

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14834 *Resolución de 31 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Oviedo nº 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria.*

En el recurso interpuesto por don C. C. C., en nombre y representación de don José Joaquín F. G., contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad número 2 de Oviedo, doña Marta Isabel Fernández Urrusuno, por la que se deniega la inscripción de una escritura de protocolización de operaciones particionales, de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Avilés, don Arturo Fermín Ezama García-Ciaño, el día 15 de febrero de 2010, con el número 211 de protocolo, don José Joaquín F. G. eleva a público un cuaderno particional en el que se adjudica los bienes dejados al fallecimiento de doña María Teresa F. F., entre los que figuran inventariadas las siguientes fincas registrales pertenecientes al antiguo Ayuntamiento de Ribera de Abajo: 2-registral 2.345; 3-registral 2.346; 4- registral 2.347; 5- registral 2.348; 6-registral 2.333; 7-registral 2.334; 8- registral 2.329; 9-registral 2.330; 10-registral 2.331; 11-registral 2.328; 12- registral 2.332 y 13- registral 1.412 (hoy Ayuntamiento de Oviedo, sección 8ª); y actualiza la descripción de algunas de las fincas (las números 2, 3, 6, 9 y 11).

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Calificado nuevamente el precedente documento, que se presentó el día veintiocho de diciembre de dos mil diez, bajo el asiento 254 del Diario 23, tras examinar los antecedentes del Registro, el registrador que suscribe, acuerda suspender su inscripción en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos.-1 -El precedente documento, escritura autorizada el quince de febrero de dos mil diez por el notario de Avilés, don Arturo Fermín Ezama García Ciaño, nº 211/2010 de protocolo, en la que José Joaquín F. G., como único interesado en la herencia de doña María Teresa F. F., eleva a público un cuaderno en el que se adjudica los bienes dejados a su fallecimiento, entre los que figuran inventariadas las siguientes fincas del Ayuntamiento de Ribera de Abajo: 2 - Castañedo, sita en Cayón, finca registral 2.345; 3 - Cordera, finca registral 2.346; 4 - Huerto del Cogollo, finca registral 2.347; 5- Canto de la Espina, finca registral 2.348; 6 - Casa número siete en el lugar de Visueña, finca registral 2.333; 7- Cuadrita para cerdos, finca registral 2.334; 8 - Huerto a hortaliza, finca registral 2.329; 9 - La Peseta, finca registral 2.330; 10 - Peña del Barco, finca registral 2.331; 11 - La Cordera, finca registral 2.328; 12 - Cierro de la Fosaca, finca registral 2.332; 13 - Panera con su suelo, finca registral 1.412, fue objeto de calificación negativa según las precedentes notas de fecha 12 de marzo de 2010, 23 de abril de 2010 y 4 de junio de 2010, y fue objeto de calificación sustitutoria emitida por el registrador titular del Registro de la Propiedad de Pravia con fecha 9 de julio de 2010; 2 - Con fecha 28 de diciembre de 2010 la escritura es presentada nuevamente en este Registro, causando el asiento 254 del Diario 23; 3 - Se acompañan certificados de

defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad de la causante y copia autorizada de su último testamento, autorizado por el notario de Oviedo, don José Antonio Caicoya Cores el 4 de octubre de 1999, n° 2795 de protocolo, en el que manifiesta hallarse viuda y haber estado casada en únicas nupcias con don Alfredo M. P., de cuyo matrimonio no tuvo sucesión y en el que instituye heredero universal a su sobrino, don José Joaquín F. G., hijo de su hermano Emilio; 4 - Con ocasión de la anterior presentación del título, se aportó a este Registro Acta de Notoriedad autorizada el trece de mayo de dos mil diez por el notario de Avilés don Arturo Fermín Ezama García Ciaño, n° 665 de protocolo, en la que se declaró acreditada la notoriedad de que doña María Teresa F. F. falleció sin descendientes, según resulta de la precedente nota de calificación de fecha 4 de junio de 2010; 5 - Las fincas inventariadas, antes reseñadas, a excepción de la número 13, figuran inscritas a favor de doña María Teresa F. F., por herencia de sus padres (doña Josefa de la F. G. y don Emilio F. F.) –en virtud de escritura autorizada el 25 de marzo de 1977 por el notario de Oviedo, don Pedro Caicoya de Rato, n° 1235–, y con la sustitución fideicomisaria establecida por dichos causantes en su testamento, del siguiente tenor: legan los dos tercios de mejora y de libre disposición a su hija doña Teresa, prohibiendo a esta legataria enajenar ni gravar los bienes que comprenda este legado, los cuales, a su fallecimiento, serán para sus hijos o descendientes y, en defecto de éstos, para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos. Instituyeron a sus cuatro hijos por iguales partes y en defecto de cualquiera de ellos a sus descendientes por estirpes; 6 - La finca número 13, registral 1.412, figura inscrita a favor de don Joaquín de la F. y O., por compra en estado de casado; 7 - Se manifiesta en el título presentado que en la referida escritura autorizada el veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y siete por el notario de Oviedo, don Pedro Caicoya de Rato, número 1235 de protocolo, otorgada por don Eloy, don Emilio, don Joaquín y doña María Teresa F. F., en la base sexta de la liquidación, se hizo constar que la prohibición de enajenar y gravar los bienes que estén comprendidos dentro de los legados de mejora y libre disposición, a favor de la heredera y ahora causante doña María Teresa, queda sin efecto, al menos en cuanto a los hermanos de la misma se refiere, por cuanto que éstos han recibido cada uno de ellos de su hermana, la cantidad de mil pesetas, importe de su renuncia a dicha expectativa de derecho; 8 - Se acompaña fotocopia de dicha escritura de aceptación de herencia y protocolización de operaciones particionales autorizada el veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y siete por el notario de Oviedo, don Pedro Caicoya de Rato, número 1235 de protocolo; 9 - En el título presentado, se modifica la descripción de las fincas 2, 3, 6, 9 y 11, adaptándola al Catastro: La finca número 2 figura inscrita con la superficie de cinco áreas, manifestándose en el título presentado que actualmente, según catastro, mide 491 metros cuadrados; la número 3, mide en el Registro ocho áreas, indicándose que conforme a catastro su superficie real es de 1573 metros cuadrados; la finca número 6 mide en el Registro un total de 94,5 metros cuadrados, señalándose que actualmente es la casa señalada con el número 28 en Bisueña, que ocupa 85 metros cuadrados, constando de dos plantas con una superficie total construida de 179 metros cuadrados; la finca 9 mide en el Registro 3,14 áreas y actualmente conforme a catastro 392 metros cuadrados; y la 11 en Registro mide seis áreas y actualmente, conforme a Castro, 729 metros cuadrados, y con los linderos que respecto de cada una de ellas se indican; 10 - Se incorporan a la escritura certificaciones catastrales descriptivas y gráficas que se manifiesta que corresponden a las fincas 2, 3, 9 y 11 y un certificado catastral telemático de la finca número 6. Fundamentos. - Vistos los artículos 1, 3, 14, 18, 19 bis, 20, 38, 198, 199, 200 y ss., 322, 323 de la Ley Hipotecaria; 76, 78, 80, 81, 82, 298, 300, 306 de su Reglamento, 53. 8 y 10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre; 657 a 661, 675, 758, 759, 774, 781 a 789, 791, 1051 y ss., 1113, 1114, 1216 del Código Civil y concordantes; y, entre otras, Sentencias Tribunal Supremo 20 de octubre de 1954, 25 de octubre de 1954; 3 de noviembre de 1989; 11 de junio de 1990, 17 de febrero de 1994, 28 de febrero de 1999 y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de febrero de 1980, 21 de febrero de 1992, 20 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 2002, 26 de julio de 2003, 30 de enero de 2004, 19 de julio de 2007, 13 de diciembre de 2007, 24 de

