

## Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

CONSULTA FORMULADA POR EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE MÁLAGA SOBRE RELACIÓN DE CARGAS EN LAS INSCRIPCIONES Y EN LAS CERTIFICACIONES, CUANDO HAN SIDO DESTRUÍDOS PARCIALMENTE LOS LIBROS REGISTRALES.

*Resolución de 14 de diciembre de 1950 ("B. O." de 2 de febrero de 1951.)*

El Registrador de la Propiedad de Málaga, en un extenso escrito, manifiesta que sus antecesores han seguido criterios distintos y hasta antagónicos en la materia objeto de la consulta, y termina exponiendo las siguientes dudas: «I. Si constando al margen de una inscripción de gravamen de naturaleza real nota de referencia a otra inscripción por la cual quede aquélla cancelada, pero cuya inscripción de cancelación no exista por haber sido extendida en alguno de los libros destruidos, sin haberse rehabilitado la inscripción cancelatoria desaparecida, ha de consignarse u omitirse el mismo gravamen en la relación de cargas que contengan las inscripciones o anotaciones posteriores relativas a la misma finca. II. Si, en igual supuesto, el mismo gravamen ha de ser excluido en las certificaciones de cargas referentes a las mismas fincas sobre las que aquél se hubiere impuesto, o, por el contrario, habrá de consignarse en tal certificación, insertando también la nota marginal indicadora de su cancelación, con la advertencia de que se hace así por no existir la inscripción cancelatoria.»

La Dirección, tras un minucioso análisis de circunstancias no especificadas en la consulta, ha acordado declarar que en casos como el consultado, si el Registrador, en vista de todos los antecedentes examinados, no juzgare suficientemente acreditada la cancelación de la inscripción hipotecaria ni, por lo tanto, pudiera reputar la finca libre del gravamen, deberá reflejar exactamente el estado excepcional creado por la destrucción parcial del Registro, lo mismo en las certificaciones que en la sección de cargas de las inscripciones posteriores, insertando, literalmente o en relación, según los casos, la nota marginal de referencia a la inexistente inscripción de cancelación.

EN LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN FIDÉICOMISARIA O DE DELACIÓN RETARDADA DE LA HERENCIA, REPRODUCIDA O DEFERIDA, CABRÍA ESTIMAR, CREADA POR LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL EN LOS Sujetos UNA SITUACIÓN JURÍDICA DE PENDENCIA, DURANTE LA CUAL SE EVITARÍA LA INDEFENSIÓN Y ABANDONO DE LOS BIENES E INTERESES DE LOS «CONCEPTURUS», MEDIANTE UNA TITULARIDAD INTERNA CONFERIDA AL FIDUCIARIO (O «PSEUDO-USUFRUCTUARIO» DE LA DOCTRINA) QUE SALVARÍA LA ANÓMALA CONCESIÓN DEPLENOS PODERES DISPOSITIVOS AL MISMO Y EL OBSTÁCULO QUE IMPLICA EXTENDER LA REPRESENTACIÓN A PERSONAS INEXISTENTES?

*Resolución de 22 de diciembre de 1950 («B. O.» de 14 de febrero de 1951.)*

Don Ramón Orellana Noguera otorgó testamento el 14 de julio de 1930 ante el Notario de Sevilla don Francisco Monedero Ruiz, en el que instituyó heredera universal en usufructo vitalicio a su esposa, doña Trinidad Ruiz García, y dispuso que, al fallecimiento de su citada esposa pasaran los bienes de su herencia, también en usufructo vitalicio, a su sobrina política doña Trinidad Broquetas Ruiz, de trece años de edad; y al fallecimiento de ésta, pasara el pleno dominio de los bienes objeto del usufructo a los hijos o descendientes legítimos, que dejará la usufructuaria, doña Trinidad Broquetas, o en su defecto a los herederos testamentarios o legítimi-

mos de la misma, a todos los cuales instituye desde luego nudos propietarios». Don Ramón Orellana Noguera, falleció el día 21 de febrero de 1932, y como consecuencia de la partición de sus bienes se adjudicaron, entre otros, a doña Trinidad Ruiz García el usufructo vitalicio de una participación proindivisa de 12.482,50 pesetas en el valor total de 82.140 pesetas dado a la casa número 62 de la Alameda de Hércules, de Sevilla, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Doña Trinidad Ruiz García falleció el 19 de junio de 1937, por lo que el usufructo vitalicio pasó a doña Trinidad Broquetas Ruiz de conformidad con lo establecido en la cláusula anteriormente transcrita del testamento de don Ramón Orellana, y doña Trinidad Broquetas, previa autorización judicial por ser desconocidas las personas llamadas a la nuda propiedad de la participación que usufructuaba en la indicada finca, la vendió a otro participante del dominio, que la requirió al efecto para cesar en el condonamiento, conservándose el precio recibido, 12.482,50 pesetas, en poder del Notario autorizante de la escritura, don Joaquín Muñoz Casillas, para su inversión en valores del Estado con arreglo a lo dispuesto por el Juzgado, depositándose títulos de la Deuda por valor de 14.000 pesetas nominales, que fueron comprados en el Banco de España a favor de doña Trinidad Broquetas Ruiz, como usufructuaria, y de los hijos o descendientes legítimos que dejase dicha señora a su fallecimiento, y en su defecto, de los herederos testamentarios o legítimos de la misma, como nudos propietarios.

