

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

LA CLÁUSULA, CONSTATADA EN EL REGISTRO, EXPRESIVA DE QUE NO PODRÍA EL COMPRADOR EDIFICAR EN EL TROZO DE TERRENO VENDIDO, COMPRENDIDO ENTRE EL FRENTE DE LA TEJAVANA, QUE LO TIENE EN SU LADO ESTE, Y EL LÍMITE ESTE DEL TERRENO, NO REÚNE LAS NOTAS SUFICIENTES PARA CARACTERIZARLA COMO UNA SERVIDUMBRE, POR LO QUE, CONTENIENDO UN PACTO DE NATURALEZA OBLIGACIONAL, QUE NO DEBERÍA HABER TENIDO INGRESO EN LOS LIBROS, PROCEDE SU EXPULSIÓN DE AQUÉL, DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 21 de septiembre de 1966 ("B. O." de 4 de octubre de igual año).

«Inmobiliaria Olse, S. A.», era dueña de las dos fincas colindantes siguientes: A) «Parcela de terreno en La Portalada del Sur o simplemente La Portalada», y B) «Un terreno para antuzano, sito al sur de la casa perteneciente a doña C. A.». En la inscripción primera de esta última finca figura la siguiente limitación: «Esta venta se lleva a efecto con la condición de que no podrá el comprador edificar en el trozo de terreno vendido comprendido entre el frente de la tejavana que lo tiene en su lado este y el límite Este del terreno; en el resto del terreno podrá edificar libremente, pudiendo también levantar libremente la tejavana, objeto de la venta». Por escritura otorgada ante el Notario recurrente el día 10 de junio de 1965, don Jesús Olano Fernández, en representación de «Inmobiliaria Olse, S. A.», practicó las siguientes operaciones:

- a) Agrupación de las fincas anteriormente mencionadas.
- b) Segregación de 481 metros con 66 centímetros cuadrados, constitutivos de un solar para edificar.

c) Declaración de obra nueva, consistente en un edificio levantado en el mencionado solar, que integró las casas señaladas con los números 15 y 17 de la calle Hermanos Larrarte, de Santurce.

d) Constitución de tal edificio en régimen de propiedad horizontal.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento, con excepción de lo que luego se dirá, en el tomo, libro, folios, fincas e inscripciones que indican los cajetines al margen de las descripciones de las fincas. No admitida la inscripción en cuanto a la declaración de obra nueva, por constar en la inscripción primera de la finca señalada en el título con la letra B y obrante en este Registro de la Propiedad al folio 102 del tomo 762, libro 54 de Santurce, finca número 3.009, lo siguiente: Esta venta se lleva a efecto con la condición de que no podrá el comprador edificar en el trozo de terreno vendido comprendido entre el frente de la tejavana que lo tiene en su lado este y el límite Este del terreno, en el resto del terreno podrán edificar libremente, pudiendo también levantar libremente la tejavana, objeto de la venta. Este defecto es insubsanable y dada su naturaleza no se toma anotación de suspensión aunque se solicite.»

Interpuesto recurso por don José Caravias, Notario autorizante del Documento, la Dirección, confirma el Auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota calificadora, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que este expediente obliga a decidir acerca de la naturaleza del contenido de la cláusula de la escritura de compraventa, es decir, si se trata de una servidumbre negativa de no edificar, que tendría su acceso al Registro con arreglo a los artículos 2 y 13 de la Ley Hipotecaria, o si por el contrario se está ante un simple derecho personal, cancelable según el artículo 98 de dicho texto legal.

Que la lectura de la cláusula discutida revela que no reúne las notas suficientes para caracterizarla como una servidumbre, ya que se limita a declarar la obligación de no construir, sin que se haga constar cuál es el predio dominante y en beneficio del que se establece, ni la extensión, límites y configuración de esta pretendida servidumbre, así como su valor, circunstancias todas ellas de inexcusable descripción, con arreglo al artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento, por todo lo cual es forzoso concluir que se está ante un pacto de naturaleza obligacional, que no debería haber tenido ingreso en los libros registrales, y cuya expulsión procede, de conformidad con el mencionado artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

LOS PACTOS EN LOS QUE LAS PARTES ESTABLECEN UNOS SENDOS Y RECÍPROCOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE PARA EL CASO DE TRANS-MISIÓN DE LAS PARCELAS POR ACTO A TÍTULO ONEROSO EN EL QUE NO MEDIE DINERO, O POR DONACIÓN, HERENCIA O LEGADO EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS QUE APARECEN ESPECIFICADAS EN LAS CLÁUSULAS DE LA ESCRITURA, POR TENER CARÁCTER REAL, AL AMPLIAR EL CAMPO PROPIO DE APLICACIÓN DEL TANTEO, PUEDEN TENER ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Resolución de 20 de septiembre de 1966 («B. O.» de 6 de octubre).

