

II. Resoluciones de la Dirección General

Por PEDRO AVILA ALVAREZ,
ANTONIO MORO SERRANO y
FERNANDO CANALS BRAGE

- *LOS LLAMAMIENTOS HEREDITARIOS A FAVOR DE «NONDUM CONCEPTI» SON POSIBLES EN NUESTRO ORDENAMIENTO, AUNQUE NO REVISTAN LA FORMA PREVISTA EN EL ARTICULO 781 DEL CODIGO CIVIL.*
- *LA CONDICIONALIDAD QUE AFECTA A UNA PARTE DE UN LEGADO PARCIARIO POR LA POSIBILIDAD DE CONCEPCION DE OTROS NIETOS, NO CONTAMINA LA HERENCIA NI MENOSCABA LA FACULTAD DE LOS COHEREDEROS Y COLEGATARIOS DE EXIGIR LA PARTICION.*
- *LA SOLUCION DE LOS ARTICULOS 801 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL DEBE SER APLICABLE AL SUPUESTO DE QUE (COMO EN EL PRESENTE) POR LLAMARSE A LOS NIETOS ACTUALES Y A LOS QUE PUEDAN SER CONCEBIDOS AL FALLECIMIENTO DEL HIJO CAUSANTE, NO SOLO DEPENDA DEL ACONTECIMIENTO FUTURO EL LLAMAMIENTO, SINO LA MISMA EXISTENCIA DEL SUJETO LLAMADO. Y, POR TANTO, LOS NIETOS YA EXISTENTES TIENEN LAS MISMAS FACULTADES PARTICIONALES QUE EL ADMINISTRADOR DEL AUSENTE, Y ENTRE ELLAS, LA DE CONSENTIR, CON INTERVENCION JUDICIAL, LA PARTICION, CON PLENA Y DEFINITIVA EFICACIA EN CUANTO A LOS DEMAS HEREDEROS Y LEGATARIOS.*
- *HA DE ASEGURARSE COMPETENTEMENTE (A JUICIO DEL JUEZ) EL DERECHO DE LOS POSIBLES NIETOS FUTUROS, Y HASTA SABERSE QUE NO HABRA MAS NIETOS, SE ENTENDERA QUE LAS ADJUDICACIONES ENTRE ESOS NIETOS YA EXISTENTES SON PROVISIONALES.*

(RESOLUCIÓN DE 29 DE ENERO DE 1988. «BOE» DE 16 DE FEBRERO).

A) *Antecedentes de hecho.*—Estos se hallan reflejados en el primero de los fundamentos de la resolución, que transcribo a continuación: Los causantes, marido y mujer, después de instituir herederos en el tercio de la legítima estricta a sus tres hijos, Francisca, José y Antonio, legan los dos tercios restantes por terceras e iguales partes a dos de sus hijos,

Francisca y José, y a los hijos de su otro hijo, Antonio, llamados María, Dolores y Antonio, los primeros por cabezas y los nietos por stirpes, aclarando los testadores «que si su hijo Antonio tuviese con posterioridad más descendientes tomarían parte de este legado, distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a sus nietos entre los que resultasen al ocurrir su fallecimiento». Fallecidos los causantes, sus tres hijos y los nietos mencionados en el testamento verifican la partición de su herencia, aunque la adjudicación que a los nietos se hace «queda supeditada hasta que ocurra el fallecimiento del padre, don Antonio Olivares Cano, por si se diera el caso de que tuviera más descendencia con posterioridad».

B) *Nota del Registrador*.—Presentada la mencionada escritura en el Registro de la Propiedad de Villacarrillo, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción del precedente documento porque al legarse bienes a favor de los no concebidos, la inscripción a favor de los nacidos traería una diversidad de trato jurídico y económico entre los nietos existentes y los *nondum concepti* sólo por el hecho de nacer éstos con posterioridad a aquéllos. Estando dicho legado sujeto a condición habrá que esperar al no cumplimiento de ésta (art. 1.117 del Código Civil), es decir, al fallecimiento del heredero, don Antonio Olivares Cano, para practicar la división de la herencia, habiendo de ser puestos entre tanto los bienes en administración (arts. 801 al 805 del Código Civil), quedando mientras tanto sustraídos al tráfico jurídico. No se toma anotación preventiva por no ser procedente».—Villacarrillo, 31 de enero de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible.

