

NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ACEPTACION Y MANIFESTACION DE HERENCIA OTORGADA POR LA USUFRUCTUARIA SIN QUE AL ACTO CONCURRAN LOS NUDO PROPIETARIOS NOMBRADOS EN EL TESTAMENTO.—NO ES POSIBLE CALIFICAR A LA USUFRUCTUARIA COMO HEREDERA —AUNQUE LO DIGA EL TESTAMENTO— POR IMPEDIRLO EL ARTICULO 510 DEL CODIGO CIVIL.—IGUALMENTE SE DESCARTA EL SUPUESTO DE FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LA EXISTENCIA DE UN PRELEGADO. (RESOLUCIÓN DE 24 DE ABRIL DE 1990; BOE DE 20 DE JUNIO DE 1990.)

Hechos.—I. Don Angel Robles Girón falleció el día 10 de mayo de 1975 bajo testamento abierto otorgado en Illescas el día 30 de abril del mismo año, ante el Notario don Juan García Atance, en estado de casado en únicas nupcias con doña Isabel Martín Castaño, sin dejar descendientes ni ascendientes. En dicho testamento legó en pleno dominio a su esposa los derechos que le correspondan en la casa de Illescas, calle General Varela, número 20, con todos los muebles y ropas de cualquier clase, condición y naturaleza que en ella existan. En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye heredera en usufructo vitalicio con relevación de fianza y con facultad de disponer, si lo necesitase, y siempre que ella hubiera vendido antes sus bienes propios, a su esposa; y en nuda propiedad y por iguales partes a sus cuatro hermanos doña Juliana, doña Obdulía, doña Policarpa y don Temístocles Robles Girón, y si alguno de éstos premuere al testador le sustituye con sus descendientes legítimos.

El día 15 de diciembre de 1986 la viuda del causante otorgó, ante doña Milagros Anastasia Casero Nuño, Notaria de Illescas, escritura de manifestación y aceptación de herencia de su esposo, adjudicándose los bienes inventariados conforme a lo dispuesto por el difunto en el citado testamento.

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Illescas fue calificada con la siguiente nota: Calificado el precedente documento, se observan los siguientes defectos: 1.º No acreditarse el fallecimiento de la nuda propietaria doña Juliana Robles Girón, ni quienes sean sus descendientes sustitutos. 2.º No concurrir a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la partición hereditaria, todos los herederos del cónyuge premuerto o quienes les hayan sucedido en sus derechos, conforme los artículos 1.410, 1.058 y 1.059 del Código Civil. Siendo el segundo defecto insubsanable, se deniega la inscripción del documento, sin que proceda anotación preventiva.—Illescas, 13 de agosto de 1988.—El Registrador.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1) Que en la escritura calificada no se vulneran en absoluto los artículos 1.410, 1.058 y 1.059 del Código Civil citados por el Registrador en su nota. Lo que ocurre es que el testamento del causante ha sido interpretado erróneamente por aquél, en forma que no es conforme con la voluntad del testador y, en consecuencia, el punto de partida del presente recurso gubernativo ha de resolver el problema de la interpretación del testamento, a fin de averiguar la verdadera voluntad del testador y, una vez descubierta ésta, no hay debate, sino aplicación de la Ley al caso concreto. En efecto, hay que aplicar lo establecido en el artículo 675 del Código Civil y hay que tener en cuenta que se trata de un testamento abierto notarial y, por consiguiente, la voluntad del testador está encauzada por la "jurisprudencia cautelar" del notariado; así pues, aplicando estos principios generales a una atenta lectura de las cláusulas testamentarias, coordinada con dicha jurisprudencia cautelar y utili-