Por escritura otorgada en Solsona el 28 de febrero de 1964, don F. y su madre, doña M., previas determinadas operaciones de segregación, vendieron a don M. y don S., la tercera parte indivisa, a cada uno, de una finca rústica de secano sita en término de Solsona, que pertenecía a los vendedores en nuda propiedad y usufructo, respectivamente; los comparecientes manifestaron ser dueños por terceras partes indivisas (la del señor V. usufrutuada por su madre, doña M.) de una finca urbana sita en la misma población; después de una agrupación llevada a cabo, los comparecientes quedaban dueños por terceras partes indivisas (la del señor V. usufrutuada por su madre, doña M.) de la nueva finca que se constituía (apartado expositivo quinto). Las estipulaciones cuarta, quinta, sexta y séptima de la escritura dicen literalmente lo que sigue:

«Cuarta.—Para el caso de que se dividiere materialmente la finca descrita en el apartado expositivo quinto de esta escritura, don M., don S. y don F. constituyen a favor de quienes fuesen dueños de las restantes parcelas, pero con la preferencia que se establece en la cláusula séptima, un derecho de tanteo recíproco y real; en consecuencia, si el adjudicatario de cualquiera de las porciones en que se dividiera aquélla o sus derechohabientes quisieran enajenar la misma, deberán notificarlo fehacientemente a los propietarios de las otras parcelas, indicando todas las condiciones de la operación, y ésta habrá de efectuarse en las mismas condiciones, con el o los titulares de la preferencia que optaren por ello dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación.

Quinta.—Si la transmisión onerosa no fuere mediante dinero, los titulares de la preferencia podrán adquirir la parcela objeto de aquélla por el precio que, salvo acuerdo entre los interesados, fijen dos peritos nombrados, uno por cada parte, o, caso de discrepancia, un tercero designado por el Juez de Primera Instancia de Solsona.

Sexta.—Si cualquiera de dichas parcelas se transmitiere, bien sea por donación o por herencia o por legado, a favor de quien no sea alguna de las personas a las que la Ley llamaría a la sucesión abintestato del propietario de aquélla, los dueños de las otras parcelas, con la preferencia que se dirá en la cláusula séptima, podrán adquirirla dentro de los treinta días hábiles si-

guientes a la notificación fehaciente de la proyectada donación o de la transmisión *mortis causa*, mediante abonar al donante, heredero o legatario, el valor que, salvo acuerdo entre los interesados, fijen unos peritos designados, según se indica en la cláusula anterior.

Séptima.—Los derechos de preferente adquisición establecidos en las tres cláusulas precedentes serán también aplicables si las transmisiones tuvieran por objeto las participaciones indivisas creadas en la presente escritura; en todo caso, si no se diere la notificación prevenida, él o los titulares de la preferencia podrán hacer uso de su derecho dentro de treinta días hábiles, contados desde que por cualquier medio tenga conocimiento de la transmisión; el o los dueños de la participación o parcela que se adjudique a don F o a sus sucesores serán preferidos a los dueños de las otras en el ejercicio de dichos derechos, que podrán ejercer, aunque el adquirente fuere otro de los condueños o titulares de las parcelas; los repetidos derechos, dentro de los límites del artículo 781 del Código civil, sólo actuarán respecto de la primera transmisión de las que, pudiendo dar lugar a ellos, fuere objeto cada parcela o participación y solicitan su inscripción en el Registro de la Propiedad.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en donde indican las notas puestas en cajetín al margen de las respectivas descripciones de las fincas, denegándose la inscripción de los derechos de tanteo que se establecen en las cláusulas quinta, sexta y séptima, salvo en cuanto a esta última cláusula cuando la transmisión a que hace referencia la misma tenga relación con lo establecido en la antes expresada cláusula cuarta, por no referirse a transmisiones onerosas de venta o de dación en pago, únicos supuestos en que puede actuar este derecho.»

Interpuesto recurso por don Enrique Jiménez Brundelet, Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota calificadora, mediante la doctrina siguiente:

Que el problema que plantea este recurso consiste en resolver si pueden tener acceso al Registro, caso de tener carácter real, los pactos en los que las partes establecen unos sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de las parcelas por acto a título oneroso en el que no medie dinero, o por donación, herencia o legado, en determinadas circunstancias que aparecen especificadas en las cláusulas discutidas.

Que el sistema inmobiliario español está centrado exclusivamente en la inscripción de los títulos que contienen actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, según establece el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sin que puedan tener acceso todos aquellos otros que presentan una naturaleza personal, por no alcanzar la consideración de gravámenes, y de ahí que, conforme ya declaró la Resolución de 29 de marzo de 1955, será función de los Registradores velar por la eficacia del sistema y evitar que ingresen en los libros registrales derechos, cargas y gravámenes de dudoso carácter real, que permitirían la inscripción de todo tipo de cláusulas y otorgarían amparo frente a tercero, a título de deficientes e imperfectos.