octubre de 2008, 27 de junio de 2009; así como Sentencia Tribunal Supremo 12 de marzo de 1948 y, entre otras, Resoluciones D. G. R. N. de 19 de noviembre de 1998, 3 de noviembre de 1999, 17 de mayo de 2003, 3 de enero, 17 y 18 de febrero, 24 de junio de 2005, 29 de abril de 2006, de julio de 2006, 19 de febrero de 2008, se acuerda suspender la inscripción por los siguientes defectos: 1 -Se suspende la inscripción de las fincas 2 a 12 por figurar inscritas a favor de la causante, doña María Teresa F. F., con la sustitución fideicomisaria expresada en el apartado «hechos» de esta nota –bajo el número 4–, por no acreditarse fehacientemente que dicha sustitución ha sido ineficaz y que dichos bienes han quedado liberados del fideicomiso e integrados en la herencia de la fiduciaria, debiendo testimoniarse o aportarse, a tal efecto, los documentos públicos complementarios que acrediten dicho extremo (artículos 1, 3, 20 Ley Hipotecaria; 82 Reglamento Hipotecario; 675, 758, 759, 774, 781 a 789, 1113, 1114 Código Civil y concordantes). En el caso examinado los testadores (padres de la actual causante) establecieron una sustitución fideicomisaria, en primer término, a favor de los «hijos o descendientes» de la fiduciaria y, para el supuesto de que dicha fiduciaria falleciese sin hijos o descendientes (supuesto que se da este caso), establecieron una sustitución fideicomisaria a favor de «sus hermanos e hijos de hermanos difuntos». Se trata de una sustitución condicional en la que el llamamiento a los fideicomisarios (hermanos e hijos de hermanos difuntos) queda subordinado a que acontezca la condición establecida por los testadores, esto es, que la primera instituida fallezca sin descendencia. Mientras la condición no se cumpla el fideicomisario no adquiere derecho alguno, y para que se verifique la sustitución es necesario que el fideicomisario viva al cumplirse la condición; si fallece antes que el fiduciario, al estar pendiente la condición, no adquiere derecho a la sucesión, siendo de aplicación el artículo 759 del Código Civil y no el 784.–entre otras, sentencias Tribunal Supremo 20 octubre 1954, 17 febrero 1994–. En el momento del fallecimiento de la fiduciaria –artículo 758 Código Civil– es cuando debe determinarse quienes serán los fideicomisarios –Resolución D. G. R. N. 4-2-1980–. Además, en supuestos como el presente, de establecimiento de una sustitución fideicomisaria sin designar nominativamente a los sustitutos fideicomisarios se precisa un título adicional que determine quiénes son efectivamente las personas en cuyo favor ha de operarse la restitución fideicomisaria, título que puede ser el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que deberá otorgarse una vez producido el evento del que depende la sustitución –entre otras resoluciones D. G. R. N. 21-2-1992, 30-1-2004, 27-6-2009–. No es suficiente aportar un documento otorgado antes de dicho evento por los posibles fideicomisarios en que realizan una renuncia preventiva de su derecho, sin perjuicio de que, si luego resulta acreditado que ellos son los efectivos fideicomisarios, al no poder ir contra sus propios actos, queden vinculados por dicha decisión expresa, sin necesidad de ratificación posterior –Resolución D. G. R. N. 30-1-2004–. Por ello, deberá aportarse acta de notoriedad, u otro documento fehaciente, en relación a la existencia e identificación de los sustitutos fideicomisarios, acompañada, en su caso, de los correspondientes documentos públicos que acrediten que la sustitución no llegó a tener efectividad por renuncia de todos los fideicomisarios a sus derechos en la sustitución o bien por otra causa, quedando purificada la institución y liberada la fiduciaria del fideicomiso. En todo caso, deberá aportarse copia auténtica de las correspondientes escrituras o documentos públicos, no siendo suficiente meras fotocopias de los mismos, que no cumplen con el requisito de documentación pública o auténtica establecido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. 2 - En cuanto a la finca 13, registral 1.412, se suspende la inscripción por no hallarse inscrita a favor de la causante, sino a favor de tercero, en los términos que resultan del apartado «hechos» de esta nota (artículos 1, 20, 38 de la Ley Hipotecaria y concordantes). Conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los registradores denegarán la inscripción

solicitada...Y el artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece que «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos...». 3 - Y, en cuanto a las fincas 3, 9 y 11, se suspende la inscripción de la rectificación cabida y linderos consignados conforme a Catastro, y la constancia de su referencia catastral, por albergar dudas fundadas sobre la identidad de las fincas y la realidad de los excesos cuya constatación registral se pretende (773 metros cuadrados la finca 3); 78 metros cuadrados la finca 9) y 129 metros cuadrados la 11)) debido a la entidad de los mismos, superiores al veinte por ciento de la cabida inscrita, y además, en cuanto a las fincas 3 y 9, por existir a la vez cambio de linderos fijos (artículos 198 y ss. Ley Hipotecaria; 298, 300, 306 de su Reglamento; 53.8 y 10 de la Ley 13/1996; Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario –artículos 45 y 48– y concordantes y, entre otras, Sentencia Tribunal Supremo 12-marzo-1948 y Resoluciones D. G. R. N. de 19 de noviembre de 1998, 3 de noviembre de 1999, 17 de mayo de 2003, 3 de enero, 17 y 18 de febrero, 24 de junio de 2005, 29 de abril de 2006, 1 de julio de 2006). Conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «la registración de excesos de cabida sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de una finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos registrados originariamente. Fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente». En el caso examinado, dadas las circunstancias concurrentes, el registrador que suscribe alberga dudas respecto de la identidad de las fincas, lo que impide que entre en juego la exigencia del artículo 53, ocho, de la Ley 13/1996, de que la «descripción en la certificación y en el registro pueda deducirse la identidad», o la que impone el artículo 298 del Reglamento Hipotecario de que resulta la «perfecta identificación de la finca y su exceso de cabida». Sigue pie de recursos. Oviedo, quince de enero de 2011. El registrador. Fdo. Marta Isabel Fernández Urrusuno.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don C. C. C., en nombre y representación de don José Joaquín F. G. interpone recurso en virtud de escrito con fecha de entrada 15 de febrero de 2011, en base entre otros a los siguientes argumentos: Primero.–Que doña Josefa de la F. G. falleció en Caces, Concejo de Oviedo, el día 9 de diciembre de 1973 en estado de casada en únicas nupcias con don Emilio F. F., fallecido el día 22 de noviembre de 1976. De dicho matrimonio resultaron los hijos: Eloy, Emilio, María Teresa y Joaquín F. F. El fallecimiento de ambos cónyuges tuvo lugar habiendo otorgado su único y válido testamento para el Protocolo de don Pedro Caicoya de Rato el día 3 de diciembre de 1963. En los citados testamentos, ambos cónyuges dispusieron, entre otros extremos que al caso no interesan, lo siguiente: 1. Legado de usufructo universal vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones a favor de su cónyuge. 2. Sin perjuicio del legado anterior, legaron los tercios de mejora y de libre disposición a su hija María Teresa; prohibiendo a esta legataria enajenar ni gravar los bienes que comprendiera este legado, los cuales, a su fallecimiento serían para sus hijos o descendientes y, en defecto de estos, para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos. Habiendo de pagarse dicho legado con la casa en que habitaban la testadora y su esposo, con todo lo que exista de puertas adentro. Segundo.–Con motivo de los fallecimientos antedichos los herederos don Eloy, don Emilio, doña María Teresa y don Joaquín F. F. otorgaron la escritura de Aceptación de