zando, además, datos extrínsecos, se pueden extraer, entre otras, las siguientes conclusiones: a) está clara y expresa la voluntad del testador de nombrar heredera a su esposa, es decir, sucesora a título universal, con todas sus consecuencias; b) conectando la fecha del testamento con las de adquisición de los bienes integrantes de la herencia y la edad del testador y de su esposa en el momento del otorgamiento, se nos revela como mínimo que el testador sabía que su única legitimaria era su esposa, que él no tenía bienes privativos, que su esposa sí, y que su patrimonio estaba integrado exclusivamente por bienes gananciales inscritos e inscritos en el Registro de la Propiedad, y c) que rezuma del propio texto del testamento la idea de confianza del testador en su esposa y del deseo de aquél, de atribuir a la misma todas las facultades necesarias para que pudiese disponer de la herencia sin interferencias injustificadas, llegando el caso de necesitarlo. Ni siquiera nombró albaceas, o sea, prescindió del nombramiento de cualquier otra persona que pudiera tener atribuciones en la sucesión. En definitiva, el testador lo que quería es que su esposa heredase todos sus bienes, pero que éstos no pasaran en la familia de ella, sino a la del testador en caso de muerte prematura de la misma, sin que a ella le diera tiempo a disponer. 2) Que de la estricta nota del Registrador parece que éste se ha ceñido a una interpretación puramente literal y, en efecto, se tiene que conceder supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal, siempre que el texto de las cláusulas testamentarias no sea tan claro y expresivo que baste una simple lectura para establecer inequívocamente el propósito de aquél. Y es que la duda a que se refiere el artículo 675 del Código Civil puede estar originada no sólo por cláusulas oscuras o ambiguas, sino también porque sean inexpresivas o impropiaamente empleadas, como ocurre en el testamento de don Angel, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. En el caso que se contempla, es clarísima y expresa la voluntad del testador de nombrar a su esposa heredera y le faculta a disponer de los bienes en caso de necesidad; pues si entendiera que lo atribuido por el testador a su esposa es sólo un usufructo cuando se ejercita la facultad de disposición, los bienes vendidos quedarían subrogados por su importe, pasando éste a constituir el objeto del usufructo, y esto no es de ningún modo lo que parece más adecuado a la intención del testador. Que conviene tener en cuenta que en el sistema del Código Civil español: a) lo decisivo para considerar al favorecido en un testamento como heredero o como legatario es la voluntad del testador. Y si éste ha querido investir al instituido de la compleja posición del sucesor universal, dicho instituido sucederá a título universal, siempre que el objeto de la institución se identifique con el patrimonio hereditario, concebido como sucesión en el *universus ius defuncti*; b) el sucesor en usufructo vitalicio de una herencia no es un sucesor universal, como lo prueba la peculiar organización de su responsabilidad por deudas y cargas de la herencia. Que, por consiguiente, para mantener la clara voluntad del testador de instituir a su esposa como heredera, hay que admitir que la instituyó como heredera fiduciaria, con ciertas particularidades en orden a las facultades dispositivas y con las limitaciones propias de una cláusula de residuo o gravamen restitutorio. En esta dirección se ha pronunciado la doctrina científica y debe tenerse en cuenta la Resolución de 31 de enero de 1931. Que se estima que quien se interese por el derecho vivo y sus resultados prácticos, no atenderá tanto a la disquisición doctrinal relativa a la diferente naturaleza del usufructo de disposición y del fideicomiso de residuo, y se preocupará del problema no sólo jurídico, sino incluso social, de que una imprecisión en el lenguaje empleado pueda repercutir después en diferencias tan considerables y que no corresponden a una idea