C) *Recurso*.—El citado don José interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando sustancialmente lo siguiente:

1) El legado que se ordena a favor de los *nondum concepti* no es un legado condicional, sino un legado a término suspensivo, en que lo único condicionado es el *quantum*, el volumen de la cuota de los llamados al legado, que funcionará como condición suspensiva para los legatarios nacidos y como resolutoria para los existentes.

2) No son aplicables a este caso los artículos 801 a 805 del Código Civil, ya que los cuatro primeros se refieren a instituciones de herederos o legados cuyo llamamiento está sujeto a condición suspensiva, y en cuanto al 805, 2.º, porque junto al llamamiento a término suspensivo coexiste un llamamiento puro.

3) No existe prohibición expresa del testador para la división, por lo que no se está en el supuesto del artículo 1.051, *in fine*, del Código Civil, y el carácter condicional que el Registrador atribuye al legado obligaría a aplicar lo dispuesto en el artículo 1.054 del Código Civil.

4) La nota registral que sustrae los bienes hereditarios al tráfico jurídico en tanto no se cumpla la condición suspensiva, está implícitamente sancionando una prohibición de disponer no impuesta por el testador ni autorizada por disposición legal alguna.

5) No se da en este caso ni diversidad de trato jurídico entre nietos existentes y *nondum concepti*, ya que el tratamiento jurídico que se ha dado a éstos ha sido correcto y ajustado a Derecho, ni diferente trato económico, ya que en el potencial perjuicio de los nietos participarían también los beneficiarios del legado que intervienen en la partición (aparte de que para el caso de perjuicio económico, la Ley prevé la acción de rescisión por causa de lesión en más de la cuarta parte).

D) *Informe del Registrador*.—Este aduce en sustancia, en defensa de su nota, lo siguiente:

1) Que el testador nombra legatarios condicionalmente a los nacederos, puesto que sujetó su nombramiento al hecho futuro e incierto de que hubiera nietos aplicándoseles el artículo 758, 3.º, del Código Civil.

2) Que como efecto de las normas imperativas (arts. 801 a 805 del Código Civil) quedan sujetos los bienes de la herencia a administración, sustrayéndolos entre tanto al tráfico jurídico y provocando indirectamente una indivisibilidad de la herencia.

3) Que no puede tener acceso al Registro la escritura en que se adjudican bienes puramente a los herederos y legatarios sin hacer constar la condición a que están sujetas sus adquisiciones, pues se contradice el principio de especialidad.

E) *Informe del Notario autorizante*.—Para él, el legado es condicional y opera como condición resolutoria para los legatarios nacidos y como suspensiva para los nacederos, y por el artículo 1.054 del Código Civil es posible la formalización de la partición, que, según la Resolución de 27 de diciembre de 1982, será inscribible cuando se hayan hecho las oportunas reservas en favor del *concepturus* (en singular), como sucede en la escritura en cuestión. Con ello queda protegido el interés de los *concepturus* sin perjudicar el de los otros herederos, que quedarían gravísimamente lesionados con la indivisión total.

Por otra parte, los legatarios vivos y los *concepturus* tienen intereses convergentes, no contrapuestos, y, por tanto, el interés de ambos queda igualmente protegido, pudiendo, en todo caso, los *concepturus*, si llegan a nacer, ejercitar las acciones judiciales tendentes a la restitución de la integridad de su derecho, si creen que éste ha sido lesionado.

F) *Auto presidencial*.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Granada revocó la nota del Registrador fundándose en el artículo 675 del Código Civil, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940 y 26 de noviembre de 1964, en la doctrina registral y en los argumentos aducidos por el recurrente.

