

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

DERECHO FORAL CATALÁN.—INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONSTITUTIVA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISORIA «SINE LIBERIS DECESSERIT».

¿PREMUERTA LA SUSTITUTA LLAMADA, DEBEN ADQUIRIR LA HERENCIA TODOS LOS HIJOS DE ÉSTA EN LA MISMA PROPORCIÓN IGUALITARIA QUE SI SE TRATASE DE LA HERENCIA INTESTADA, O CORRESPONDE LA MASA HEREDITARIA AL HIJO Y HEREDERO TESTAMENTARIO DE LA PREFALLECIDA SUSTITUTA?

AL REGISTRADOR LE ESTÁ PERMITIDO EXAMINAR, PARA UNA MÁS ADECUADA Y PERFECTA CALIFICACIÓN, OTROS DOCUMENTOS RELATIVOS A LOS MISMOS BIENES, PRESENTADOS EN EL REGISTRO Y PENDIENTES DE DESPACHO.

Resolución de 31 de marzo de 1950. (B. O. de 8 de mayo.)

Don Miguel Tell Gallisá falleció el 23 de noviembre de 1885 bajo testamento autorizado por el Notario de Valls, don Miguel Garriga Prats, el 14 de mayo de 1884, en el cual se contiene, entre otras, la siguiente cláusula: «Y de todos sus bienes, muebles e inmuebles, voces, derechos y acciones, presentes y venideros y de los que fueron de su difunta esposa doña Faustina Bonanat y Durán, instituye heredero universal a su hijo Ramón Tell y Bonanat, el cual, si muere con hijos o descendientes legítimos y naturales uno o más que lleguen a la edad de testar, pueda libremente disponer de la herencia y en caso contrario sustituye y herederos instituye a sus otros hijos Estanislao, Faustina y Luisa Tell y Bonanat; a sus

nietos José María y Concepción Ifern y Tell y a su otra hija Carmen Tell y Bonanat, a saber, los hijos *in cápite* y los nietos *in stirpes*, no a todos juntos, sino el uno después del otro, según se hallan llamados y todos con la misma condición impuesta a su hijo Ramón, pudiendo el último de sus hijos que llegue a heredar sus bienes disponer de la herencia libremente. Declara el testador que si al tiempo de haber de heredar sus bienes cualquiera de sus hijos se hallase premuerto, pero hubiese dejado hijos o descendientes legítimos o naturales, quiere que éstos entren a suceder en lugar de su padre o madre, según se hallasen llamados a ello, sin que esta cláusula pueda servir de fideicomiso a sus nietos, sí sólo de providencia para lo sucesivo. Para el único y exclusivo caso de que viniese a tener lugar la sustitución de herencia a favor de su hija Faustina por fallecimiento sin hijos legítimos o descendientes en edad de testar de sus otros hijos Ramón y Estanislao, deja como legado especial a su hija Carmen Tell y Bonanat, y ella premuerta a sus hijos, la cantidad de diez mil libras, o sean veintiseis mil seiscientas sesenta y seis pesetas sesenta y siete céntimos, pagaderas en dinero o fincas, a elección de dicha Faustina o de sus herederos».

El primer heredero instituido, don Ramón Tell Bonanat, falleció el 22 de julio de 1911, sin hijos, por lo cual hizo tránsito el fideicomiso al primer sustituto, don Estanislao, a cuyo favor se inscribieron los bienes en el Registro de la Propiedad, que continuaron afectos al fideicomiso condicional para el caso de que falleciera sin hijos, lo cual sucedió el 17 de septiembre de 1945; el fideicomiso habría correspondido a su hermana doña Faustina, sustituta en segundo término, pero ésta premurió a don Estanislao el día 28 de diciembre de 1922, dejando cinco hijos legítimos, llamados don Ramón, don Faustino, don José María, doña Asunción y doña Marina Cosidó Tell.