Herencias y Protocolización de Operaciones Particionales, autorizada por el notario que fue de Oviedo don Pedro Caicoya de Rato el día 25 de marzo de 1977, bajo el número 1.235 de su Protocolo. En la citada escritura le fueron adjudicados a doña María Teresa, como pago de su haber hereditario en plena propiedad, los bienes que figuran descritos en la misma desde el apartado segundo al decimocuarto. Se adjunta copia de la citada escritura de Aceptación de Herencias como documento número 4 quedando acotado desde este momento el Protocolo del notario autorizante, a los efectos probatorios oportunos. Tercero.—Haciendo uso análogo del artículo 1056 del Código Civil, todas las personas llamadas a la anterior herencia se encontraban conforme con la conservación indivisa de la explotación agrícola, tal y como lo hacían sus padres, por lo que procuraron adjudicar todas las fincas a la hija mejorada (doña María Teresa) y que compartía la casería con sus padres, distribuyendo el metálico entre los restantes herederos, con abono de las diferencias. En base a lo anterior, todos los hermanos acordaron dejar sin efecto las prohibiciones de enajenar y gravar los bienes que estaban comprendidos dentro de los legados de mejora y de libre disposición realizados a favor de su hermana doña María Teresa y así se establece en la «base» sexta de la liquidación contenida en la escritura adjunta como documento número 2 que, dada su relevancia, a continuación literalmente se transcribe: «Sexta.—Las prohibiciones de enajenar y gravar los bienes que estén comprendidos dentro de los legados de mejora y el del tercio de libre disposición, hechos a favor de la hija María Teresa, queda sin efecto, al menos en cuanto a los hermanos de la misma se refiere, por cuanto que estos, han recibido cada uno de ellos de su hermana, la cantidad de mil pesetas, importe de su renuncia a dicha expectativa de derecho.» Cuarto.—Doña María Teresa F. F. falleció el día 18 de junio de 2009, habiendo otorgado su último y válido testamento ante el notario de Oviedo, don José Antonio Caicoya Cores, el día 4 de octubre de 1999 bajo el número 1795 de su Protocolo. Todo lo anterior conforme se desprende de la copia autorizada de Testamento que se acompaña como documento número 5. En su testamento, doña María Teresa F. F. instituye como único heredero a don José Joaquín F. G., hijo de su hermano Emilio, con sustitución vulgar por sus descendientes por estirpes. Quinto.—Mediante escritura autorizada por el notario de Avilés, don Arturo Fermín Ezama García-Ciaño el día 15 de febrero de 2010, bajo el número 211 de su Protocolo, don José Joaquín F. G. instó la protocolización de las operaciones de Adjudicación de herencia de su tía doña María-Teresa, procediendo asimismo a la adecuación de las descripciones de las fincas heredadas a la realidad catastral. Sexto.—Presentada la citada escritura ante el Registro de la Propiedad, fue calificada negativamente, suspendiendo la inscripción de las fincas antedichas por figurar inscritas a favor de la causante con la sustitución fideicomisaria a la que también se ha hecho referencia y no resultar acreditado fehacientemente que el otorgante del título presentado fuera único heredero e interesando en las herencias citadas, debiendo testimoniarse o aportarse (todo ello según la registradora), a tal efecto, los documentos públicos complementarios que acrediten dicho extremo. Fundamentos de Derecho.—Atendiendo a los hechos relatados en el cuerpo del presente escrito parece claro que toda la controversia de la inscripción a favor de mi mandante de las fincas descritas, gira en torno a la sustitución fideicomisaria ordenada por los esposos: doña Josefa F. G. y don Emilio F. F. Se recuerda que en dicha sustitución, lo que se establece por los testadores es: A) La prohibición de gravar o enajenar los bienes que comprenden el legado y B) que los mismos a su fallecimiento serán para sus hijos o descendientes y en defecto de éstos para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos. Asimismo, conviene recordar que, a la muerte de los fideicomitentes (doña Josefa F. G. y don Emilio F. F.) la heredera fiduciaria (doña María Teresa F. F) compró, a todos los que en ese momento tenían la condición de sustitutos fideicomisarios (que eran la totalidad de sus hermanos por carecer la sustituta de descendientes) la expectativa de derechos que éstos tenían sobre los citados bienes comprendidos en el legado. La registradora de la Propiedad, obvia la citada transmisión por considerar que el momento de la determinación de la entidad de los fideicomisarios, es el del fallecimiento de la fiduciaria (fundamento de Derecho primero, segundo párrafo de su calificación). A cuyos efectos cita la Resolución de la Dirección General de los

