombramiento de tutor por la autoridad judicial (artículos 224 y siguientes del Código Civil), de ahí que las disposiciones a favor de éstas personas, según se sigue de la interpretación del testamento y de la mencionada ley que rige la sucesión, quedan sin efecto alguno, porque el llamamiento que se hace a favor de ellos es por su calidad de tutor, y ninguna de las personas designadas como tales fueron nombradas tutores, ni ejercieron cargo tutelar alguno.

Se entiende entonces que, al no existir los cargos tutoriales, la delación sucesiva que entraña el fideicomiso en esta mitad es inoperante e ineficaz. No se da el presupuesto necesario para que opere, lo que unido al principio recogido en el artículo 785 del Código Civil (in dubio contra fideicomiso) la mitad de los bienes que quedaren una vez satisfechas las deudas de la herencia, no pasan a los que no han adquirido el carácter de fideicomisarios, sino que se quedarán en la herencia de la fiduciaria, y fallecida ésta pasará a los herederos de la misma, Doña D. M. P.

Respecto de la operatividad del llamamiento fideicomisario a favor de (...), partimos de otra máxima, no menos admitida y que preconiza el artículo 783 del Código Civil; la de considerar al fiduciario heredero, de hecho la responsabilidad por deudas, las facultades propias del llamado a título universal se dan en éste, y así autores de nuestro acervo doctrinal como V. han criticado que la sustitución fideicomisaria sea un escalonamiento de herederos del testador; si por heredero entendemos el sucesor en el *universum ius* del causante, éste fenómeno es irrepetible, predica del fiduciario, y ésta condición sólo se porque, insistimos, la sucesión universal es tan irrepetible como el alumbramiento de un mismo hijo. El fideicomisario recibe los bienes fideicomitidos después de liquidadas las deudas de la herencia (como además ordena en este caso el testador) y responderá si llega a adquirirlos *cum viribus* o limitadamente de las deudas de la herencia.

Conectando con lo anterior está por lo tanto dilucidar que si como sabemos la cualidad de heredero recae en el fiduciario, y éste no llega a serlo por fallecer antes de aceptar o repudiar la herencia del testador, ¿transmitirá a los suyos (sus herederos) el derecho que él tenía?; aceptar o repudiar la herencia del fideicomitente, y por lo tanto el de adquirir la de heredero y de fiduciario.

Desde luego este *ius delationis* (artículo 1006 Código Civil) es aplicable a los llamados a título universal como lo es el fiduciario; apliquémoslo al caso que nos ocupa:

– Si la madre de la llamada en fiducia (única heredera de ésta), hubiese ejercitado el *ius delationis* que le corresponde aceptando la del primer causante, sería fiduciaria de la mitad de los bienes de la herencia que a su fallecimiento pasarían a (...) que aparecen en el testamento como fideicomisarias, entrando en juego el [sic] los artículos 783 y siguiente del Código Civil. (la otra mitad de la herencia no corresponde a Doña D. M. como fiduciaria, puesto que la sustitución a favor de los que iban a ser tutores queda ineficaz al no tener nunca lugar la constitución de la tutela.)

– Si por el contrario, ejercita este derecho para renunciar a la herencia de Don R. S. A. B., entendemos que el llamamiento a favor del fideicomisario no opera, no sólo por el juego propio de la sustitución fideicomisaria, que por otro lado, debe ser objeto de interpretación restrictiva *in dubiis semper contra fideicomissum*, tal y como apuntamos supra, sino también porque ninguna sustitución de la clase que sea puede vulnerar o perjudicar las legítimas salvo lo dispuesto siempre en la ley como hace el artículo 782.