Que al desempeñar los Registradores esta función, tropiezan con graves dificultades prácticas, pues salvo en los casos en que los caracteres típicos del derecho real se presentan con nitidez, no deja de ser frecuente la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y hay también unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio, como ya previene el artículo 467 del Código civil respecto del usufructo o el 594, en relación a la servidumbre.

Que por todo ello se debe extremar el cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de *numerus apertus*, tradicionalmente seguida por este Centro, y que encuentra su justificación en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.

Que en el caso concreto discutido aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real—similar a otras ya admitidas por nuestra legislación (art. 16, apartados 8 y 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos; arts. 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; arts. 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc.) y por la jurisprudencia—, ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación del tanteo, al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que:

a) Existe convenio en el que se concede al titular la facultad *erga omnes* de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito.

b) El precio no queda fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1447 del Código civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

c) Se concede un plazo determinado y breve—treinta días—para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión.

d) Este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión, y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida.

e) Se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho.

* * *

El que se estudie a fondo los retractos en España desde el ángulo de limar sus cortantes aristas, no quiere decir que se den alas a la

categoría de los derechos reales de adquisición. No sólo es lamentable la simpatía del legislador español por los retractos, sino el entusiasmo de nuestros tratadistas por dicha categoría. El aprendiz de jurista español se llega a formar la falsa idea de que tal figura jurídica es tan básica y universal, que su falta en nuestros tratadistas anteriores era poco menos que un síntoma de atraso español. Es preciso desarraigar este prejuicio, para cerciorarse de cómo los derechos reales de adquisición son desconocidos en la doctrina dominante francesa e italiana, y en la alemana tienen tan reducido ámbito, que únicamente por el exceso de rigurosidad conceptual de la mentalidad germánica se han colocado frente a los derechos reales de goce y a los de realización de valor.

Dar vuelos a la categoría de los derechos reales de adquisición es pernicioso, porque es animar al legislador a que siga complicando la vida jurídica con más figuras retractuales cada día.

Estas palabras, no nuestras, sino del culto Registrador, Tirso Carretero (*Tanteo y Retracto Arrendaticio Urbano*, nota 11, página 807, año 1958, de esta REVISTA), de suscribirse totalmente entrañarían una dura crítica a la Resolución precedente.

No llegamos—ni mucho menos—a esto, pero son bastantes, con su mera lectura a justificar la postura del Registrador. Se perfilan derechos o se crean limitaciones, que al menos hay que reconocer van contra el sentido de libertad de la propiedad, dogma éste que, por encima de todo, debe prevalecer y que implícitamente viene a adoptar el Centro Directivo en el apartado final e) del último de sus Considerandos, pues toda indivisión es una traba a su fácil comercio.

Por otra parte, y huyendo de exagerar toda crítica negativa, siempre lejos de nuestro modesto hacer, entendemos con el Presidente de la Audiencia que es muy liberal la *analogía (de total inaplicación al caso*, expresa el auto) que se hace por el Notario recurrente, en su ágil informe—que recoge el Centro Directivo—del vacilante derecho—o derechos—por dicho funcionario creados, con los especialísimos de las Leyes de Arrendamientos rústicos y los de Sociedades Anónimas y Limitadas.

Y si decimos vacilante derecho, es porque el mismo Notario, en su escrito de alzada del auto presidencial, reconoce «la impreme-

ditada denominación de tanteo» por él empleada en la escritura calificada.

Al Registro deben ir solo derechos perfectamente limpios y diferenciados. Si propiamente son «tanteos» los creados, y si en frases del mismo Notario, «tanteo y retracto no son, según la doctrina, dos derechos diferentes, sino dos fases o aspectos—previo y subsiguiente—de un mismo derecho de adquisición preferente», estimamos oportuno recordar la polémica, aun no resuelta, sobre la «realidad» de esos dos derechos: «tanteo y retracto» paccionados, que hizo decir, con precisas y ajustadas palabras a un Notario, Alfonso del Moral—Conferencia en la A. M. del N. de 9 de mayo de 1950, «Los Derechos de Adquisición y el problema de su rango—, «que en la configuración obligacional del retracto (más del tanteo y máxime como los expone o configura el Fedatario recurrente) *paccionando* no se producirá jamás el montaje de un puro y firme derecho de adquisición, sino el de una *esperanza* de adquirir, pendiente de una condición *si volet* o engarzada a una cláusula penitencial; un derecho de adquirir *non nato*, en definitiva» (pág. 358, T. VIII).