Registros y del Notariado de fecha 4 de febrero de 1980 que literalmente dice en su octavo considerando: «Que si por el contrario se entendiese que se trataba de una sustitución fideicomisaria condicional, y que hay que esperar el momento del fallecimiento de la fiduciaria –artículo 758 del Código Civil– para determinar quiénes serán entonces los fideicomisarios, no hay que olvidar el supuesto fáctico que sirve de base para la aplicación de la norma legal, pues resulta que por la premoriencia del testador de sus cuatro hermanos no puede aumentar el número de sobrinos fideicomisarios, y que los actuales que lo están bajo condición suspensiva no pueden transmitir ningún derecho a sus herederos –artículo 759 del Código Civil–.» Sin embargo, la registradora parece obviar lo dispuesto en el artículo 784 del Código Civil «el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquel pasará a sus herederos» y, en tal sentido reza el considerando sexto de la antedicha Resolución que, copiado literalmente establece que: «En efecto, que si como parece más probable, y así resulta de la adjudicación realizada, el testador quiso establecer que la muerte de la fiduciaria fuera sólo el evento del que dependa la efectividad del derecho por parte de los fideicomisarios pero no la adquisición del mismo que tuvo lugar al fallecer el testador, se está ante una sustitución fideicomisaria a término regulada en el artículo 784 del Código Civil y en la que los beneficiarios pueden disponer de su derecho en firme, y, en consecuencia, cederlo a otras personas, como ha sucedido en el supuesto de este expediente.» El supuesto del que parte el citado artículo 784 es el de la sustitución fideicomisaria pura o a término. El fideicomisario no es heredero del fiduciario, sino del fideicomitente. De ahí que la aptitud para suceder se debe tener respecto de éste (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 1981 y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 1981). Así, fallecido el testador (fideicomitente) el llamamiento al fideicomisario no condicional es cierto (Sentencia del Tribunal Supremo 25 de abril 1983 y la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 4 de febrero de 1980) y desde ese momento adquiere su derecho a la adquisición de la herencia, aunque aplazado en tanto viva el fiduciario o hasta que llegue el día fijado por el testador. Pero su derecho no es eventual y tiene acceso al Registro (artículo 84 Reglamento Hipotecario). Por ello, durante la fase en la que el fiduciario sucede como primer llamado al fideicomitente, no se desconoce el derecho a adquirir la herencia que corresponde al fideicomisario. De tal forma que, como se afirma en la norma, aunque muera antes que el fiduciario, transmite el derecho a sus herederos. Asimismo, entiende la doctrina, que el derecho del fideicomisario no condicional es negociable «inter vivos», ya que, al estar ya abierta la sucesión por la muerte del fideicomitente, la situación no es subsumible en el artículo 1271. La piedra angular del presente procedimiento pivota sobre quiénes son los sustitutos fideicomisarios y qué momento determina su identidad: 1. La muerte de los testadores que ordenaron el fideicomiso. 2. La muerte de la fiduciaria. Para poder determinar una u otra opción, habremos de considerar si la sustitución fue condicional o pura: Conforme al criterio de la registradora, el momento que determina la identidad de los sustitutos fideicomisarios es el fallecimiento de la heredera fiduciaria, ya que considera que existe una condición, mientras que esta representación defiende que dicho momento viene determinado por la defunción de los testadores por entender que se trata de una sustitución pura. La determinación de dichos sustitutos fideicomisarios, cobra relevancia para conocer la capacidad de disposición de la expectativa de derecho, ya que si viniera determinado por la muerte de la heredera fiduciaria (tesis de la registradora) no existiría capacidad de disposición de dichos derechos hasta ese momento, mientras que si fuera el fallecimiento de los fideicomitentes el que marcara la identidad de los fideicomisarios (criterio defendido por esta representación) la capacidad de disposición de la expectativa de derecho, nacería con dicha defunción. Para llegar a la única conclusión que esta representación considera de aplicación, seguiremos un razonamiento basado en las siguientes premisas jurisprudencialmente admitidas: 1. Los fideicomisarios heredan al fideicomitente y no al fiduciario. 2. Sólo heredarán al fideicomitente los fideicomisarios que vivan al tiempo de su fallecimiento, salvo que el testamento disponga otra cosa. Sobre estas bases, en