Esta dirigió instancia al Registrador de la Propiedad de Valls, descriptiva y valorada de los bienes inmuebles afectos al fideicomiso, y solicitó la anotación preventiva a su favor del derecho hereditario en una quinta parte del caudal relicto. Dicha instancia fué calificada por nota del tenor siguiente: «Denegada la anotación del derecho hereditario solicitado en el precedente documento —al que se han acompañado las certificaciones de defunción de don Estanislao y doña Faustina Tell Bonanat, y la de nacimiento de la solicitante—,

por no acreditar debidamente que esta última se halle llamada a la herencia de su premuerta madre, la citada doña Faustina Tell Bo-uanat, como parece exigirse en la cláusula testamentaria en que fundamenta su petición; y resultando de documentación presentada y existente en este Registro, examinada en relación con los asientos del mismo, que las cualidades de descendientes legítimos y causahabientes de la repetida doña Faustina concurren en personas distintas de la solicitante, se considera insubsanable la falta señalada, por lo que no procedería tomar anotación preventiva de suspensión, aunque se hubiera interesado.»

Para el debido conocimiento de los hechos precisa añadir que de los documentos existentes en el Registro a que hace alusión en su nota el Registrador, y cuyo examen solicita la recurrente en su meritísimo escrito sean revisados por la Superioridad, resulta lo siguiente :

Que doña Faustina falleció el 28 de diciembre de 1922 y nombró heredero universal y libre a su hijo don Ramón Cosidó Tell, en testamento otorgado el 30 de octubre de 1917 ante el Notario de Valls, don José Selva y Lorit; dicho heredero falleció el 5 de mayo de 1927, bajo testamento otorgado ante el mismo Notario el 3 de julio de 1924, en el que legó a sus hijos Raimundo, María del Carmen y Francisca Cosidó Dasca y a los demás que nacidos o póstumos dejase tal vez el día de su fallecimiento, lo que pudiera corresponderles por derechos legitimarios paternos, instituyendo en todos sus demás bienes heredera universal a su esposa doña Carmen Dasca Moretó. Esta falleció el 4 de septiembre de 1929, bajo testamento otorgado el 14 de junio de 1927, ante el repetido Notario, en el cual instituyó heredero de los bienes procedentes de su marido a su hijo don Raimundo Cosidó Dasca, libremente, y en cuanto a los demás bienes instituyó herederos por partes iguales a sus tres hijos Raimundo, Carmen y Francisca, a sus libres voluntades. Por último, Raimundo Cosidó Dasca falleció en fecha imprecisa, después del 17 de diciembre de 1936, bajo testamento otorgado el 20 de mayo de 1935 ante el Notario de Valls, don Joaquín Barraquer, único que otorgó, en el cual nombró usufructuaria vitalicia de todos sus bienes a su tía doña Asunción Cosidó Tell e instituyó herederas universales por iguales partes y a sus libres voluntades, a sus hermanas Carmen y Francisca.

Salta, pues, a la vista la contradicción de Títulos.

Entablado recurso por doña María Cosidó Tell, para que se declare la procedencia de extender la anotación preventiva que solicita, la Dirección confirma el Auto del Presidente, que ratificó la nota del Registrador, mediante la razonada doctrina siguiente:

«Que el apartado inicial de la cláusula testamentaria de institución de heredero, transcrita en el primer resultando, está redactado con arreglo a los términos habitualmente usados en Cataluña para las frecuentes sustituciones fideicomisarias *sine liberis decederit*, según las cuales el testador instituye heredero al hijo primogénito y, para el caso de que éste fallezca sin hijos o que éstos no alcancen la edad de testar, llama a otro hijo, y así sucesivamente a los demás hermanos, imponiéndoles el mismo gravamen restitutorio hasta que se purifique la sustitución en favor de alguno o, en su defecto, llegue a corresponder la herencia al último hijo, el cual será heredero libre; con lo que se establece una serie encadenada de instituciones cuyo orden prefija, dentro de las normas legales y conforme a las seculares prácticas de la región, la expresa o conjetural voluntad del causante, fundamental ley sucesoria;