Presentada para su inscripción en el Registro primera copia de la escritura de venta se puso a continuación de la misma la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento sólo en cuanto al usufructo de la participación proindiviso de doña Trinidad Broquetas Ruiz al folio 232 vuelto del tomo 665, libro 102 de la segunda Sección, finca número 3.661, inscripción sexta, y no admitida la inscripción de la nuda propiedad por no aparecer inscrita a favor de los transmitentes por ser inciertas las personas a quienes, conforme al testamento de don Ramón Orellana Noguera, pueda corresponder el pleno dominio».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación del auto presidencial, declara no inscribible la misma en cuanto a la nuda propiedad, en méritos de la docta doctrina siguiente:

Que constituye règle general en el ordenamiento jurídico vi gente, aunque carece de la formulación expresa que tiene en otras legislaciones civiles extranjeras, la de que el heredero ha de existir en el momento de la apertura de la sucesión, porque entonces es cuando debe apreciarse su capacidad para suceder al *de cuius*, y este criterio, que goza de unánime aceptación en la dogmática civil, se halla también reconocido por la jurisprudencia patria; viene a ser *conditio iuris* del llamamiento y obliga en principio a examinar con máxima cautela los llamamientos hereditarios hechos a favor de los *nasciturus nundum concepti* que no revistan la forma expresamente consignada en el artículo 781 del Código civil.

«Que la necesidad dé que al operarse la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios exista una persona que pueda hacerse cargo de ellos, y que la determinación de la capacidad presupone la personalidad y las razones prácticas que aconsejan que los bienes no permanezcan durante largo tiempo en manos ajenas, han motivado la exigencia aludida, cuyo rigor fué atemperado en diversos sistemas legislativos, tanto por la facultad reconocida a los padres para legar o donar a los hijos bienes, con la carga de que los transmitan a los que tengan nacidos o por nacer, solamente en primer grado, como por atribución del carácter de sustitución fideicomisaria a todas las instituciones hechas a favor de los no concebidos al abrirse la sucesión, y lo mismo se prohíba o se admita la atribución fideicomisaria, mediante la facultad de que puedan adquirir por testamento los no concebidos que nacieran de persona que viva al morir el testador;

Que este mismo sentido de flexibilidad puede inferirse en los supuestos de delación retardada de la herencia, reproducida o deferida, cuando se estimé la institución de los nacerán hecha bajo condición suspensiva, sistema que por la laguna de nuestro ordenamiento jurídico para la tutela y protección de tales situaciones requeriría de ser admitido decidir afirmativamente la licitud de tal condición, convirtiendo el elemento accidental del negocio jurídico en esencial, para concluir que el sujeto del derecho subjetivo no es un requisito fundamental cuando el derecho sea condicional;

Que planteada la cuestión debatida en tan concretos términos, puesto que la calificación registral se limita a denegar la inscripción de la nuda propiedad, por estimar inciertas las personas a las

que haya de corresponder en su día el pleno dominio; es decir, no hallarse inscrito el derecho que se transmite, de conformidad con lo prevenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cabría estimar creada por la indeterminación temporal en los sujetos una situación jurídica de pendencia durante la cual se evitaría la indefensión y abandono de los bienes e intereses de los *concepturus*, mediante una titularidad interina conferida a la usufructuaria, que salvaría la anónima concesión de plenos poderes dispositivos a la misma y el obstáculo que implica extender la representación a personas in-existentes.