nuestro caso: 1.–Cuando muere el último fideicomitente, la fiduciaria no tiene descendientes, por lo que resultan fideicomisarios los llamados en defecto de tales descendientes: es decir, los hermanos de la fiduciaria, hijos de los fideicomitentes. Los fideicomitentes no llaman a los posibles descendientes que su hija (fiduciaria) tenga, si los tiene, cuando fallezca, sino a los que tenga cuando opera el fideicomiso. En efecto, pudieron haber utilizado la fórmula «Si la fiduciaria fallece sin descendientes...» (estableciendo una condición que sólo se sabrá cumplida o incumplida cuando fallezca la fiduciaria); pero utilizó ésta otra: «En defecto de descendientes...» Cuyo defecto, por lo arriba expuesto y admitido por todos, debe entenderse referido al tiempo del fallecimiento del fideicomitente que es a quien heredan los fideicomisarios. Es decir, el llamamiento a los fideicomisarios no es condicional, como erróneamente –a nuestro juicio– entiende la señora registradora, sino pura a favor de los descendientes de la fiduciaria si los hay cuando se abre la fiducia (a la muerte del fideicomitente) o, en su defecto, a favor de los hermanos o sobrinos de hermanos muertos de la fiduciaria. Por lo expuesto: 2.–Cuando muere el último fideicomitente (de quien reciben sus respectivos derechos fiduciarios y fideicomisarios) la fiduciaria no tiene descendientes. Es por ello que, desde ese momento, son fideicomisarios las personas vivas llamadas a serlo en defecto (defecto que se produjo) de los primeramente llamados. Por ésta razón: 3.–La renuncia a cambio de precio pronunciada en escritura pública por los únicos posibles y definitivos fideicomisarios (al no ser designados sub-*conditione*), tiene plena eficacia, desapareciendo por ello la prohibición de disponer ordenada por el fideicomitente en beneficio de los fideicomisarios (que la renuncian). Aunque por supuesto no sirva de argumento, hay que hacer notar que el mejor intérprete del testamento otorgado por los fideicomitentes (el notario redactor y autorizante de los mismos), es el que autoriza también la escritura de renuncia por precio de los fideicomisarios, sin que pueda haber olvidado los testamentos por él redactados los cuales se transcriben literalmente al otorgarse la renuncia.

IV

El notario autorizante, don Arturo Fermín Ezama García-Ciaño, formuló alegaciones mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2011.

V

La registradora emitió informe el día 21 de febrero de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 759, 781, 782, 783, 784 y 1257 del Código Civil; 82 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1987, 11 de junio de 1990, 22 de noviembre de 1996, 29 de diciembre de 1997, 28 de febrero de 1999, 28 de junio de 2002 y 22 de noviembre de 2010; y las Resoluciones de esta Dirección General de 4 de febrero de 1980, 27 de marzo de 1981, 24 de octubre de 1985, 29 de enero de 1988, 10 de noviembre de 1998, 25 de marzo de 2003, 30 de enero de 2004, 24 de octubre de 2008, 27 de junio de 2009 y 29 de septiembre de 2010.

1. Se debate en el presente recurso la inscripción de un acta de protocolización de operaciones particionales. De los tres defectos de la nota de calificación, únicamente se recurre el primero.

En la resolución del presente recurso deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

– Las fincas inventariadas, a excepción de la número 13, figuran inscritas a favor de doña María Teresa F. F., por herencia de sus padres (doña Josefa de la F. G. y don Emilio F. F.) –en virtud de escritura autorizada el 25 de marzo de 1977 por el notario de Oviedo,

don Pedro Caicoya de Rato, número 1235 de protocolo—, y con la sustitución fideicomisaria establecida por dichos causantes en sus testamentos, del siguiente tenor: «Cuarta.—Sin perjuicio del legado contenido en la cláusula anterior, lega los dos tercios de mejora y de libre disposición a su hija María Teresa. Prohíbe a esta legataria enajenar ni gravar los bienes que comprenda este legado, los cuales, a su fallecimiento, serán para sus hijos o descendientes y, en defecto de éstos, para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos. Se pagará este legado preferentemente con la casa en que habitan el testador y su esposa. Quinta: Instituye herederos a sus nombrados cuatro hijos, por iguales partes, y en defecto de cualquiera de ellos a sus descendientes por estirpes».