Que en el segundo apartado de la misma cláusula el testador previó el supuesto de que, al tiempo de heredar, hubiese premuerto cualquiera de sus hijos o hijas y dispuso que, en tal caso, los descendientes del fallecido «entren a suceder en lugar de su padre o madre, según se hallasen llamados a ello», con lo cual eludió el discutido problema de los hijos puestos en condición, es decir, si la existencia de nietos que lleguen a la referida edad constituye sólo condición precisa para que el hijo quede liberado de la sustitución fideicomisaria o si, además de ser el elemento de hecho de la condición, implica una sustitución vulgar *in fideicommissum*; y, por consiguiente, en el presente caso, no hay necesidad de acudir a las numerosas conjeturas estudiadas por antiguos y modernos tratadistas catalanes;

Que en los casos de sustituciones como el expresado se crean derechos a favor del heredero del fideicomisario cuando éste muera antes de llegar el día de la restitución de los bienes, porque con el fallecimiento de cada hijo se reproduce, en cierto modo, la situación originada por la primitiva delación hereditaria, como resultado del funcionamiento de la condición resolutoria y reviste plena eficacia

la cláusula en la cual el *de cuius* disponga que la sustitución del premuerto hijo por su heredero tenga lugar, ya cuando la sucesión se abra, ya cuando quede vacante por cumplimiento de la condición, esto es, al morir el causante o cualquier fiduciario;

Que en este recurso se plantean problemas, uno de fondo y otro de procedimiento; el primero, sobre la interpretación de la copiada frase relativa a los nietos, «según se hallasen llamados a ello» para determinar si, como afirma la recurrente, por premoriencia de la hija doña Faustina, deben adquirir la herencia todos los hijos de ésta, en la misma proporción igualitaria que si se tratase de la herencia intestada de su madre o si, como sostienen el Registrador y el Presidente de la Audiencia, la persona a quien corresponde la masa hereditaria es el hijo y heredero testamentario de la sustituta premuerta; y, el segundo problema, es el de si para la calificación pueden los Registradores examinar documentos que causaron un posterior asiento de presentación referente a los mismos bienes;

Que no obstante los arcaísmos, omisiones, anfibologías, oscuridades y defectos gramaticales de que adolecen en mayor o menor medida algunas cláusulas que, como la discutida, regulan las sustituciones fideicomisarias catalanas, se justifica la procedencia de la nota impugnada y del auto presidencial por los siguientes motivos: a) del empleo de la frase referente a los nietos «según se hallasen llamados a ello», inmediata a las palabras «entren a suceder en lugar de su padre o madre», se deduce que la intención del causante fué que la herencia pasase al nieto que, en la hipótesis formulada por el testador, hubiera sido instituido heredero por la hija doña Faustina; b) en la tradicional organización familiar catalana, la concentración del caudal relicto en un solo heredero, hijo o nieto, armoniza mejor que el fraccionamiento, fomenta el progreso agrícola, da estabilidad y arraigo a la familia e impide los inconvenientes de los minifundios dimanantes de la excesiva parcelación del suelo; c) es general en Cataluña que los testadores llamen, cuando fallezca cualquiera de los hijos antes de adir la herencia, al heredero del premuerto; y locuciones semejantes a la copiada, más o menos imperfectas en la forma, se encuentran en muchos testamentos cuya interpretación motivó recursos, judiciales e hipotecarios, figurando una cláusula de fondo análogo en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de julio último; d) en el apartado tercero de la re-