G) *Doctrina de la Dirección General*.—Vistos los artículos 185, 186, 191, 192, 801, 804, 813, 1.051 y 1.054 del Código Civil, y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1963 y 3 de abril de 1965, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1960 y 27 de diciembre de 1982, la Dirección General sienta la siguiente doctrina:

2. La interpretación de la cláusula debatida en su sentido literal y lógico muestra que la voluntad de los testadores fue la de que en la tercera parte del legado parciario tuvieran el carácter de legatarios todos los hijos de su hijo Antonio, tanto los que ya vivían al tiempo de otorgar los testamentos y que son designados nominativamente, como los que a partir de esa fecha pueda tener su citado hijo Antonio, habiendo, pues, de esperarse al fallecimiento de éste para concretar el número de los legatarios.

3. Mientras tanto, se produce una especial concurrencia de llamamientos en relación no con todo el legado parciario, sino sólo con la parte de él a que son llamados los nietos, pues junto a llamamientos puros que confirman en esa parte derechos desde el momento mismo del falleci-

miento del causante, si bien el alcance objetivo quede provisionalmente indeterminado, hay también llamamientos en favor de *nondum concepti*, los cuales, aunque por no revestir la forma prevista en el artículo 781, han de ser examinados con la máxima cautela, son posibles en nuestro ordenamiento, conforme al artículo 745, 1.º, en relación con los artículos 29, 30, 758, 781 y 785 del Código Civil, siempre que los favorecidos sean, como ahora ocurre, identificables.

4. El hecho de que la cotitularidad interna sobre una parte de un legado parciario esté pendiente de un acontecimiento futuro e incierto no puede tener, para toda la herencia, unas consecuencias tan perturbadoras como las que pretende en su nota el Registrador. Sobre ir tales consecuencias contra el principio de que ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia (cfr. art. 1.051, 1.º), van también contra el principio de intangibilidad de la legítima, pues la condición que al legado impone el testador tendría como efecto que —contra lo que prescriben los artículos 813 y 1.051 del Código Civil— el legitimario habría de sufrir la restricción de tener que soportar la indivisión de la herencia y no tendría otro derecho que el abstracto que le confiere su participación en el patrimonio hereditario común.

5. Deben, pues, interpretarse los preceptos de modo que la relativa indeterminación en que queda la cotitularidad interna de la parte de un legado parciario no contamine a toda la herencia, ni menoscabe la facultad de exigir la partición que corresponde a los que por exigencia de la Ley o por voluntad del testador tienen incondicionadas sus plenas facultades de heredero o de legatario. La provisionalidad a que se refiere el artículo 1.054 debe restringirse, pues, a las adjudicaciones que se hagan por la parte del legado parciario a los que son llamados los nietos. Los coherederos y los otros colegatarios del legado parciario pueden pedir, por su parte, incondicionadamente la partición.

6. Cuando cualquiera de los que están llamados incondicionalmente ejercita su facultad pura de exigir la partición se plantea el problema de quién está legitimado pasivamente por la parte a que afecta la condición (por porción legada a los nietos), a fin de poder consentir la partición legalmente exigida y evitar así el proceso de partición judicial.

Pues los nietos ya existentes son llamados de modo efectivo (son ya legatarios y lo único indeterminado es la cuantía en que lo son), pero no tienen plenas facultades en la medida en que pueden sobrevivir otros sujetos que concurren con ellos. Para los supuestos en que el legado está sujeto a condición suspensiva, tienen aplicación los artículos 801 y siguientes, y esta solución debe ser también la aplicable al presente supuesto, aunque no sólo dependa del acontecimiento futuro el llamamiento, sino la misma existencia del sujeto llamado. Por tanto, son los mismos nietos colegatarios ya existentes los que, conforme al artículo 802, tienen la administración del derecho de la parte legada a todos los nietos. Expresión de esta administración que debe entenderse en el amplio sentido que se desprende del artículo 804, es decir, que en el concepto de administradores o titulares interinos tienen incluso facultades dispositivas, como las que tienen los administradores de los bienes del ausente, de modo que aun sin contar con el consentimiento de los titulares preventivos —en el presente supuesto imposible— pueden realizarse actos dispositivos plenamente eficaces.

7. Así, pues, los nietos ya existentes tienen, respecto de la parte legada

a todos los nietos y en cuanto a la parte correspondiente a los posibles futuros nietos las mismas facultades particionales que tendría el administrador del ausente en cuanto a la cuota a que estuviere llamado el ausente, entre las que están, con la debida intervención judicial (cfr. arts. 185 y 186 del Código Civil y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la de consentir la partición, con plena y definitiva eficacia por cuanto hace a los demás herederos y legatarios.