Por último, que aun cuando se prescindiera del valor que es necesario atribuir a la voluntad del testador, ley de la sucesión, y en virtud de una analogía, más o menos forzada, se consintiera que la usufructuaria como administradora de los bienes de la herencia tenía facultades dispositivas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 804 del Código civil, en relación con el 186, que preceptúa los requisitos de la enajenación por el representante legítimo del ausente en este expediente concurren las siguientes circunstancias de trascendencia decisiva para su resolución: a), que la sobrina y heredera del causante, doña Trinidad Broquetas Ruiz, menor de edad, emancipada, soltera, usufructuaria de una participación de la casa de referencia, acompañada de su madre, como presunta nuda propietaria, acudió al Juzgado y alegó que había sido requerida por los demás copartícipes en la finca para que se aviniera en la división, y a fin de evitar el juicio declarativo correspondiente solicitó autorización para enajenar, que concedió el Juzgado en una resolución que tal y como se transcribe en el testimonio del auto, inserto en la escritura, impide conocer sus fundamentos legales; b), que se ratificaron en el expediente tanto la menor como su madre, doña Carmen Ruiz García, quien prestó también el consentimiento y licencia necesaria para poder llevar a cabo la enajenación; c), que ocho años después de haberse obtenido la autorización judicial se formalizó la enajenación, hallándose entonces casada la usufructuaria, y en tan largo lapso de tiempo es muy razonable presumir que puedan haberse alterado sustancialmente las circunstancias en que se fundó el Juez, aunque sea de carácter permanente la alegada indivisión de la finca, que por sí sola no puede motivar el derecho de disposición por la mera probabilidad de ejer-

cicio de la *actio comuni dividendo*; y d), haberse verificado la venta sin la pública subasta y previo avaluo preceptuados por el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número primero del 2.011 y 2.046, de conveniente aplicación, para, operar en tan delicados supuestos con las mayores garantías, alejar toda sospecha de acuerdo fraudulento y evitar perjuicios a los interesados.»

Si tuviésemos nosotros un precepto como el artículo 694 del Código italiano de 1942, que dice así:

«La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo la reinversión del precio obtenido.

» También puede, con las necesarias cautelas, autorizar la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes, en garantía de créditos destinados al mejoramiento y transformación de los fondos.»

Con una norma semejante —repetimos, siguiendo a González Palomino, del que copiamos el precepto italiano citado—, no se plantearían problemas como el de la Resolución precedente.

Para algún autor —autor de máxima autoridad: Roca Sastre—, la cuestión no es insuperable.

La aplicación de la doctrina de la subrogación real a los bienes sujetos a fideicomiso —dice, «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, núm. 385, abril 1949— o a una prohibición de enajenar, no puede ser más fundamentada, siempre, claro está, que en cada caso responda a una razón de utilidad (o de necesidad) y que se efectúe con las debidas garantías que impidan lesión a terceros interesados.

Un caso frecuente de utilidad se da cuando se trata de bienes de escasa o nula rentabilidad (solares, por ejemplo), con cuya permuta o con el dinero de su venta puedan adquirirse otros de rentabilidad segura o mayor. Los intereses del fiduciario y fideicomisario quedan favorecidos o mejorados, lo cual estará seguramente acorde con el pensamiento del causante, ya que hay que suponer que éste no quería condenar a sus herederos o legatarios a conservar unos bienes que poco o nada producían y que incluso su tenencia podría reportarles perjuicios.

Admitida en estos casos la figura de la subrogación real —añade— (pero cuál, la que nuestro autor, admirado autor, denomina *institucional*, o sea la que actúa sin necesidad de precepto especial de la ley ni de convención de los particulares interesados?), pág. 288. Así, en principio, es convincente. Su parte vulnerable es su contraste con el articulado del Código, admitida, repetimos, según Roca, dicha figura, el medio adecuado sería la intervención judicial, en acto de jurisdicción voluntaria, en cuyos expedientes deben, a su juicio, ser citados los fideicomisarios o interesados, y como éstos pueden ser personas desconocidas o inciertas, e incluso muchas veces puede tratarse de *nascituri*, entonces lo procedente es citar a todos mediante los oportunos edictos y que el Ministerio Fiscal intervenga en el procedimiento.

Con anterioridad al estudio de Roca, otro ilustre Notario, don Manuel de la Cámara, en un magnífico trabajo publicado en la citada Revista —números 376-377 (julio-agosto 1948), «Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria»— había llegado a idéntica conclusión por lo que respecta a los bienes afectos a dicho supuesto (aunque sin mencionar dicha teoría).

La solución de la partición —sin amenaza de resolución— la ve Cámara en los artículos 801 al 804 del Código civil, y especialmente en este último precepto, que regula las funciones del administrador de los bienes de la herencia referida bajo condición suspensiva.

Y a la objeción que pudiera hacérsele de que si bien los fideicomisarios son herederos sujetos a condición suspensiva, *el fiduciario no es un administrador de la herencia*, advierte que no se trata de sostener la identidad entre la posición del fiduciario y la del administrador de la herencia, sino sólo de buscar la coincidencia de la función de ambos, en un determinado momento, que sea suficiente para justificar la aplicación, con relación a dicho momento, al primero, de normas relativas al segundo.

En cuanto a la enajenación, sin que igualmente queden afectos los bienes del fideicomiso de condición resolutoria, señala Cámara que el control de la finalidad subrogatoria que debe presidir la enajenación, el de la solidez de la inversión, proyectada y su efectiva realización, que es lo que elimina el peligro que pueden correr los fideicomisarios, se obtiene sometiendo la enajenación a la exigencia

de la autorización judicial. Y de los artículos 804 y 186, aplicados a estas hipótesis, resultará que para que el Juez conceda su autorización, será menester que se acredite la necesidad de la enajenación, debiendo, además, al concederse dicha autorización, especificarse el empleo que haya de darse a la cantidad obtenida (párrafo 3.º, art. 186 C. c.).