petida cláusula, para la acaecida eventualidad de que muriesen sin descendencia los dos primeros hijos del testador, don Ramón y don Estanislao, ordenó aquél una pensión a favor de su hija doña Carmen, pagadera «en dinero o en fincas, a elección de Faustina o de sus herederos» y es clara la correlación entre la carga y la sustitución fideicomisaria; e) la palabra heredero se usa en la vida jurídica y familiar catalana separadamente y, en ocasiones, en contraposición con la de hijos, al contrario de lo que sucede normalmente en territorio de derecho común, en el que no suele hacerse distinción entre heredero y legitimarios, y es excepcional que todos los hijos no sean instituidos herederos simultáneos y por partes iguales; f) es preocupación en Cataluña, latente o explícita en testamentos y capitulaciones matrimoniales, evitar, en todo caso, los intestados; g) si doña Faustina hubiera fallecido después de sus dos nombrados hermanos, es evidente que la herencia del abuelo hubiera sido para el nieto, heredero de aquélla; y es lógico inferir que, por la mera circunstancia de haber premuerto la hija a sus hermanos, la intención del abuelo esté conforme con que no se altere en el nieto la trayectoria hereditaria unipersonal que había prevenido para la hija, comúnmente seguida en el país, aun prescindiendo de que, como se expresa en alguna Resolución, los abuelos sienten a veces más vivo afecto por sus nietos que por sus hijos; h) ni la frase *in stirpes* de la cláusula no contradice lo expuesto y debe ser entendida en conexión con las palabras siguientes: «no a todos juntos, sino el uno después del otro» acomodadas a la indicada trayectoria; i) cuando se purifica la sustitución a favor de alguno de los llamados o, por eliminación de los anteriores, hereda el último, éste se convierte en heredero libre y, en su consecuencia, queda a su arbitrio la plena disposición, a título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes hereditarios, pudiendo conservar o no todo o parte de la herencia, y j) el hecho de que tales bienes hubiesen pasado a personas extrañas a la familia del fundador del fideicomiso no invalidaría lo dispuesto por el heredero libre en el ejercicio de su derecho, si bien es interesante consignar que, en el caso actual, dichos bienes permanecen en la línea recta descendente del fideicomitente, según consta en el informe del Registrador, ajustado al contenido de documentos obrantes en su oficina.

En cuanto al problema de procedimiento hipotecario, consistente

en si los Registradores deben examinar otros documentos, relativos a los mismos bienes, presentados en el Registro y pendientes de despacho, esta Dirección General ha declarado reiteradamente, en indudable armonía con los principios hipotecarios de legalidad y de buena fe, que dichos funcionarios están facultados para tener presentes tales documentos, con la finalidad de procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles o ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados.

Que este mismo criterio inspiró la Resolución de 26 de junio de 1930, dictada en recurso gubernativo procedente también de Cataluña, confirmatoria de la nota del Registrador que denegó la inscripción de una escritura de inventario, en la cual se incluían bienes fideicometidos, por entender este Centro directivo, de conformidad con la calificación, que un nieto del fundador del fideicomiso—hijo mayor de una sustituta, la cual, como en el caso ahora controvertido, sobrevivió al padre y al primer fiduciario y premurió al segundo—tenía preferente derecho y que, en su virtud, debía inscribirse a favor del nieto otra escritura de inventario otorgada por éste, comprensiva de los mismos bienes, presentada en el Registro doce días después de aquélla.

Por último, que según constante jurisprudencia recogida en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, la calificación registral se entiende limitada a los efectos de practicar, suspender o denegar la operación solicitada, y no impide que los interesados ventilen su derecho ante los Tribunales de Justicia, ni prejuzga el resultado del pleito, toda vez que un recurso gubernativo, suficiente a los mencionados efectos, no equivale a un debate judicial tramitado con la amplitud de alegaciones, pruebas y recursos que regula la Ley Procesal y, principalmente, con la intervención de los interesados, cuya defensa, en casos como el de que se trata, resulta, de hecho, confiada indirectamente al Registrador.»

* * *

Con su habitual cautela, reveladora, por otra parte, de desapasionamiento e imparcialidad, recuerda el Centro directivo en el último de sus Considerandos que la difícil cuestión planteada en el pre-

cedente recurso pueden resolverla los interesados en los Tribunales de Justicia, pues la nota calificadora ni aun el recurso prejuzgan nada...

Hemos hecho alusión anteriormente al meritisimo escrito de la recurrente. Siendo el fideicomiso catalán doblemente condicional—dice ésta—y radicando la entraña de la transmisión a tercero en el *dies cedens*, que en los condicionales es el día del cumplimiento de la condición, no el del fallecimiento del testador, cuando el sustituto muere antes de la delación hereditaria no adquiere derecho alguno a la herencia ni lo transmite a sus herederos. Por tanto, doña Faustina, prefallecida a don Estanislao, no adquirió derecho alguno a la herencia ni pudo transmitirlo a sus herederos.. Los hijos—todos—de doña Faustina sí que son los llamados a la herencia de su abuelo, *pero por las reglas del abintestato*.