8. Por cuanto hace a la cuota legada a los nietos, los legatarios ya existentes —como lo son sin condición y lo único que ocurre es que su derecho disminuirá de sobrevivir nuevos nietos— pueden realizar la partición asegurando competentemente —a juicio del Juez (cfr. arts. 185, 2.º, y 804, y por analogía, arts. 1.901 y 191 del Código Civil)— el derecho de los posibles nietos futuros, y hasta saberse que ya no habrá más nietos, se entenderá que las adjudicaciones entre esos nietos son provisionales (confróntese art. 1.054).

H) *Resolución*.—La Dirección General resuelve:

Revocar parcialmente el auto apelado manteniendo la denegación de la inscripción, pero sólo por las razones que luego diremos.

COMENTARIO.—Ante la situación de hecho, tan breve como exactamente reflejada en el primer fundamento de la resolución, en seguida se plantean tres problemas, a saber:

1.º Examinando los llamamientos a favor de los *nondum concepti* fuera del cauce del artículo 781 (que no es aplicable aquí) con la máxima cautela (y luego se explicará el porqué de estas palabras), ¿puede admitirse el que se hace en el testamento base del caso que nos ocupa? O con más generalidad, ¿caben aparte de los llamamientos fideicomisarios, los llamamientos directos a favor de los *nondum concepti*?

2.º Si se contesta afirmativamente la anterior interrogante, ¿será aplicable aquí el conocido principio de unanimidad en la partición y cómo, ya que el no concebido no tiene existencia ni, por tanto, representante, ni siquiera se sabe si llegará a tenerla?

3.º Resuelto lo anterior, ¿cómo se asegurará el derecho de esos *nondum concepti* a fin de que aquél no haya desaparecido cuando éstos vengan a la existencia y puedan reclamarlo por sus legítimos representantes? ¿Con la fórmula de la escritura o con alguna otra más elaborada y efectiva?

A) El primer problema no se lo plantean ni el Notario, ni el Registrador, ni el recurrente, pero la Dirección General lo tiene en cuenta (como lo prueba la cita de la sentencia del Tribunal Supremo que luego diremos y la declaración, no pedida, del fundamento 3). En otras ocasiones, la Dirección General se sale por la tangente (quito a esta expresión su posible matiz peyorativo) al presentarse al paso cuestiones no discutidas en el recurso, pero en esta resolución se cura en salud y plantea y resuelve el problema de los llamamientos en favor de los *nondum concepti*, y por ello he de ocuparme aquí de él.

Desde que en nuestra juventud (y perdónese la cita personal) leíamos entusiasmados el interesante trabajo de ROCA SASTRE: «Eficacia de los

llamamientos sucesorios a favor de los *nascituri*» (en *Revista del Derecho Privado*, 1946, págs. 313 y sigs.), hasta hoy ha llovido mucho y han evolucionado las ideas... y las conductas.

a) Decía el ilustre jurista: «Cuando el testador llama de una manera directa como herederos a los *nascituri*, sin retardar la delación sucesoria ni anteponerles persona alguna primera o preferentemente llamada a la propiedad o al usufructo de los bienes relictos, solamente serán eficaces los llamamientos de quienes existían (o, al menos, estaban concebidos) al tiempo de morir el testador», aunque reconocía la desigualdad irritante que con esto se producía entre los nacidos y los que nazcan después, viéndose éstos eliminados de la herencia por el simple hecho de haber nacido más tarde y quedando contrariado el deseo del causante de beneficiar a todos por igual.