La llamada en primer término por el testador Doña M. S. S. M., falleció intestada, sin aceptar ni repudiar la herencia de su padre, y sin que a su fallecimiento pudiera dejar ningún bien, salvo los que hubiese adquirido de la herencia de su padre. Estas circunstancias fácticas y las jurídicas de ser su madre, su única heredera, nos enlazan con las siguientes cuestiones;

– La voluntad del testador fue que su mujer no recibiera de su herencia ningún bien pleno dominio, estableció el llamamiento a ella en usufructo universal, y la nuda propiedad la recibiría su hija la fiduciaria, a la muerte de ésta la mitad los bienes pasarían a (...), pero si no llega a producirse éste llamamiento a favor de la fiduciaria, nos parece forzado pensar que esta disociación del dominio en usufructo y en nuda propiedad se dé no entre madre e hija, sino entre la madre/esposa y la (...), a la vez que llegamos a la situación un tanto ilógica de excluir de la sucesión de la hija a la madre por la voluntad del primer causante, ya que operando llamamiento a favor de los fiduciarios (de aceptar esta postura) deja sin ningún contenido patrimonial la sucesión de la otra progenitora en la herencia de la hija de ambos.

Segundo. Además de todo lo anterior, no se nos pase desapercibida la circunstancia de que la escritura objeto de la calificación desfavorable o negativa con fechas de 14 de julio y 25 de agosto de 2020, así como 23 de febrero de 2021, fue objeto de calificación favorable en el Registro de la Propiedad de Orihuela 1, con fecha de entrada 29 de mayo de 2020, entrada 3709/2020, asiento 431 diario 266, siendo dicha calificación favorable de fecha 3 de junio de 2020 (...)

Tercero. En última instancia y a modo de poder determinar las causas de la interposición del presente recurso, sirva la siguiente explicación:

– Dada la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la hija de Don R., éste junto con su esposa otorgaron testamentos en donde se previó la fiscalización de la posible tutela de su hija, en el pensamiento de que se quedase sola al fallecimiento de ambos padres, motivo por el cual se previó el nombramiento de tutor, que como bien sabrá V.D. no se precisa en tanto existiese, vivo y capaz en ejercicio de la patria potestad, uno de los dos padres, como en este caso concreto. El Sr. Notario ante quien se otorgaron dichos testamentos no indicó a ambos testadores dos situaciones;

1. La normal posibilidad de la supervivencia de uno de ambos padres, al fallecimiento del otro, con lo que no se precisa la tutela en principio.

2. La posible premoriencia de la hija tras el fallecimiento de uno de sus padres, tal es el caso que nos ocupa.

Por tanto, la referencia a la tutela, y por consiguiente al pretendido fideicomiso de residuo, se debe entender en tanto no se produjese la muerte de la heredera en vida de sus padres, y ello lo demuestra la inexistencia de tutores legales al momento de su fallecimiento. Por tanto, cualquier referencia a dicha tutela y al citado fideicomiso, se debe entender referido a una situación de orfandad total de la hija, todo ello pese a no existir transcrita dicha condición en la disposición testamentaria, lo cual es una clara

omisión no intencionada. Creemos que esto es humanamente entendible y correcto. Nunca se podía imaginar Don R. que su hija premuriese a su ni siguiera Doña D.

Además de todo lo anterior, en caso de hacerse cumplir este mandato, supondría para la viuda, Doña D. M. P., un "secuestro" de sus bienes y derechos, por parte de personas que no han tenido de forma efectiva acción ni en el cuidado ni en la tutela de su hija. El proceso de enfermedad y muerte de su hija ha sido para su madre muy doloroso, habida cuenta de ella solase ha tenido que encargar en todo momento de su hija, falleciendo de forma consecutiva con la de su esposo.

Por lo anterior, y como complemento de toda la alegación jurídica que se consigna en el presente documento, en este último punto se apela a la conciencia, razón y caridad humana de aquellas personas que deban resolver.»