claramente formada en la mente del testador. La batalla en pro de la neta diferenciación ha de ganarse en la fase de asesoramiento, por obra de la jurisprudencia cautelar del notariado. 3) Que los razonamientos expuestos conducen, por un lado, a excluir que las cláusulas testamentarias transcritas puedan ser interpretadas en el sentido de que contienen una disposición por lo cual el testador deja a una persona el usufructo de una herencia, y a otras la nuda propiedad, tesis que sirve de base al Registrador en su nota denegatoria; y, de otro lado, a estimar que en el testamento que nos ocupa lo que realmente se establece es una institución de heredero universal a favor de la esposa del testador con cláusula de residuo a favor de los parientes del mismo a quienes correspondería la herencia según las reglas de la sucesión intestada y en la proporción determinada por ésta, si no existiere la viuda heredera; cláusula cuya única finalidad es evitar que los bienes del testador pasen a los parientes de ésta, caso de sobrevivir la misma a aquél por un reducido intervalo de tiempo. Así pues, que se estima que la posición jurídica que ocupa doña Isabel es la de heredera fiduciaria *universum ius defuncti*, que en cuanto heredera no es mera usufructuaria sino dueña; y la posición jurídica que se cree ocupan los llamados en el caso de que quedasen bienes al fallecimiento de doña Isabel es, la de unos fideicomisarios de residuo, con la particularidad de que en caso de premorir alguno de ellos a la “usufructuaria de disposición”, no sucederían nunca los herederos de ésta, sino los de aquél. 4) Que, desde esta perspectiva, se puede concluir afirmando lo siguiente: A) Prelegado. La innecesidad de entrega del prelegado viene avalada por numerosos autores modernos, por la doctrina y la jurisprudencia en diversas Sentencias, entre otras, las de 18 de julio de 1900 y 28 de abril de 1976. Pero, ¿qué sentido tiene hacer un legado al heredero único? En nuestro caso tiene una explicación sencilla que, además, ayuda a entender la voluntad real del testador, que quiso a través del legado disponer de un bien de manera distinta a los demás bienes, por las siguientes razones: 1.^a La casa legada, al no estar sujeta a gravamen restitutorio, puede ser objeto de disposición sin necesidad de justificar la viuda el haber vendido antes sus bienes propios; 2.^a que dadas las circunstancias especiales concurrentes en la casa, conocidas por el testador, éste no tuvo inconveniente en que al fallecimiento de su esposa dicha casa pudiera pasar a la familia de ella, a diferencia de los demás bienes que pasarían a la familia de él, si su esposa no disponía de ellos. Por esa misma razón el legado comprende todos los muebles y ropas que en la casa existan, sin excluir los privativos del causante, y 3.^a la viuda podría disponer del objeto legado tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*. Los demás bienes hereditarios, en cambio, sólo podrían ser dispuestos por la viuda en caso de necesidad y previa venta de los bienes privativos de la misma. B) No necesidad de partición. Que en este tema es necesario indicar lo declarado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 13 de enero de 1939. Que la escritura calificada no es de partición de herencia, sino de manifestación y aceptación de herencia, otorgada por la viuda del causante, como sucesora única del *universum ius defuncti* en la que se limita a inventariar los bienes dejados por su esposo; la acepta y se adjudica dichos bienes conforme a lo dispuesto por el testador y a la circunstancia de ser todos los bienes gananciales. Y para la validez de todo ello no es necesaria la concurrencia o intervención de los llamados a la “nuda propiedad” correlativa al usufructo con facultad de disponer, puesto que el derecho de los mismos, sea de la naturaleza que sea, procede del testamento y no depende en manera alguna de la escritura de aceptación de la herencia. Que no es necesaria su intervención lo ha reconocido la Resolución de 14 de febrero de 1878, y la