b) Pero la doctrina posterior, en general, la jurisprudencia y hasta la legislación... periférica, se inclinan hoy por la solución contraria. Y ante el dilema que plantean al intérprete cláusulas como la que nos ocupa, de reconocer que la voluntad del testador puede crear tipos de vinculación de bienes (que quedan a la espera de su titular definitivo), en cuanto no rebasen los límites del artículo 781 del Código Civil, o declarar ineficaz esa voluntad por el vacío legislativo en esa materia, «la práctica española —dice mi maestro F. DE CASTRO (*Derecho civil de España*, reedición 1984, página 136 de la segunda parte)— se ha decidido por la primera, por estimarla más equitativa, por el valor concedido a la voluntad y por haber preceptos en el Código que lo presuponen o permiten, aunque ello sea a costa de la nitidez de los conceptos y origine ciertas dificultades técnicas».

c) La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las sentencias citadas en los vistos de la resolución que comento (y en contra de la Sentencia de 29 de noviembre de 1935) declara la validez de los llamamientos que nos ocupan. La primera de ellas, de 25 de abril de 1963, declara que «en nuestro Derecho positivo no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables o identificadas». Y la de 3 de abril de 1965 afirma que si bien el artículo 758 del Código Civil «ordena que se califique la capacidad del heredero al tiempo de la muerte del testador, contiene la salvedad de que en las instituciones condicionales se atienda además al en que se cumpla la condición y, en su consecuencia, si el no nacido ni concebido a la muerte del testador carece de capacidad para heredar sin llamamiento expreso, la obtiene si reúne tales caracteres al momento de cumplirse la condición.

d) En la doctrina de las resoluciones de la Dirección General de los Registros en este punto hay una curiosa evolución:

- La de 22 de diciembre de 1950 empieza por recomendar que se examinen con máxima cautela (no que se rechacen) los llamamientos hereditarios hechos a favor de los *nascituri nundum concepti* directamente, es decir, fuera del cauce del artículo 781, pero proclama que el heredero ha de existir en el momento de apertura de la sucesión, aunque a continuación alude a los diversos expedientes empleados en los sistemas legislativos para atemperar el rigor de aquella regla, sin decidirse por ninguno de ellos.
- La de 19 de noviembre de 1960 sigue recomendando la misma cautela,

pero sin olvidar la regla general del ordenamiento jurídico de que la apertura de la sucesión es el momento en que debe apreciarse la capacidad del heredero.

- La de 27 de diciembre de 1982 es la que da el vuelco porque después de transcribir el considerando correspondiente de la de 19 de noviembre de 1960, con su recuerdo del momento en que debe apreciarse la capacidad del heredero, matiza, amparándose en la Sentencia de 25 de abril de 1963, la regla general antes sentada, «en el sentido de que en nuestro Derecho positivo, y en base al artículo 745, 1.º, en relación con los 29, 30 y 758, así como 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas».
- La que ahora nos ocupa, por último, viene a consumir la evolución, pues si bien sigue recomendando la máxima cautela, omite toda alusión a la capacidad (aunque cita el art. 758, refiriéndose, sin duda, al tercer párrafo) y declara paladinamente que los llamamientos directos (aunque no emplee esta palabra) de los *nondum concepti* son posibles en nuestro ordenamiento.

e) He hablado antes de la legislación periférica..., quiero decir autonómica: en efecto, la Compilación de Navarra, en su Ley 154, permite las disposiciones «a favor de los concebidos e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la muerte del testador».

Y la Compilación de Cataluña, si bien declara la ineficacia de los llamamientos de aquellos hijos o descendientes que al tiempo de deferirse la herencia no hayan nacido ni se hallen concebidos (art. 114), admite el legado a persona no nacida ni concebida al fallecimiento del testador considerando que existe condición suspensiva del legado (art. 218).

B) Al segundo problema planteado pueden presentarse tres soluciones más o menos viables:

1.ª Dado que por definición no pueden intervenir los no concebidos y no cabe la representación de personas futuras, es preciso aplazar la partición de la herencia mientras haya posibilidad de concepción de nuevos interesados en la herencia, es decir, en el caso presente hasta el fallecimiento del hijo del causante, puesto que al ocurrir este fallecimiento ya estarán nacidos o concebidos todos los posibles interesados. Esta solución, que, a mi juicio y con todos los respetos, equivale a matar moscas a cañonazos, es la ofrecida por el Registrador en la nota calificadora y confirmada en su informe. Quizá se entienda que con ella quedarían más salvaguardados los intereses de los *nondum concepti*, pero ni parece aceptable jurídicamente ni la considero conveniente económicamente por las siguientes razones, de las cuales las dos primeras se recogen en la resolución:

a) Se opone al principio (art. 1.051 del Código Civil) de que ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia (y a ello se obligaría a los hijos del causante que no tienen arte ni parte

en el problema) a menos que el testador lo ordene *expresamente*, orden que no se da en el caso que nos ocupa.