– Se manifiesta en el título presentado, que en la referida escritura autorizada el 25 de marzo de 1977 por el notario de Oviedo, don Pedro Caicoya de Rato, número 1235 de protocolo, otorgada por don Eloy, don Emilio, don Joaquín y doña María Teresa F. F. (como herederos y doña María Teresa además como legataria fiduciaria, de sus padres doña Josefa F. G. y don Emilio F. F.), en la base sexta de la liquidación, se hizo constar que «la prohibición de enajenar y gravar los bienes que estén comprendidos dentro de los legados de mejora y el del tercio de libre disposición, hechos a favor de la hija María Teresa, queda sin efecto, al menos en cuanto a los hermanos de la misma se refiere, por cuanto que estos han recibido cada uno de ellos de su hermana, la cantidad de mil pesetas, importe de su renuncia a dicha expectativa de derecho».

– Se aportó al Registro acta de notoriedad autorizada el 13 de mayo de 2010 por el notario de Avilés don Arturo Fermín Ezama García Ciaño, número 665 de protocolo, en la que se declaró acreditada la notoriedad de que doña María Teresa F. F. falleció sin descendientes.

Se suspende la inscripción por figurar inscritas las fincas a favor de la causante, doña María Teresa F. F., con la sustitución fideicomisaria expresada y no acreditarse fehacientemente que dicha sustitución ha sido ineficaz y que dichos bienes han quedado liberados del fideicomiso e integrados en la herencia de la fiduciaria, debiendo testimoniarse o aportarse, a tal efecto, los documentos públicos complementarios que acrediten dicho extremo.

2. La cuestión queda centrada en determinar si estamos ante una sustitución fideicomisaria condicional, tesis defendida por la registradora, de modo que los hijos o descendientes que pudiera dejar a su fallecimiento la fiduciaria, doña María Teresa, constituiría el evento condicional del que se haría depender el llamamiento a favor de sus hermanos e hijos de hermanos difuntos; o si, por el contrario, estamos ante una sustitución fideicomisaria pura a favor de los descendientes de la fiduciaria si los hubiera al abrirse la fiducia (muerte de los fideicomitentes) o, en su defecto, a favor de los hermanos o hijos de hermanos muertos de la fiduciaria, tesis del recurrente y del notario en su escrito de alegaciones. Igualmente, es necesario determinar los efectos de las renunciaciones realizadas por don Eloy, don Emilio y don Joaquín F. F.

3. En las sustituciones fideicomisarias de derecho común, la apertura de la sucesión se produce al fallecer el fideicomitente, generando la vocación de la herencia tanto a favor del fiduciario como de los fideicomisarios, si bien la delación hereditaria, con el ius transmissionis, sólo se produce de manera inmediata a favor del fiduciario y también a favor de los fideicomisarios si la sustitución fideicomisaria lo es a término, que es lo normal si se hace depender exclusivamente de la muerte del fiduciario, por entenderse como término y no condición el dies certus an incertus quando, como acontece con la muerte, pudiendo transmitirla desde entonces a sus herederos, conforme al artículo 784 del Código Civil. Por el contrario si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria condicional, sólo se dará la delación cuando se cumpla la condición, y si muere antes, el fideicomisario no transmite derecho alguno a sus herederos, conforme al artículo 759 del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1999).

4. En el presente expediente, en la cláusula testamentaria cuarta, se ordena un legado de los tercios de mejora y libre disposición a favor de la hija María Teresa ordenando que «los bienes ... a su fallecimiento, serán para sus hijos y descendientes y,

en defecto de estos, para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos». La expresión que se contiene en la cláusula testamentaria «...a su fallecimiento...» debe entenderse referida al fallecimiento de la fiduciaria doña María Teresa, como afirma la registradora, no al fallecimiento de los testadores-fideicomitentes, como pretende el recurrente, por cuanto de acogerse esta última interpretación, el legado haría tránsito directo de los testadores a los fideicomisarios, sin entrega alguna a la indicada doña María Teresa.

Por lo tanto, el orden sucesivo ordenado por los testadores es que el legado fuera a favor de su hija María Teresa y al fallecimiento de ésta para sus hijos y descendientes, y de no haberlos al fallecer la indicada María Teresa, lo fuera para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos.

Interpretada así la cláusula testamentaria, estamos ante una sustitución fideicomisaria cum et sine liberis decesserit (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002), de tal modo que es *cum liberis decesserit* si muere la fiduciaria con hijos o descendientes, que serían los fideicomisarios; y es si *sine liberis decesserit*, si muere sin hijos ni descendientes la fiduciaria, en cuyo caso serían fideicomisarios los hermanos e hijos de hermanos difuntos.—

Acreditada por acta de notoriedad que doña María Teresa falleció sin descendientes (hijos puestos en condición), estamos consecuentemente ante una sustitución fideicomisaria del tipo *sine liberis decesserit*, siendo legataria fiduciaria doña María Teresa y fideicomisarios los hermanos e hijos de hermanos difuntos, entendiéndose que este tipo de sustitución fideicomisaria es condicional, al quedar sujeta al evento de que el primer designado fallezca sin descendencia, suceso futuro e incierto que sólo podrá saberse con toda certeza al fallecimiento del fiduciario (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1987 y 11 de junio de 1990).