Resolución de 8 de febrero de 1957, que parece sostener la tesis contraria, no es aplicable a este caso, pues el testamento que sirvió de base a la misma es muy diferente al que se estudia. Que la escritura de aceptación y manifestación de herencia de doña Isabel no perjudica, ni puede perjudicar en modo alguno, a los demás llamados, y, en este punto, son aplicables, por analogía, los razonamientos jurídicos vertidos por la Resolución de 27 de enero de 1987. Que, en resumen, no se puede tener en suspenso el derecho de la viuda heredera hasta tanto que los demás llamados acepten la herencia, puesto que, si por ejemplo la aceptaran a beneficio de inventario, como éste no quedaría terminado hasta después de la muerte de aquélla, se le privaría del derecho de enajenar que su esposo, el testador, le otorgó (derecho tan merecedor de protección, si no más, que el que tienen el resto de los llamados). Y de seguirse el criterio del Registrador, la viuda queda virtualmente en estado de indefensión, ante la actitud de los demás llamados, a quienes no les interesa intervenir y sólo tienen que dejar transcurrir el tiempo para impedir de hecho a la viuda ejercitar la facultad de disponer que su esposo le otorgó, obligándole con ello a emprender costosos procesos judiciales para que se le reconozcan unos derechos y facultades que ya tiene atribuidos de forma clarísima en el título sucesorio; por consiguiente, la intervención de los posibles beneficiarios del residuo que el Registrador estima necesaria sería meramente pasiva, limitándose a prestar su asentimiento a lo otorgado por doña Isabel, lo que significa atribuirles un derecho de veto que en cuanto al alcance de la limitación a la facultad de disponer, es decir, "que hubiese vendido antes sus bienes propios", es claro que se refiere a los bienes privativos de doña Isabel, pero, aun en el caso de que pudiera entenderse que alcanzaba también a aquellos bienes que le correspondieran en pago de su partición en la sociedad de gananciales, la escritura calificada no hace más que extender el gravamen restitutorio a la totalidad de los bienes de la herencia (excluyendo el legado) lo que evidentemente, no supone perjuicio, sino todo lo contrario para los posibles destinatarios de éstos, cuando, además, la viuda no realiza elección alguna de bienes en pago de sus gananciales.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que la Notaría recurrente funda todo su estudio en un enorme esfuerzo interpretativo de la voluntad del causante de la herencia, y se considera, que aunque en el fondo del recurso subyace un problema interpretativo, a juicio del Registrador informante, en el concreto caso planteado, tal problema ni es decisivo y ni siquiera la parte recurrente ha extraído todas las consecuencias de esa tarea interpretativa, pues obsesionada con la posición jurídica de la llamada en el testamento "heredera usufructuaria universal", para defender la tesis de que sólo ella debe intervenir en la escritura autorizada, se ha olvidado de puntualizar cuál sea la posición de los calificados, por su parte, en el propio testamento, "herederos nudo propietarios" y las consecuencias que pueden derivarse de su posición. Que, en cualquier caso, deja un poco perplejo el mencionado esfuerzo interpretativo de la recurrente, y por ello conviene hacer un planteamiento claro y sencillo de los diferentes supuestos que pueden plantear las cláusulas testamentarias: 1.º simple usufructuario universal con facultad de disponer y nudos propietarios herederos. Esta configuración la rechaza la recurrente. Pero que la voluntad del testador es nombrar heredera a su esposa, es rechazado por aquélla al reconocer que no se ha utilizado adecuadamente en el testamento la jurisprudencia cautelar, como consecuencia de sus cláusulas inexpressivas y de sus fórmulas "impropias". Habrá que buscar, pues, el cauce jurídico apropiado a los deseos del testador. La existencia del prelegado, supone una petición de princi-