b) Viola también el principio de intangibilidad de la legítima (art. 813), ya que, en este caso, los herederos tienen el carácter de legitimarios del causante.

c) Dificulta o impide el tráfico de los bienes, ya que, como dice la resolución, los herederos no tendrían durante la indivisión otro derecho que el abstracto (bien poco apto para el tráfico), que les confiere su participación en el patrimonio hereditario común.

d) Puede producir perjuicios económicos a este patrimonio condenando a una administración conjunta de hijos y nietos, por falta de estímulo para prevenir daños y realizar mejoras y por los frecuentes litigios y cuestiones que origina cualquier indivisión. Bien que no se pueda dividir por defectos subjetivos la parte de los nietos, pero no se extienda la indivisión a la parte de los hijos.

2.ª Como, según dice el Notario en su informe, los nietos vivos y los *concepturi* tienen intereses convergentes, no contrapuestos, y en todo caso, los últimos, si llegan a nacer, podrán ejercitar las acciones judiciales tendentes a la restitución de la integridad de su derecho si creen que se les ha perjudicado en la partición, ésta pueden practicarla los hijos con los nietos ya nacidos, sin intervención arbitral no vigilante alguna. En resumen: intereses convergente y posibilidad de reclamación judicial *a posteriori* son los argumentos a favor de esa solución (que es la seguida por los interesados). Veámoslos:

¿Intereses convergentes? Sí, pero se olvida que los nietos pueden:

1) Aceptar adjudicaciones menos beneficiosas de las que corresponderían a su derecho, a cambio de compensaciones económicas no declaradas en las que no participarían en su día los *nondum concepti*, o por consideraciones subjetivas (proximidad de los inmuebles que se adjudiquen a fincas propias de los nietos existentes) indiferentes para aquéllos.

2) Procurar la adjudicación de bienes productivos a corto plazo, aunque sus productos sean, en cierto modo, a costa de su sustancia (con lo cual también se perjudicaría a los *nondum concepti* con apariencia de legalidad), o dinero con objeto de colocarlo a intereses para percibir por los nietos vivos, dado el proceso inflacionista actual, como rédito lo que, en parte, no es sino cobertura frente a la depreciación monetaria, como recuerda el interesante fundamento quinto de la Resolución de 27 de noviembre de 1986.

¿Posibilidad de reclamación en su día de los *concepturi* contra el perjuicio o el fraude? Aparte de que habría muchos casos de imposibilidad de prueba de uno u otro, dígame qué esperanza de éxito habría en la reclamación judicial contra los herederos «puros», y menos contra los causahabientes de buena fe de éstos, y menos aún contra los adquirentes de bienes extrarregistrales, y menos todavía contra los poseedores de bienes muebles escamoteables o no...

No, la posibilidad de reclamación al cabo de los años no es bastante para confiar en la partición practicada por los herederos «puros» y los nietos. Y he de aclarar que hablo en un plano teórico y sin motivo alguno

para dudar de la integridad y moralidad de los interesados en el caso concreto que sirve de ocasión para estas líneas.

3.^a Puestas así las cosas, sentada la necesidad de verificar la partición para evitar daño o fraude a esos *nondum concepti*, cualquiera puede pensar que la solución acertada será dar entrada a ella a quien por su cargo defienda los intereses de aquéllos. A esta solución llega la resolución que nos ocupa mediante los siguientes pasos:

1) Se considera que al lado de un llamamiento efectivo (aunque variable en su entidad cuantitativa) hay un llamamiento condicionado suspensivamente de los *nondum concepti*, y la condición consiste precisamente en el nacimiento de éstos. Pero ¿no parece un contrasentido que la condición impuesta a un *sujeto* sea precisamente la existencia, ya que, como dice ENNECERUS (*Tratado de Derecho civil*, Parte general, 1.º, pág. 329, nota), los derechos condicionales no presuponen menos un sujeto de Derecho que los incondicionales? Ya el considerando cuarto de la Resolución de 22 de diciembre de 1950 había recogido esa dificultad y la había resuelto tímidamente, y la que ahora nos ocupa recoge la tesis de la condicionalidad, «aunque no sólo dependa del acontecimiento futuro (en que consiste la condición) el llamamiento, sino la misma existencia del sujeto llamado».