Deberá por lo tanto acreditarse quiénes son los fideicomisarios al tiempo del fallecimiento de la fiduciaria, siendo estos fideicomisarios, de acuerdo con la disposición testamentaria, «...los hermanos e hijos de hermanos difuntos», disposición que contiene un llamamiento a favor de los hermanos y una sustitución vulgar en fideicomiso, para el caso de premoriencia, a favor de «[los] hijos de hermanos difuntos».

5. Queda por examinar los efectos de la renuncia realizada por los herederos don Eloy, don Emilio, don Joaquín F. F., en la base sexta de la liquidación, contenida en la escritura autorizada el 25 de marzo de 1977 por el notario de Oviedo, don Pedro Caicoya de Rato, número 1235 de protocolo, en la que se hizo constar que «las prohibición de enajenar y gravar los bienes que estén comprendidos dentro de los legados de mejora y el del tercio de libre disposición, hechos a favor de la hija María Teresa, queda sin efecto, al menos en cuanto a los hermanos de la misma se refiere, por cuanto que estos han recibido cada uno de ellos de su hermana, la cantidad de mil pesetas, importe de su renuncia a dicha expectativa de derecho».

Dentro de la variedad de tipos de renuncia, estamos ante una renuncia preventiva, que es aquella en la que un sujeto separa de su propia esfera jurídica de voluntad algún derecho a adquirir otro derecho, es decir, rechaza a hacer suyo un derecho aún no incorporado definitivamente al patrimonio del renunciante, implicando, por ello, una *omissio adquirendi*. Las posibilidades de los fideicomisarios, con relación a la sustitución fideicomisaria condicional, que es la que aquí interesa, son varias, y una, es la de que los fideicomisarios, pendiente la delación a su favor, o sea *in pendentis* todavía, renuncian a su expectativa de derecho sobre los bienes fideicomitados, cobrando una indemnización, que no es precio técnicamente considerado.

Los fideicomisarios condicionales, pueden realizar una renuncia preventiva, de tal suerte que, al no poder ya ir contra sus propios actos, queden vinculados por una decisión expresa en tal sentido. Sin embargo, esa renuncia preventiva no supone la extinción de la disposición fideicomisaria, sino que tal hipótesis sólo resultará cuando llegue a producirse la efectiva delación fideicomisaria a favor de los renunciantes.

Respecto a los efectos que produce esta renuncia en los sustitutos vulgares «in fideicomiso» por premoriencia del fideicomisario renunciante, hay que señalar que cuando un fideicomisario condicional renuncia al fideicomiso, esta renuncia sólo produce efecto si

efectivamente llega a deferirse a su favor el fideicomiso. Si el renunciante no llega a sobrevivir al fiduciario, de nada sirve la renuncia, pues se ha renunciado a un derecho que no ha llegado a adquirir, pues no llegó a ser fideicomisario. Surge entonces el derecho de los fideicomisarios llamados por sustitución vulgar para este supuesto de premoriencia, que en el presente caso serán los hijos del hermano premuerto, quienes por no haber participado en dicha renuncia adquieren definitivamente el derecho a los bienes fideicomitidos.

Lo anteriormente expuesto es aplicable incluso en el caso de que dichos sustitutos vulgares resultaran ser herederos de los fideicomisarios renunciantes premuertos y hubieran aceptado la herencia respectiva, pues en esta hipótesis no puede tener aplicación la denominada doctrina de los actos propios, o sea aquella norma contenida en el artículo 1257 del Código Civil, al disponer que los contratos producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Y eso es así, porque los fideicomisarios no heredan a los fiduciarios en los bienes fideicomitidos, sino que heredan a los fideicomitentes (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1996 y 29 de diciembre de 1997).

Cuando don Eloy, don Emilio y don Joaquín renunciaron lo hicieron cabalmente –según la propia escritura– a su «expectativa de derecho» y no a un derecho que todavía no habían adquirido. En efecto, en el cuaderno particional autorizado por el notario de Oviedo, don Pedro Caicoya de Rato, el 25 de marzo de 1977, número 1235 de protocolo, se dice, con gran precisión, que «...queda sin efecto, al menos en cuanto a los hermanos de la misma se refiere...» porque pudiera ocurrir que no fueran ellos los definitivamente llamados, insistiendo al final que «...su renuncia [es] a dicha expectativa de derecho», dejando explícito que no se renuncia a un derecho cierto, sino a lo que en el mismo título notarial se expresa como «expectativa de derecho». En definitiva, falta por acreditar que los renunciantes llegaron a ser fideicomisarios por haber sobrevivido a la fiduciaria y que eran los únicos fideicomisarios, pues sólo en tal caso la renuncia tendría el efecto pretendido de purificar el fideicomiso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

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, 31 de mayo de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.