pios. Si el prelegado es el legado que el testador deja al heredero con independencia de su posición hereditaria, admitir su existencia supone calificar gratuitamente al usufructuario de heredero, y lo que es evidente que nada impide al testador efectuar, a favor de la misma persona, diferentes clases de legados por razón de su objeto. Que por lo que se refiere a la obligatoriedad de la subrogación real en el usufructo con facultad de disponer, en este caso no cabe tal subrogación real, pues resulta evidente que, cuando en cualquier usufructo, por cualquier título, se concede al usufructuario la facultad de vender, o sea, para satisfacer sus perentorias obligaciones de subsistencias no se le está atribuyendo la mera facultad de transformar o alterar los bienes usufructados, sino una auténtica facultad de consumo, y a este respecto hay que citar la Sentencia de 9 de junio de 1948. Que queda como último argumento para rechazar que el usufructuario universal sea heredero del problema de la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia. Este argumento, de gran consistencia, aparece alegado por la casi totalidad de la doctrina. Y es que, sin entrar de lleno en la cuestión de cuál es la esencia de la posición jurídica del heredero, no cabe duda de que, en nuestro sistema sucesorio, el dato crucial ante el que tiene que aparecer la figura del heredero, es el de la responsabilidad por las deudas hereditarias y el usufructuario conforme al artículo 510 del Código Civil, no está obligado ni vinculado por ellas. Por consiguiente, si el usufructuario no puede ser heredero y el testador llama al cónyuge viudo usufructuario, sólo puede tener esta condición. Que por ello la Notaria recurrente para defender la tesis de que el cónyuge viudo es heredero se ve en la necesidad de cobijarse bajo la figura del fideicomiso de residuo. La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado, en los últimos tiempos, de diferencias entre el usufructo con facultad de disponer y el fideicomiso de residuo, y, en este sentido, es de destacar la Sentencia de 9 de diciembre de 1970 y la Resolución de 2 de diciembre de 1986. Que como resumen de lo expuesto hay que afirmar que nos encontramos con un cónyuge viudo que es un mero usufructuario y con unos nudos propietarios que son los verdaderos herederos. En consecuencia, habida cuenta de que el testador causante de la herencia está sujeto en su matrimonio al régimen de gananciales, es imprescindible, para la concreción del caudal hereditario y de los derechos individuales de cada uno, la intervención de todos los interesados. Por ello, no puede admitirse la afirmación del recurrente y, mucho menos invocar la Resolución de 13 de enero de 1939, porque en ella se contempla el caso de un solo heredero nombrado en el testamento, el cónyuge supérstite, y por las razones expuestas no puede decirse que la escritura otorgada por el cónyuge viudo, no perjudica ni puede perjudicar en modo alguno a los demás llamados, porque se limita a realizar una adjudicación *pro indiviso* de los "bienes relictos". Para determinar cuáles son los bienes relictos, es necesario liquidar previamente la sociedad de gananciales, pues el caudal relicto partible o adjudicable, está constituido por los bienes privativos del causante y los que le hayan correspondido por razón de la liquidación de la comunidad ganancial disuelta. Y esta previa liquidación es ignorada o eludida por la recurrente por el inadmisibles procedimiento de considerar que, en la sociedad de gananciales, existe una comunidad *pro indiviso* sobre cada uno de los bienes que la integran, tesis rechazada por las Resoluciones de 22 de mayo y 16 de octubre de 1986, y resulta engañosa la cita que hace la recurrente de la Resolución de 27 de enero de 1987, puesto que se refiere a un matrimonio sujeto al régimen legal del Derecho vigente en Baleares. Que como corolario es de señalar que hay un usufructuario no heredero con facultad de disponer en caso de necesidad y unos nudos propietarios herederos, y todos tienen que intervenir