González Palomino —tan original como culto—, al que al principio aludimos, en su magistral conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, en el verano de 1948, tras alardes de ingenio, que cautivan, siquiera por lo inesperados, con algunos no se puede estar en un todo conforme (!), llega la misma conclusión. Pero su investigación del problema arranca de la realidad histórica del mayorazgo castellano. ¿Si los bienes amayorazgados podían enajenarse con determinados requisitos y determinadas circunstancias, y era lo más, por qué no hacer lo mismo con los pseudousufructuados, que es menos? La enajenación o gravamen de los bienes ha de regirse por el artículo 186, lo que evitará la necesidad de la subasta, a más de la autorización judicial. Lo que sí *aconseja* es alguna tasación judicial. El Juez, al autorizar la enajenación o el gravamen, determinará el empleo de la cantidad obtenida (artículo 186), y el fiduciario debe dar cuenta al Juzgado de la inversión; igual que se hacía en vida del mayorazgo. Naturalmente, que todo esto, precedido de un estudio acertadísimo y previo de la Sentencia de 17 de marzo de 1934, con su referencia al artículo 801, exégesis del artículo 804, etc., etc.

\* \* \*

(1) Tal, por ejemplo, cuando afirma, refiriéndose al núm. 3 del artículo 513 del Código civil que el usufructuario adquiere la cosa por abandono del dueño o nudo propietario. Para nosotros, según expusimos en nuestra conferencia sobre «El abandono en la hipoteca», la propiedad principal nunca se integrará por una suerte de derecho de accesión con lo que sin ella es inconcebible, aunque vieramos una excepción en el original artículo 599, que, como excepción, no se debe generalizar. El mismo GONZÁLEZ PALOMINO nos da la razón, pues dice —pág. 64— que el usufructuario adquiere la cosa por *ocupación*, es decir, no por usufructuario, sino como ocupante. Y si se trata de su *pseudo-usufructo* porque el fiduciario es heredero y cuando consolida los bienes es como tal en los supuestos del artículo 759, en relación con el 784, o sea, cuando el fiduciario está sujeto a condición. Recomendamos como uno de los trabajos más sugestivos producidos por este gran jurista que es GONZÁLEZ PALOMINO, al que venimos refiriéndonos, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuarios». Editorial Reus, 1950.

... Ciñéndonos a la Resolución que nos ocupa, nosotros, —acaso optimistas— creemos ver en ella una franca acogida de la doctrina expuesta. Del último y fundamental— Considerando deducimos que de no darse las circunstancias del tiempo transcurrido —ocho años— desde la autorización judicial a la efectividad de la venta con el peligro clarísimo de que las razones de utilidad y necesidad en que se apoyara dicha autorización hubiesen variado; ser entonces —al pedirse la autorización al Juzgado— soltera la pseudo usufructuaria (se nos ha «pegado» el lenguaje y la técnica de González Palomino) y casada en el momento de la venta, y verificarce ésta sin pública subasta, la Dirección hubiera abierto camino a la fuerte —por lo necesaria— corriente doctrinal de la enajenación de bienes de fideicomiso.

Las palabras con que se inicia el mismo Considerando abonan nuestra opinión. Porque «el valor que hay que atribuir a las palabras del testador», no puede ser otro sino que tanto el primero, como el segundo llamado a la herencia obtengan utilidad, ventaja y beneficio de sus bienes; ello unido a la alusión clara, directa —cita, mejor— de los artículos 804 y 186 del Código civil en los que se apoya la doctrina, nos inducen, afirmamos una vez más, a la esperanza de ver definitivamente despejado el camino. Por si no bastara, ¿cómo interpretar lo expresado al final del anterior Considerando —penúltimo de la Resolución—, que hemos consignado de encabezamiento?

Recordemos lo escrito por CÁMARA: *El fiduciario no es un administrador de la herencia*, pero hay que buscar la coincidencia de la función del mismo con el administrador de ésta, para justificar la aplicación en tal momento al fiduciario de los preceptos, porque se rige el que administrará.

¿No va más lejos la Dirección? Sus palabras —doctísimas, palabras— eliminan uno de los problemas más graves a su vez? el de la representación de los no concebidos sobre qué tanto se ha escrito (véase a más de los citados ROCA, CÁMARA y GONZÁLEZ PALOMINO, en LACAL, esta Revista, 1947, pág. 252 y ss. «El tema de los "nouveau concepti"»).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑÓ  
Registrador de la Propiedad