V

La registradora de la Propiedad dio traslado del recurso interpuesto a la notaria autorizante del título calificado, sin que ésta formulara alegaciones, y, en unión de su preceptivo informe, remitió el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 657, 658, 675, 715, 743, 767, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 792, 793, 1006, 1009, 1059 y 1284 del Código Civil; 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 82 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983, 29 de diciembre de 1997, 2 de noviembre de 2010 y 6 de junio de 2014; las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 27 de marzo de 1981, 10 de noviembre de 1998, 17 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2004, 26 de junio de 2007, 18 de enero de 2010, 9 de junio y 19 de octubre de 2015, 26 de mayo de 2016, 19 de abril y 26 de junio, 20 y 26 de julio de julio de 2017, 22 de enero, 12 de marzo, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018, 5 y 11 de abril, 5 de junio y 19 de diciembre de 2019 y 22 y 28 de enero y 1 de junio de 2020, y, respecto de la cuestión formal expresada en el segundo fundamento de Derecho, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero y 13 de octubre de 2015 y 14 de julio de 2017 y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero, 19 y 23 de febrero, 18 de marzo y 9 de junio de 2021.

1. Son hechos relevantes para la resolución del recurso los siguientes:

Mediante la escritura cuya calificación es impugnada se formalizó la aceptación de herencia y adjudicación de ésta –concretamente dos fincas– a la viuda del causante, que es heredera abintestato tras haber renunciado previamente a la misma herencia (la de su esposo) como transmisaria de su hija, que falleció con posterioridad al primer causante el día 7 de septiembre de 2018 sin aceptar ni repudiar su herencia.

Debe tenerse en cuenta que, en el testamento del causante, cuya copia autorizada acompañaba a la escritura para su inscripción, constan las siguientes cláusulas: «Primera.–Lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con relevación de inventario y fianza, ordenando que por vía de partición la legítima de sus descendientes se satisfaga en nuda propiedad (...) Segunda.–Instituye heredera de todos sus bienes presentes y futuros a su hija Doña M. D. S. M. (...) Sexta.–Respecto de todos los bienes que la instituida heredera reciba del testador, dispone que al fallecimiento de dicha heredera doña M. D. S. M., dichos bienes pasen después de pagadas las deudas que pudiese haber y por partes iguales, a (...), Murcia, en cuanto a una mitad, y en cuanto a la mitad restante, a los tutores o al que de ellos sobreviva don R. R. M. y doña A. A. G., como pago por los cuidados y administración de la instituida heredera».

Esta última cláusula no se transcribe, ni se menciona, en el título negativamente calificado.

Los defectos que se expresan en la calificación recurrida son los siguientes:

– La contenida en la estipulación sexta es claramente una sustitución fideicomisaria de las reguladas en el Código Civil, en los artículos 781 y siguientes; y en ellos dispone que para que exista sustitución fideicomisaria cabe, no sólo que se le dé ese nombre, sino que también lo serán aquellas en que se imponga al heredero en el testamento la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. Esto es lo que ocurre en el presente caso, siendo clara la voluntad del causante de que, al fallecimiento de la heredera, «dichos bienes pasen después de pagadas las deudas que pudiese haber y por partes iguales, a (...), Murcia, en cuanto a una mitad, y en cuanto a la mitad restante, a los tutores o al que de ellos sobreviva don R. R. M. y doña A. A. G., como pago por los cuidados y administración de la instituida heredera».

– Siendo los fideicomisarios directamente herederos del causante, es necesario contar con los mismos para la partición, sin que quepa en modo alguno la aplicación del artículo 1006 del Código Civil, pues, aunque falte la actuación del fiduciario –aceptando o repudiando– entra en juego la previsión y disposiciones del fideicomitente (Resolución de esta Dirección General de 19 de diciembre de 2019).

– El causante dispuso en el testamento que instituía heredera a su hija, y que a su muerte pasaran los bienes a otras personas; estos son realmente los que deben intervenir en la partición de la herencia como sucesores de aquél, no siendo válida la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia realizada sin su concurso, y ello conforme al principio de unanimidad de la partición contenido en el artículo 1059 del Código Civil.

– De seguir la tesis mantenida en el título calificado, de aplicación del derecho de transmisión, surgiría el problema de que, habiendo renunciado la viuda a la herencia de su esposo y padre de su fallecida hija en virtud del derecho de transmisión, ya no podría aceptarla como heredera abintestato. Ello sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 1009 del Código Civil, según el cual «el que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos».