para determinar el haber partible y la posterior adjudicación o división material del mismo. 2.º Heredero en usufructo universal con facultad de disponer, y herederos nudo propietarios. Que es patente que la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia, consideran al usufructuario universal, aun con facultad dispositiva, como mero usufructuario titular de un derecho real sobre cosa ajena. Pero también es cierto que no faltan autores que frente a esa tesis adoptan una postura de reserva, admitiendo la posibilidad de configurar al usufructuario como heredero. En la esfera jurisprudencial, tampoco faltan sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las que se llama al usufructuario heredero y se le trata como tal; así las Sentencias de 31 de octubre de 1903 y 14 de abril de 1905 y la Resolución de 22 de febrero de 1933, y en otras se admite ese calificativo de heredero, aunque con restricción, tal como ocurre en las Sentencias de 17 de mayo de 1962 y 9 de octubre de 1980 y en la Resolución de 8 de febrero de 1957. De forma que, en todos los casos, se estima indispensable el concurso de los demás herederos, aunque se les denomine en el testamento nudo propietario; siendo su intervención requisito inexcusable para proceder a la liquidación de la sociedad conyugal y subsiguiente distribución del haber hereditario partible, tal como la impone la jurisprudencia reseñada, con lo que, en última instancia, el resultado práctico es el mismo del supuesto anteriormente examinado. 3.º Usufructuario con la condición de fiduciario, en este caso de residuo, y nudos propietarios con el carácter de fideicomisarios. Que éste es el supuesto defendido por la recurrente, limitándose a su mero enunciado, sin entrar en el examen de la posición jurídica que, a cada uno de los afectados, corresponde dentro de tal figura y, por tanto, sin extraer consecuencia alguna que pueda desvirtuar la nota de calificación recurrida. Que la sustitución fideicomisaria, en cuyo ámbito se encaja el fideicomiso de residuo, tiene como característica esencial, el orden sucesivo, el doble llamamiento, y dicha característica no se da en el caso que se analiza, donde existe un solo llamamiento simultáneo de varias personas a distintas facultades integrantes del dominio: el usufructo y la nuda propiedad; sin embargo, conviene recordar que el artículo 781 del Código Civil diferencia dos clases de sustituciones fideicomisarias: las que contienen la obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia, y las que no contienen esas obligaciones, que son las llamadas sustituciones fideicomisarias de residuo; y, precisamente, es esta última figura la que contempla la recurrente y llega a la implícita conclusión de que la fiduciaria puede, por sí sola, practicar la liquidación de la sociedad de gananciales y la distribución del haber hereditario. Pero, a su vez, es necesario distinguir dos clases de fideicomiso de residuo: el puro o simple o el condicional. En éste, dado que los fideicomisos sólo tienen una expectativa de derecho, es admisible la postura del recurrente y hay que rechazarla en el fideicomiso puro. Que en el concreto caso debatido no hay atisbo alguno de condicionalidad, o sea, el testador no llama a los presuntos fideicomisarios sólo para el supuesto de que quede algo, sino a tomar lo que deba quedar o simplemente quede; y así se diferencia, siguiendo la doctrina unánime, entre dos tipos de fideicomiso de residuo: *quod supererit* y *si aliquid supererit*. Esta distinción ha sido consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 30 de marzo de 1955, 15 de mayo de 1962, 7 de enero de 1959, 23 de diciembre de 1982 y 24 de abril de 1983. Que, ampliando el razonamiento de la recurrente y en el plano hipotético, se contempla un fideicomiso de residuo puro, al que será aplicable el artículo 784 del Código Civil, conforme al cual el fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del testador quedando únicamente aplazado el pleno

disfrute de su contenido. Que, como consecuencia de ello, hay que considerar al fideicomisario como heredero, y heredero del fideicomitente, tal como lo han confirmado las Resoluciones de 27 de marzo de 1981 y 1 de octubre de 1984. Y en virtud de lo establecido en el artículo 1.052 del Código Civil, que concede a todo heredero el derecho de pedir la partición, no se le puede negar el derecho a intervenir en la partición. Que, en resumen, los fideicomisarios tendrán que intervenir en las operaciones particionales, para dilucidar la cuestión básica de precisar la trayectoria de los distintos bienes, puntualizar los que quedan sujetos al fideicomiso y aceptar las adjudicaciones que les hace la supuesta fiduciaria. Con lo que nos encontramos ante el mismo resultado práctico del caso examinado en primer lugar. Que sintetizando toda la exposición anterior, hay que significar que cualquiera que sea la solución adoptada, en el Derecho vivo actual, los resultados prácticos que la recurrente pretende eludir, son los mismos, lo que no opta para elegir el cauce jurídico más adecuado. Que teniendo en cuenta la fuerza de los principios hipotecarios se rechaza la argumentación de la Notaria recurrente; puesto que parece inspirada en unas motivaciones sociales ajenas al mundo del derecho, y de difícil coordinación con el artículo 675 del Código Civil y demás principios generales del Derecho.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que por interpretación reiterada de la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado es preciso concluir que el testamento, objeto de debate de este recurso, contiene una institución del testador a favor de su viuda como usufructuaria universal, con facultad de disponer, y una institución de herederos en la nuda propiedad a favor de sus hermanos; sin que se dé la subrogación real y sin que se dé la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; siendo, por tanto, la posición de la heredera usufructuaria distinta de la propia de la sustitución fideicomisaria; y, en consecuencia, para la concreción de los derechos individuales de cada uno de los llamados y en la operación previa o simultánea de la liquidación de la sociedad de gananciales es necesaria la intervención de todos los interesados en las operaciones particionales de la herencia por imperativo material del artículo 1.058 del Código Civil. Y así ocurre que en la escritura cuya inscripción se niega se verifica de presente adjudicación de nuda propiedad a interesados ausentes, omitiendo la liquidación de la sociedad de gananciales y su intervención en un acto dispositivo.