Por otra parte, aun dando por supuesta la facultad en doña Faustina de elegir heredero fideicomisario, tal facultad habría quedado inoperante dada la trayectoria seguida por la herencia. En efecto, la interferencia de doña Carmen Dasca, esposa que fué de don Ramón Cosidó Tell—hijo de doña Faustina—, persona—la doña Carmen— que no reunía la cualidad de descendiente, va contra la razón de ser del fideicomiso catalán *sine liberis decesserit*, que admite cualquier conjetura antes que permitir que los bienes salgan de la descendencia del testador.

Del informe del Registrador su mejor elogio es consignar que se halla recogida en su mayor parte por el Centro directivo, el cual—conviene resaltar— después de conceptualizar *heredero libre* (véase letra j) del magnífico discriminatorio Considerando quinto) al hijo de doña Faustina, don Ramón Cosidó Tell, expresa lo interesante que es dejar sentado que los bienes permanecen en la línea recta descendente del fideicomitente.

Respecto a la Sentencia a que se hace alusión en la letra c) de dicho Considerando quinto, puede consultarse en la página 57, número 394, enero último de la *Revista de Derecho Privado*, remitiendo asimismo al lector a lo escrito por Roca en las páginas 40, 43 y siguientes, en cuanto al fideicomiso condicional y el de *sine liberis decesserit*, en sus *Estudios de Derecho Privado* (tomo II).

PRETERICIÓN. — SON INSCRIBIBLES LAS OPERACIONES DIVISORIAS EN QUE LOS INSTITUIDOS HEREDEROS RECONOCEN A LOS DESCENDIENTES PRETERIDOS EL MISMO DERECHO QUE SI, POR DECLARACIÓN JUDICIAL, DE NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN, SE HUBIESE ABIERTO TOTAL O PARCIALMENTE LA SUCESIÓN INTESTADA.

Resolución de 10 de mayo de 1950 (B. O. de 3 de junio.)

Los cónyuges don José Moreno Carrasco y doña María Antonia Ramos Camacho, fallecieron, respectivamente, el 8 de noviembre de 1937 y el 19 de agosto de 1938, bajo testamentos que habían otorgado el 30 de octubre de 1928, ante el Notario de Villanueva de la Serena, don José de la Riva Acero. Ambos consortes instituyeron herederos a los cuatro hijos que vivían en la fecha del otorgamiento, don Antonio, doña Beatriz, doña Petra y doña Vicenta y se legaron el tercio de libre disposición.

La hija doña Beatriz falleció el 8 de febrero de 1931, en estado de casada con don Diego Corraliza Romero, dejando dos hijas del matrimonio llamadas doña Patrocinio y doña Antonia. La primera de éstas murió el 17 de abril de 1936.

El hijo don Antonio Moreno Ramos falleció el 9 de febrero de 1936 dejando de su matrimonio con doña Lorenza Segador Rubio cuatro hijos llamados doña Jenara, doña Angeles, don Manuel y doña Margarita.

Las dos hijas de los causantes doña Petra y doña Vicenta Moreno Ramos y los cinco nietos doña Antonia Corraliza Moreno y doña Jenara, doña Angeles, don Manuel y doña Margarita Moreno Segador, todos mayores de edad, y asistidas de sus maridos la tercera y cuarta, otorgaron el primero de julio de 1946 escritura de aprobación y protocolización de operaciones divisorias del caudal relicto integrado por tres fincas rústicas valuadas en seis mil pesetas y se adjudicaron fincas o participaciones de fincas estimadas en mil quinientas pesetas a cada una de las dos hijas, en mil quinientas pesetas a la nieta doña Antonia Corraliza Moreno y en trescientas setenta y cinco pesetas a cada una de las otras cuatro nietas.