2) Como el testador no ha creado una titularidad interina ni previsto una protección especial para el interregno de pendencia, habrá que acudir al Código Civil, que organiza una administración conservadora (arts. 801 al 804) a cargo de los colegatarios, es decir, en este caso, de los nietos vivos.

3) Por la remisión del artículo 804, habrá que acudir a los preceptos que regulan la administración del ausente (¡y bien lo están aquí los posibles beneficiarios!) y determinan las facultades y modo de actuación de los representantes atribuyéndoles incluso facultades dispositivas (y, por tanto, las particionales de herencia) con autorización judicial (art. 186) y exigiéndoles «inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles» (artículo 185 del Código Civil) judicialmente y con intervención del Ministerio Fiscal (art. 2.045 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si toda esta legislación es aplicable, esta solución dista bastante de la adoptada por la escritura calificada, que mirando sólo a lo lejos, al momento en que los *nondum concepti* hicieran efectivo su derecho, se olvidó de tomar «desde ya» las necesarias medidas de imparcialidad y defensa, y tanto respecto a bienes inmuebles (inscritos o no) como a bienes muebles.

Lo que no comprendo es que el Registrador, que acertadamente alude en su nota a los artículos 801 al 805 del Código Civil, no hiciera caso de la remisión del 804 a la administración por los representantes del ausente. Es cierto que los artículos 185 y 186 no hablan de facultades particionales y esto pudo detener al Registrador y dirigirlo a la equivocada solución de la indivisibilidad. Pero la alusión del artículo 185, 2.º, a los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela, la lectura de los artículos 190 y 191 (que también invoca por analogía la resolución) y la consideración de que esos «representantes» no podrán oponerse a la petición de partición de los herederos «puros» disipan toda duda sobre el particular.

C) Tomadas en el acto particional las aludidas medidas de imparcia-

lidad y defensa de los derechos de los *nondum concepti*, quedaría pendiente la cuestión de impedir que por disposiciones o gravámenes indebidos por parte de los nietos vivos fuesen perjudicados aquellos derechos. Para impedirlo, en colaboración con el Registro de la Propiedad, es para lo que han debido tomarse en la escritura las medidas correspondientes.

Y aquí conviene aclarar algo respecto al contenido de la escritura porque todos (Registrador, Notario, recurrente y Dirección) hablan de reserva, de condicionamiento, de provisionalidad, pero unos alegando que se ha hecho la reserva y otros aduciendo que falta ésta. Lo sucedido es, al parecer, que en la escritura se ha establecido (¿por qué en la parte expositiva, según afirma el Notario?) la provisionalidad de las adjudicaciones de los nietos, y el Registrador, maximalista, entiende que esa provisionalidad debería haberse extendido (la contaminación de que habla el fundamento 5) a todas las adjudicaciones que se hacen en la escritura, criterio que, por cierto, contrasta con el de imposibilidad de la partición manifestado en la nota calificadora...

A mi juicio, en la escritura debió hacerse lo siguiente, aparte las adjudicaciones puras por la legítima de los tres hijos del causante:

1) Determinar los bienes (o cuotas indivisas de ellos) correspondientes a los dos tercios legados.

2) Adjudicar a los dos hijos, Francisca y José, puramente y sin limitación, los bienes (o cuotas) correspondientes a su participación (dos tercios) en el legado.