El recurrente alega lo siguiente:

– Hay que partir de la máxima que regula la sucesión testamentaria, que es la voluntad del testador, y que recoge el artículo 675 del Código Civil, del que se sigue que todos los criterios de interpretación del testamento deberán encaminarse a descubrir la voluntad del testador manifestada en el testamento, sin que quepa atribuir preeminencia al elemento gramatical ni a cualquier otro.

– El llamamiento que se efectúa a favor de los tutores de su hija queda totalmente ineficaz, ya que estas personas no fueron nombradas tutores, ni ejercieron su cargo como tal, puesto que la hija del testador fue sometida a la patria potestad prorrogada de su madre, y no hubo un nombramiento de tutor por la autoridad judicial. Por ello las disposiciones a favor de dichas personas quedan sin efecto alguno, porque el llamamiento que se hace a favor de ellos es en su calidad de tutores, y ninguna de las personas designadas como tales fueron nombradas tutores, ni ejercieron cargo tutelar alguno. Entendiéndose «que, al no existir los cargos tutoriales, la delación sucesiva que entraña el fideicomiso en esta mitad es inoperante e ineficaz».

– Con relación a la operatividad del llamamiento fideicomisario a favor de las (...), entiende el recurrente que si la madre de la llamada en fiducia (única heredera de ésta), hubiese ejercitado el *ius delationis* que le corresponde aceptando la herencia del primer causante, sería fiduciaria de la mitad de los bienes de la herencia que a su fallecimiento pasarían a (...) que aparecen en el testamento como fideicomisarias; si por el contrario ejercita su derecho de renunciar a la herencia, entiende que el llamamiento a favor del fideicomisario no opera, no sólo por el juego propio de la sustitución fideicomisaria, que

por otro lado debe ser objeto de interpretación restrictiva *in dubiis semper contra fideicomissum*, sino también porque ninguna sustitución de la clase que sea puede vulnerar o perjudicar las legítimas, tal como establece el artículo 782 del Código Civil.

– Que parece forzado pensar que la disociación entre usufructo y nuda propiedad se produzca no entre madre e hija, sino entre la madre/esposa y las (...), a la vez que se llegaría a la situación ilógica de excluir de la sucesión de la hija a la madre por la voluntad del primer causante.

2. En primer lugar, hay de poner de relieve que el escrito de recurso contiene una serie de alegaciones y argumentaciones que, en puridad, no guardan relación con el contenido del título; pues en éste no se transcribe, ni se menciona, la cláusula sexta del testamento y solamente se indica que la madre, como heredera de la hija y por el juego del derecho de transmisión, renunció a la herencia del padre, provocando así su llamamiento como heredera abintestato a la herencia de su esposo (causante de la herencia), con la consecuencia práctica de que lo previsto por el testador en su cláusula sexta pierde toda operatividad y eficacia; pero en absoluto se alude en la escritura calificada a la falta de virtualidad, en todo o en parte, del llamamiento sucesivo que contiene la cláusula sexta del testamento, dedicándose por contra buena parte del recurso a defender tal extremo.

No se hace alusión alguna a esta circunstancia en el título calificado; como tampoco se indica en el título que el llamamiento en favor de los tutores haya quedado sin efecto o sin virtualidad –algo en lo que se insiste en el recurso–, ni se aporta documentación que así lo acredite; debiendo recordarse que no puede versar el recurso sobre hechos o documentos no alegados, ni aportados, en el momento en que el título fue objeto de calificación.

Y como establece el artículo 326 de la Ley Hipotecaria: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma»; siendo reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, la Resolución de 14 de julio de 2017 o las más recientes de 19 de febrero y 9 de octubre de 2020 y 15 de enero de 2021), basada en el contenido del citado precepto legal y en la doctrina del Tribunal Supremo (vid. Sentencia –Sala Tercera– de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente, razón por la que debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

En suma, ha de resolverse el recurso atendiendo únicamente a las cuestiones planteadas en la nota recurrida con base en la documentación presentada al tiempo en que se emitió la calificación (que es lo que se recurre); en este caso, el título presentado (con la redacción y enfoque jurídico ya reseñados) junto al testamento del causante.