Presentada en el Registro copia parcial de la escritura expedida a favor de las dos hijas y de aquella nieta, acompañada de los co-

rrespondientes documentos complementarios, se extendió a continuación de la misma la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que antecede, por no ser válida la institución de herederos hecha en el testamento que sirvió de base al mismo, al haber en tal testamento herederos preteridos y no estar éstos comprendidos en la Orden de 7 de julio de 1941. Adolece, además, del defecto de no justificarse la declaración de herederos abintestato hecha por el Juez competente, que es el único título que puede servir de base para hacer la partición.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura reseñada, que lo fué el de Cabeza del Buey, don Federico García Solís, como sustituto del de Villanueva de la Serena, lugar a su vez del Registro, la Dirección, con revocación del auto apelado, confirmatorio de la nota del Registrador, declara inscribible la repetida escritura mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que dados los términos en que está redactado el escrito de apelación, ajustados a lo prevenido en el inciso final del artículo 121 del Reglamento Hipotecario, el único problema que, congruentemente con la petición formulada, se debe resolver, es si la conformidad prestada por las dos hijas que sobrevivieron a los causantes y por los cinco nietos, hijos de los dos hijos premuertos, o sea por todos los legitimarios, basta para obtener la inscripción de los bienes relictos por sus padres y abuelos, quienes en sus testamentos instituyeron herederos, por partes iguales, a los cuatro hijos sin prever la posibilidad de su premoriencia, o si, por el contrario, es inexcusable que judicialmente, como consecuencia de la preterición de los nietos, se decrete la nulidad de las instituciones hereditarias y se haga la declaración de herederos abintestato de ambos ascendientes.

Que los importantes efectos derivados de la omisión de los descendientes en los testamentos han sido y son objeto de diferentes regulaciones en las legislaciones históricas y actuales de cada Estado, preceptuando unas la nulidad del testamento o solamente de la institución de herederos, limitándose otras a conceder a los descendientes no llamados el derecho a reclamar su legítima o la cuota sucesoria abintestato y subordinando algunas la eficacia de la institución a la circunstancia de ignorar el causante la existencia de los herederos forzosos al tiempo de otorgar el testamento.

Que en nuestra patria son también diversas las soluciones para los indicados casos de preterición de descendientes en algunas legislaciones forales y en la legislación común, en la cual el artículo 814 del Código Civil—sin la distinción que varios ordenamientos legales hacen según se trate de la línea recta ascendente o de la descendente, y con una laguna relativa a los cuasi póstumos, atribuida a una errata consistente en haber colocado la preposición «de» en vez del adverbio «aún» entre las palabras «después» y «muerto»—dispone que la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean «inoficiosas», es decir, que se afirma la validez del testamento y únicamente se estima nula la institución hereditaria.

Que el Tribunal Supremo ha declarado que, en los casos previstos en dicho artículo 814, la nulidad afecta únicamente a la cláusula del testamento, en la cual se omite a los herederos forzosos, y que, si los preteridos convienen con los instituidos en no impugnar la institución hereditaria y en distribuir y adjudicar los bienes, serán válidas las particiones del caudal relictivo, porque los interesados, según la Sentencia de 7 de noviembre de 1935, «pueden de común acuerdo, prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia».

Que, según la jurisprudencia hipotecaria, concordante con la civil, contenida en las Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910 y 31 de enero de 1913, son inscribibles las operaciones divisorias en que los instituidos herederos reconozcan a los descendientes preteridos el mismo derecho que si, por declaración judicial de nulidad de la institución, se hubiese abierto total o parcialmente la sucesión intestada, con lo cual se subsana lógicamente por hijos y nietos la imprevisión o descuido del testador, se acata e interpreta racionalmente la intención presunta de éste, no se vulneran los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que en muchas ocasiones, como la presente, consumirían toda o gran parte de la herencia.

Que en el caso discutido se aplicó rectamente el espíritu de la Ley de acuerdo con las orientaciones jurisprudenciales, por lo cual no se incurre en responsabilidad alguna al extender las inscripcio-

nes, ya que, en definitiva, habría de prevalecer la unánime voluntad de los siete herederos forzosos, todos mayores de edad, decisiva en la materia, según prescribe el artículo 1.058 del Código Civil.