3) Adjudicar a los tres nietos vivos los bienes (o cuotas) correspondientes a la tercera parte del legado, atribuyendo cada finca (o cuota) a los tres *proindiviso* y haciendo constar respecto a todos y cada uno de los bienes, que por su carácter provisional, la adjudicación o adjudicaciones se resolverían si al fallecimiento del hijo «excluido» del legado hubiese, nacidos o concebidos, otros nietos. Con esto, el día de mañana los nietos vivos hoy podrían «elevar» a definitiva su adjudicación sin más que acreditar la inexistencia de nuevos nietos, si tal fuera el caso, o proceder en otro con los representantes de éstos a una nueva adjudicación en la proporción correspondiente según el número de nietos «viejos» y «nuevos» que se reunieran. Y obvio es decir que por la constancia de la provisionalidad en el Registro, tal resolución afectaría a los posibles terceros.

D) Pero aquí he de volver atrás porque en el sexto de los fundamentos de la resolución se afirma que los nietos vivos «en el concepto de administradores o titulares interinos tienen incluso facultades dispositivas..., de modo que aun sin contar con el consentimiento de los titulares preventivos —en el presente caso imposible (por la inexistencia de los *nondum concepti*, añadido yo)— pueden realizarse actos dispositivos plenamente eficaces», pero con la intervención judicial por aplicaciones de los artículos 185 y 186 del Código Civil y 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya he tenido ocasión de decir. Y alguien precipitadamente podría preguntar: ¿cómo es posible hablar, por un lado, de resolución afectante a tercero y, por otro, de actos dispositivos plenamente eficaces y de intervención judicial? ¿Es que la autorización judicial no quita al acto el carácter de claudicante? La contestación es bien sencilla: hay que distinguir entre la disposición de los posibles derechos de los *nondum concepti*

(lo que equivale a «liberar» el bien de que se trate de la posible reclamación el día de mañana por dichos *nondum concepti*) y la disposición por los nietos adjudicatarios de un bien afecto a esa posible reclamación. No es lo mismo enajenar como «libre» un bien del legado por causa de necesidad (v.gr., para con su importe reparar otro del mismo legado necesitado de ello), que enajenar los nietos un bien del legado en propio provecho con la amenaza de la resolución (y con conocimiento por el adquirente de la posibilidad de ésta): para lo primero será necesario la autorización judicial y la disposición será plenamente eficaz; para lo segundo no será necesaria tal autorización, pero la disposición podrá verse arrastrada por la resolución de la adjudicación a los nietos ahora existentes.

E) Por último, quiero decir dos palabras..., mejor dicho, tres, antes de terminar este comentario, sobre otros tantos puntos concretos:

1) Sobre la nota calificadora. La resolución está conforme con la denegación de la inscripción, pero advierte que no es por la razón esgrimida por el Registrador, sino por las que se deducen de los fundamentos establecidos en ella. Parece, por tanto, que la nota debió aludir a los siguientes extremos como impedientes de la inscripción: la falta de intervención judicial, la falta de asegurar competentemente el derecho de los posibles nietos futuros y la ambigüedad en la determinación del carácter provisional de la adjudicación a los legatarios existentes. En cambio, no es admisible la razón alegada por el Registrador: al estar el legado sujeto a condición, hay que esperar al cumplimiento de ésta para practicar la división de la herencia.

2) Sobre el auto presidencial. Me hubiera gustado conocer los argumentos de éste para revocar la nota calificadora. Pero ni se resumen en la resolución ni he podido deducirlos de las sentencias que se citan. En las fechas que se indican he encontrado varias sentencias, pero unas no afectan a estas cuestiones y otras contienen generalidades sobre interpretación de testamentos de las que nada deduzco.

3) Sobre la transcripción en el *Boletín Oficial del Estado*. Esta no es muy correcta. Se observan en ella varias erratas, que, sin duda, descubrirá en seguida el lector, pero me creo obligado a advertirle. Así, en dos de los fundamentos se emplea la expresión «titularidad interna» por «titularidad interina», y en otro se cita el artículo 1.901 en lugar del 190; en el resumen del informe del Registrador se escribe «teológica» por «teleológica» y se citan los artículos 81 y 85 por los 801 y 805 y *passim*; el «todavía no» se escribe en latín en forma distinta de *nondum*.

Esto es lo que me sugiere la Resolución de 29 de enero de 1988, cuya doctrina y redacción me parecen dignas de alabanza.

PEDRO AVILA ALVAREZ