3. La siguiente cuestión que toca abordar pasa por algo esencial en el campo de la sucesión testada, cual es fijar e interpretar la voluntad del testador, y no está de más recordar que sobre dicha cuestión este Centro Directivo tiene fijado un criterio reiterado e inequívoco, pudiendo citarse en tal sentido su Resolución de 26 de mayo de 2016, que precisa y delimita algunos principios de interpretación: que ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias: que debe prevalecer mientras tanto la interpretación

favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793, así como, «ex analogía», el 1284), y que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

En parecido sentido la Sentencia de 24 de marzo de 1983 afirma: «(...) aunque el criterio prioritario deba ser el literal, hay que dar a aquellas palabras el significado que proceda en relación con las circunstancias personales y sociales concurrentes». La Sentencia de 26 de junio de 1951 se fija fundamentalmente en el elemento teleológico, que establece que, en la duda, debe preferirse la interpretación del testamento que le permita surtir efecto. El elemento lógico se destaca en la de 18 de diciembre de 1965. La Sentencia asevera que el tenor del testamento a que se refiere el artículo 675 del Código Civil alude al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentido de una cláusula dudosa, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad. La combinación armónica de los elementos gramatical, lógico y sistemático luce en la sentencia de 9 de noviembre de 1966. Pero en la de 9 de junio de 1962 se había forjado la prevalencia de la interpretación espiritualista: se antepone la voluntad del testador a toda expresión errónea o incompleta. En la de 8 de mayo de 1979, no sólo se admite la prueba extrínseca, es decir, en hechos o circunstancias no recogidas en el testamento, sino que conductas posteriores pudieron constituir medios de prueba. Por último, la elocuente Sentencia de 10 de febrero de 1986, que ante la existencia de ambigüedad y consiguiente duda entre la voluntad del testador, su intención y el sentido literal de las palabras, da paso a los elementos lógico, sistemático y finalista, que no se pueden aislar de los otros, ni ser escalonados como categorías o especies distintas de interpretación, por lo que el artículo 675 no pone un orden de prelación sin que se excluya acudir a los medios de prueba extrínsecos, o sea, a circunstancias exteriores al testamento mismo, de muy diversa índole, «con tal que sean claramente apreciables y tengan una expresión cuando menos incompleta en el testamento, o puedan reconocerse dentro del mismo de algún modo». En este sentido la Sentencia de 6 de junio de 1992, que permite hacer uso «con las debidas precauciones de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta». En el mismo sentido las de 31 de diciembre de 1992, 30 de enero y 24 de abril de 1997 y 19 de diciembre de 2006.

4. Que el causante dispuso –y ordenó– en el presente caso una sustitución fideicomisaria en la cláusula sexta de su testamento (no transcrita en la escritura calificada, aunque el testamento fue aportado junto con el título para inscripción) está fuera de toda duda, pues para que exista sustitución fideicomisaria no es absolutamente necesario que el testador utilice esta expresión, bastando con que de su disposición se desprenda inequívocamente la sustitución. Y es que lo que se prohíben son las sustituciones fideicomisarias sobreentendidas, pero el artículo 785 no impide la normal interpretación de la voluntad del testador –ley de la sucesión según el artículo 675 del Código Civil–, por lo que es indudable que en este caso se trata de una de aquellas, pues se aprecia claramente uno de los elementos que es considerado como natural y no esencial de dicha institución jurídica (la obligación de que el heredero «conservé y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia»).

Por consiguiente, debe aplicarse el juego propio de las instituciones del derecho de sucesiones y dar prevalencia a la voluntad del testador (verdadera ley de la sucesión), por lo que la renuncia que efectúa la viuda, como heredera de su hija, a cuantos derechos le pudieran corresponder en la herencia causada por fallecimiento de su padre, para terminar aceptando la herencia como sucesora ab intestato de este causante, en la práctica supone pasar por encima de la aplicación de dicha cláusula testamentaria sexta,

en tanto que se impide su eficacia y operativa; en suma, el despliegue de sus efectos; efectos queridos por el testador.