Que la Resolución de 24 de enero de 1941, invocada lo mismo por el Notario que por el Registrador como favorable a sus tesis, no contradice, sino que implícitamente ratifica lo declarado en las tres citadas Resoluciones, porque, examinada atentamente, se observa que se refiere a un anómalo asunto, en el que un hijo menor de edad habido en el primer matrimonio de la madre, la cual había perdido la patria potestad por las segundas nupcias, era despojado de un tercio de la herencia paterna, que le habría correspondido en el caso de nulidad de la institución hereditaria, por una interpretación que rechazaron, fundados en motivos éticos y jurídicos, el Registrador, el Presidente de la Audiencia y este Centro directivo, toda vez que en el documento particional se incumplió el requisito de respetar íntegramente los derechos sucesorios del tutelado.

Por último, que la Orden ministerial de 7 de julio de 1941, mencionada en la nota del Registrador, fué dictada, como se expone en el preámbulo, para facilitar la ejecución del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, y es inaplicable al caso debatido porque se limita a determinar, conforme al texto del artículo, los efectos de las disposiciones testamentarias a favor «de algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional», y, además, este excepcional precepto no impide que, según se ha consignado, predomine la voluntad de los herederos forzosos en todos los casos de preterición.

* * *

Aunque el Notario recurrente en su bien pergeñado escrito de impugnación invita al Centro directivo a una declaración sobre el problema de la representación en la sucesión testada, nuestro ilustre órgano rector, cauto y realista a un tiempo, no solamente elude todo pronunciamiento respecto al mismo, sino que ni le menciona en sus Considerandos. Bástale con incidir en su tradicional doctrina—transcrita como encabezamiento de esta Resolución—en el quinto de aquéllos. Con esto si de momento queda resuelta la cuestión de

plantearse si no iguales parecidos e incluso más acusados casos, aquélla sigue en interrogante.

Ciñámonos al punto neurálgico: ¿Premuerto o ausente el heredero instituido, sus hijos, nietos del testador, heredan por representación o suceden directamente?

Giménez Arnau planteó el problema en esta Revista hace años. (Febrero, 1940. «El derecho de representación en la sucesión voluntaria».) Se muestra decidido partidario de su admisión de una manera fatal, esto es, sin los distinguos que nuestros clásicos comentaristas—Sánchez Román, Valverde, Castán—, hacen de la porción legítima, en que admiten tal representación, de la parte libre de herencia, que la rechazan. Y en el trance final de su original trabajo entiende «que la institución a favor del heredero que falta subsistiría y produciría plenos efectos, incluso hipotecarios, con la mera declaración de que se sucede por representación, robustecida con la justificación auténtica de la relación de parentesco».

De no admitir la existencia de representación—sigue escribiendo— «...hay que estimar que la situación es la de una sucesión abintestato, y, por consiguiente, la inscripción en el Registro de los bienes hereditarios requiere una declaración judicial de herederos».

Roca Sastre expresa que el derecho de representación no sólo es inadecuado en la sucesión testamentaria, sino innecesario, pues su cometido lo suple con ventaja la sustitución vulgar. (*Estudios de Derecho Privado*. Tomo II.) Los efectos destructores de la *preterición*, que se producen cuando promueve al testador el hijo instituido que deja estirpe no llamada por la *sustitución vulgar*, evita o salva los perjuicios que dicha premoriencia hubiera podido ocasionar a ésta.

Para Roca, en fin, la introducción de la representación sucesoria en la herencia testada desbarataría las líneas puras de la protección legitimaria, consagradas por el Derecho civil y por el Derecho romano.

De aquí la cautela ya señalada de nuestro Centro directivo al admitir—en el presente caso—«la lógica subsanación por hijos y nietos de la imprevisión o descuido del testador» (Considerando 5.º), que, sin embargo, decimos nosotros, con palabras del admirado Roca (p. 292, ob. c.), parece improcedente pensar que ocurra dada la per-

fecta organización del Notariado español, pues el funcionario autorizante tendría buen cuidado de advertir a los testadores la contingencia de premorir (o ser incapaz, o renunciar, etc.), cualquiera de los instituidos, con los peligros de preterición que dicha premoriencia entraña.