La Notaria recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que se basa el Auto en una interpretación literal de las palabras “usufructuaria” y “nudo propietarios” empleadas en el testamento, prescindiendo en absoluto del estudio o examen de la verdadera voluntad del testador que debe prevalecer sobre el sentido literal, y prescinde de la calificación jurídica que se hace de la usufructuaria cuando aquélla es precisamente el objeto del recurso. Que si de lo que se trata es de ajustarse a la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, también habrá que tener en cuenta que en la cláusula 4.ª se emplea la palabra “heredera” para la institución de la esposa. Que el Auto resulta contradictorio cuando se refiere a la subrogación real y a la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia, pues si en la posición de la viuda usufructuaria no se da ni una ni otra, habría que preguntarse, una vez consumidos los bienes, ¿a quién y contra qué bienes habría de dirigirse un posible acreedor? Se opina que esta persona sería la viuda del causante, cuya responsabilidad es *ultra vires* dada su cualidad de heredera. Que cuando el Auto

interpreta la escritura calificada y dice que se hacen “adjudicaciones de presente” a los hermanos y sobrinos del causante, no ha tenido en cuenta que el significado de esa parte de la escritura no es más que determinar quiénes son y en qué proporción los beneficiarios del gravamen restitutorio; del mismo modo que la expresión “se les adjudica...” no tiene más significado que proyectar sobre los bienes de la herencia (excluido el legado) el total residuo que les correspondería en su día si la viuda no llegase a disponer de los bienes (participaciones indivisas) que se adjudicó como herencia de su esposo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 510, 675, 781, 1.058, 1.059 y 1.410 del Código Civil, la Sentencia de 9 de diciembre de 1970 y la Resolución de 2 de diciembre de 1986.

1.º En el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia, liquidación de sociedad de gananciales, adjudicación en pago de legado y partición del caudal hereditario, otorgada exclusivamente por la esposa del causante que había fallecido bajo testamento abierto en el que, después de legar a aquélla en pleno dominio los derechos que le corresponden en determinada finca urbana, “en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye heredera en usufructo vitalicio con relevación de fianza y facultad de disponer si necesitare y siempre que ella hubiera vendido antes sus propios bienes, a su citada esposa; y en nuda propiedad y por iguales partes a sus cuatro hermanos —identificados por nombres y apellidos—, y si alguno de éstos premuere al testador le sustituye con sus descendientes legítimos”.

2.º Sin prejuzgar ahora sobre la consideración jurídica que efectivamente corresponda al instituido en usufructo, es indudable que el llamamiento a los hermanos del causante y el efectuado en favor de la esposa son dos vocaciones simultáneas referidas a realidades diferentes, usufructo y nuda propiedad, y que han de operar desde el momento mismo de la muerte del testador, de modo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.410 y 1.058 del Código Civil y en tanto no conste su renuncia, no cabrá prescindir de los herederos instituidos en nuda propiedad al liquidar la sociedad de gananciales del difunto y partir sus bienes.

3.º Lo anterior hace innecesario entrar en el examen del primero de los defectos recogidos en la nota.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario.—Forzosamente el comentario que puede hacerse de esta Resolución tiene que ser breve, pues la cuestión de hecho que la provoca y su solución es “libresca o de libro”, y ante ello resulta difícilísimo añadir cosas que aclaren o provoquen nuevas posibilidades. No obstante, vamos con lo que me sugieren los hechos que se relatan:

A) *Inadecuada actuación notarial.*—La verdad es que partiendo de un testamento hecho por un Notario con prestigioso apellido en el que, a mi humilde entender, la cosa era clarísima, la Notario recurrente incorpora a su protocolo un instrumento que autoriza y que otorga la viuda del testador a quien el mismo la había dejado el usufructo universal. Posiblemente todo ello se hizo sobre la base de una interpretación de cláusulas “no oscuras o ambiguas”, sino inexpressivas o impropriadamente empleadas”, y sobre ello se consideró que en el caso

contemplado podía existir un "heredero único", aunque luego se configure como un "fideicomiso de residuo".