Esto sería motivo más que suficiente para desestimar el recurso, pues lo reflejado en la escritura calificada parte de unas premisas jurídicas que se apartan por completo de la voluntad del causante manifestada en su testamento; y lo alegado en el recurso no desvirtúa en modo alguno la acertada calificación (confirmada en la también acertada sustitutoria), que ateniéndose al contenido de la escritura y al testamento aportado junto al título, ha interpretado correctamente la voluntad del testador reflejada en su testamento. No obstante lo cual, procede realizar algunas consideraciones adicionales.

5. La primera deriva de la clara aplicación al caso de la Resolución de esta Dirección General de 19 de diciembre de 2019, en la que ya se planteó si existiendo una cláusula de sustitución fideicomisaria, ésta resulta preferente o prioritariamente aplicable al derecho de transmisión.

No se trata de que una u otra tengan preferencia, sino que los presupuestos de aplicación de una u otra son distintos, toda vez que aquí el testador ha hecho un llamamiento hereditario sucesivo al fiduciario y fideicomisarios, estableciendo cual ha de ser el destino de sus bienes de manera clara, instituyendo herederos fideicomisarios.

Y no cabe especular teorizando en el sentido de que si el testador no estableció sustitución vulgar específica ad hoc para el supuesto de postmoriencia sin aceptar ni repudiar el fiduciario, podría deducirse que no quiso excluir el derecho de transmisión. En absoluto; pues precisamente lo que en este caso decidió el testador, para que su legítima voluntad se cumpliera, fue escoger una institución concreta, la sustitución fideicomisaria y en un testamento notarial (con lo que ello conlleva, e implica, de exigencia de propiedad en el lenguaje y de rigor en el alcance jurídico de las cláusulas ordenadas), por lo que existiendo herederos fideicomisarios designados, y siendo los fideicomisarios directamente herederos del causante, es necesario contar con los mismos para la partición de la herencia y liquidación de la sociedad de gananciales, o bien que renuncien a la herencia; y sin que proceda la aplicación del derecho de transmisión al que se refiere el artículo 1006 del Código Civil.

Como pone de relieve la calificación, el causante dispuso en el testamento que instituía heredera a su hija, y que a su muerte pasaran los bienes a otras personas, y estos son realmente los que deben intervenir en la partición de la herencia como sucesores del referido causante; no siendo válida ni la liquidación de sociedad de gananciales, ni la partición de herencia realizadas sin su concurso; y ello en pura aplicación del principio de unanimidad de la partición consagrado en el artículo 1059 del Código Civil. Y sin duda el defecto apreciado puede ser objeto de subsanación, pero los consentimientos que se presten «a posteriori» surtirán efectos «ex post», no pudiéndose retrotraer sus efectos a la fecha del primer asiento de presentación, por lo que los iniciales defectos, desde este punto de vista, serían insubsanables, como afirma la registradora.

Cabe añadir, para concluir, que en este trámite de recurso no deben analizarse otras cuestiones, como la alegada por el recurrente en el sentido de que en realidad no hubo nombramiento de tutores (fideicomisarios en este caso) para la hija (fiduciaria); cuestión, ésta, que habrá de abordarse –y sustanciarse– bien en sede judicial, o extrajudicialmente, justificándolo con medios probatorios adecuados y bastantes (v.gr. asientos del Registro Civil, las previsiones del artículo 82 del Reglamento Hipotecario...).

6. También tiene razón la registradora cuando pone de relieve que, de seguir la tesis mantenida en el título calificado referida a la aplicación del derecho de transmisión, ocurriría que, habiendo renunciado la viuda a la herencia del causante, padre de su fallecida hija y vía derecho de transmisión, ya no podría aceptarla como heredera abintestato de aquel, pues ello sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 1009 del Código Civil, según el cual: «El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos».

No puede olvidarse que de haber operado –algo insostenible en este caso– el derecho de transmisión, el transmisario sucedería directamente al causante de la

herencia, y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente, y no mediante una doble transmisión, del causante al transmitente y de éste al transmisario.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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

Madrid, 15 de julio de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.