Sierra Bermejo (*El derecho de representación en la sucesión testada*. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo IV), estima que no hay que achacar a descuido o imprevisión del testador (contra lo que dice nuestra Dirección) el supuesto contemplado, sino a la *convicción de que tal hipótesis no precisa de normas testamentarias*.

Dedúcese de aquí su postura de la franca admisión del derecho de representación en la sucesión testada.

Partiendo —como ya hizo observar Giménez Arnau— de que los artículos 924 a 929 de nuestro Código Civil están tomados de los artículos 729 a 735 del Código Civil italiano, y éstos, a su vez, son casi una reproducción de los 739 a 744 del Código Civil francés, que por su concepción del derecho sucesorio es lógico incluya la materia en la sucesión intestada, el argumento basado de que la colocación dentro del Código del derecho de representación (Sección 3.^a, capítulo III, que lleva por rúbrica «De la sucesión intestada»), sólo en esta sucesión cabe aplicarle (así, por ejemplo, Albi Agero, «Derecho de acrecer entre herederos forzosos». Febrero, 1942. *Revista de Derecho Privado*, número 300, página 117), es tan poco fuerte, a juicio de Sierra, que en la sección precedente «Del parentesco» se formulan una serie de normas de aplicación general a otras materias, como expresamente, a los efectos de la computación de grados, lo reconoce el artículo 919, y como se deduce del mismo texto.

Por ello, estima es de apreciar lo ya apuntado por Novoa Seoane, de que la palabra *siempre*, que refuerza el sentido del artículo 925, se injerta para trasplantar con indudable rotundidad la representación en la línea descendente al seno de la herencia testamentaria.

Además, el artículo 929 habla claramente de la posibilidad de «representar a una persona viva en el caso de desheredación», y de la letra del 849 resulta para Sierra evidente que estamos frente a una institución jurídica que atañe, natural y ordinariamente, a las sucesiones intestadas, pero que puede intervenir e interviene con gran frecuencia en las testamentarias.

Otro artículo, el 1.038, es también para él claro exponente de su posición en la materia...

Refiriéndose al artículo 814 (pues no nos podemos detener en su meritísima exégesis de los 982, 985, 986), y tras de analizar lo expuesto por Albi Agero en el trabajo que dejamos citado, cuya lectura recomendamos, llega a afirmar que si se niega el derecho de representación en la sucesión testada, se producirá este paradójico y raro caso: no preterido un heredero forzoso, que premuere, con descendientes, hay nulidad de institución; y, en cambio, preterido uno de los hijos, que muriera antes que el testador, aun cuando dejare descendientes legítimos, no podría anularse la institución y éstos no recibirían nada en la sucesión de su abuelo, ya que el párrafo último del artículo 814 dice a la letra: «Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efectos.» (Pero éste no puede ser otro que el problema, la laguna, como dice el Considerando 3.º de la Resolución que comentamos, de los *cuasi-póstumos*, por otra parte contemplado y resuelto contra la artificiosa conclusión a que llega Sierra por la Dirección en 24 de enero de 1941. Y es que sino sería situarse en un círculo vicioso, pues *herederos forzosos* son los hijos y *descendientes legítimos* respecto de sus padres y *ascendientes legítimos* (art. 807, párrafo 1.º)

De más fuerza es su argumentación respecto a los artículos 196 y 751 del Código; mas todo ello se debela, a nuestro juicio, ante la potente afirmación de Roca de que el derecho de representación testamentaria es inadecuado, pues para suplirlo con gran ventaja se halla la sustitución vulgar.

Para concluir. Hemos aludido al principio al planteamiento de parecidos y *más acusados casos* que el de la Resolución que nos ocupa. Concretamente, al significativo que expuso Giménez Arnau del testador que instituye heredero universal a su único hijo que le premuere, dejando varios a su vez. La solución debe ser idéntica, pero apoyándose en esta Resolución, la Sentencia de 7 de noviembre de 1935, citada en la misma... Y, sin embargo...

Puede consultarse, además, la Resolución de 24 de enero de 1941 y nuestra nota a la misma en esta Revista, número 154, marzo 1941.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO . . .

Registrador de la Propiedad