Si la recurrente del presente caso estimó que había un "heredero único", nunca debió autorizar esa escritura de aceptación y manifestación de herencia, pues con haber aplicado el artículo 14 de la Ley Hipotecaria la cosa hubiese tenido una rápida solución. Pero además de marginar la aplicación de ese artículo no le viene a la memoria en el momento del otorgamiento aquella serie de supuestos que en el tema de oposiciones a Registros y Notarías se plasman para saber cuándo estamos o no ante un heredero único. Y dice la doctrina que cuando en la herencia existen solamente un usufructuario y un nudo propietario no es preciso partición de bienes, no ocurriendo lo mismo cuando el usufructo o la nuda propiedad se atribuye a varios.

Quizá la recurrente recordase el supuesto y en ella surgió la figura del "fideicomiso de residuo" que, como dice el Registrador informante, tiene infinidad de diferencias con el usufructo, como lo acreditan la conocida Sentencia de 9 de diciembre de 1970 y la Resolución de 2 de diciembre de 1986. En el usufructo existe un *ius in re aliena*, y en el fideicomiso, una titularidad plena de dominio con obligación de conservación y transmisión en su día. Con esta interpretación de la recurrente es necesario hacer tránsito al siguiente punto.

B) *Interpretación de cláusulas testamentarias.*—Dice el artículo 148 del Reglamento Notarial que "los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en idioma español, empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos alguno oscuros ni ambiguos y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma". La recurrente entiende que todo ello no se observó, pues si bien los términos de las cláusulas ni "oscuras ni ambiguas", pero sí claras, incidían en el defecto de ser "inexpresivas o impropiaamente expresadas".

Y yo en esto último estoy con la recurrente, pues el Notario autorizante del testamento siguió una práctica notarial secular que se rompe cuando la doctrina notarial descubre que, conforme al artículo 510 del Código Civil, un usufructuario no puede ser heredero dada su limitación para responder de las deudas. Por ello la palabra heredero —aunque no creo que la intención— está "impropiamente" utilizada, y ello se demuestra cuando avanzando en el texto del testamento el causante instituye también herederos en nuda propiedad a varias personas, lo cual excluye la situación de heredero único —pues son tres los nombrados— y la del fideicomiso de residuo, pues el llamamiento es simultáneo al de la usufructuaria. Este es el decisivo argumento que la Dirección General emplea para mantener la posición del Registrador. Si hay nombramiento simultáneo, simultánea debe ser la comparecencia en una escritura de manifestación y partición de bienes.

Tiene razón el Registrador al distinguir el juego de la figura del fideicomiso de residuo y sus diversas clases. En el presente caso no existiría nunca un fideicomiso "condicionado", sino puro, en el que los fideicomisarios adquieren un derecho desde que muere el testador, aplazando el disfrute de aquellos bienes que queden al fallecimiento de la usufructuaria.

Tampoco creo que sea un argumento poderoso la alegación de que exista un "prelegado" o legado hecho al heredero, pues lo que el testador dice en el texto del testamento es que lega a la viuda las ropas y enseres, cosa que podía hacer aunque la misma no fuera heredera. Entender que por haber sido legataria debe considerarse dicho legado como "prelegado" es contrario a toda interpretación

lógica, pues para que éste existiese es preciso que a la usufructuaria la consideremos como heredera, y esto lo impide el artículo 510 del Código Civil.

Nos queda la duda de si el Notario autorizante del testamento "adecuó la voluntad testamentaria" al ordenamiento e informó del alcance y valor de la redacción, pues habría que probar que aun advirtiéndole de la existencia del artículo 510 del Código Civil se hubiera mantenido en su voluntad de designar heredera a su viuda en usufructo, pero eso se hubiera manifestado expresamente en el testamento de haber sucedido como caso de minuta impuesta.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