¿Y *quid* en cuanto al rango entre esos derechos de preferente adquisición que configura la Dirección—último Considerando—con el retracto de comuneros del artículo 1.522 del Código civil? El citado Del Moral parece concederle preferencia a este último (página 368, ob. cit.).

¿Qué irían contra sus propios actos, conforme a lo convenido en la estipulación 7.ª, al invocar este retracto de comuneros D. M. y D. S. contra R. F.? ¿Que ha de tratarse de actos en que no «medie dinero»? ¿*Quid* de la Permuta?

En sus Vistos se ha tenido en cuenta por la Dirección la Resolución de 27 de marzo de 1947 (véase en esta REVISTA, págs. 394 a 399 de dicho año). Pues bien, en ella se analiza la posible analogía de la relación jurídica debatida (que se expulsó del Registro) con el Retracto convencional. En la presente—en conexión con aquélla—, uno de los elementos esenciales allí contemplados, exigidos por el Código civil: el plazo para retraer, artículo 1.508, contra lo que pretende justificar el apartado c) de su Considerando 5.º, para nosotros—con todo respeto para el Ilustre Centro—no encaja

en absoluto con la letra de dicho básico precepto. El plazo para retraer (o tantear, como se quiera) debe computarse *desde la fecha del contrato* reza diáfananamente el artículo 1.508—tanto a falta de pacto expreso, como si lo hay (que no excederá de diez años). Por tanto, esas notificaciones que se fijan para cuando se quiera enajenar las porciones que se adjudican (Estipulación 4.ª de la escritura), o sea, sin sujeción a términos desde la fecha del contrato, van contra la imperatividad del artículo 1.508 tan repetido—de nuestro Código fundamental.

No hacemos sino aflorar cuestiones fácilmente perceptibles a la simple lectura del documento calificado.

Y hasta la cortapisa a la libre disposición por testamento y donación del patrimonio, ¿no choca contra lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria?

Fljémosnos que es en un acto *inter vivos*—de venta—, no en el negocio Testamento o donación, donde se formalizan prohibiciones de disponer que no sean a favor de determinadas personas (las llamadas abintestato de los que se vinculan).

Todo ello, en fin, propicio a polémicas que se deben rehuir para aquellos derechos que entren en el Registro.

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CON CLÁUSULA DE RESIDUO O FIDEICOMISO DE RESIDUO, OBSERVÁNDOSE, EN EL PRESENTE CASO, QUE EL SEGUNDO LLAMAMIENTO NO PUEDE TENER LUGAR POR HABER FALLECIDO ANTES QUE LA TESTADORA TODOS LOS POSIBLES FIDEICOMISARIOS, SUPUESTO ASIMILABLE AL DE NULIDAD DE LA SUSTITUCIÓN, QUEDA LIBERADO EL FIDUCIARIO DE LA RESTITUCIÓN Y ADQUIERE EL CARÁCTER DE HEREDERO PLENO POR PURIFICARSE EL FIDEICOMISO, POSICIÓN QUE APARECE REFORZADA EN ÉSTE, LLAMADO FIDEICOMISO DE RESIDUO, RESPECTO A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL.

Resolución de 5 de octubre de 1966 («B. O.» de 19 de igual mes y año).

El 20 de marzo de 1935, doña F. U. P. otorgó testamento abierto ante el Notario de Madrid, don Emilio Marcos Salvador, en el que dispuso lo siguiente: «Instituye únicos y universales herederos de todos sus bienes, derechos y ac-

ciones a su madre, doña M. P. C., en la mitad de su herencia, y en la otra mitad a su marido, don B. R. R. Si su citada madre fallece primero que la testadora, en este caso será único heredero su marido en pleno dominio, pudiendo, por tanto, disponer libremente de ellos por contratos *inter vivos*. Al fallecimiento de su citado marido, los bienes que éste conserve de los que adquiriera de la testadora, pasarán en pleno dominio a su hermano, don S. U. P., y, a falta de éste, a sus hijos legítimos, sin que ni uno ni otros tengan intervención alguna en las operaciones divisorias de la herencia, pues su derecho queda limitado a recibir los bienes que procedentes de la otorgante pueda dejar su marido.» Don S. U. P. falleció soltero el 4 de noviembre de 1935; doña M. P. C. falleció el 13 de mayo de 1942; doña F. U. P. falleció el 9 de noviembre de 1961. El 22 de julio de 1963 se otorgó ante el Notario de Madrid, don Blas Piñar López, el correspondiente cuaderno particional, en virtud del cual se inscribieron en el Registro de la Propiedad número 9 de Madrid siete fincas procedentes de la causante, haciéndose constar los particulares del testamento de doña F., y el 9 de agosto de 1963 falleció don B. R. R., bajo testamento abierto otorgado en Madrid el 26 de marzo del mismo año ante el Notario de la capital, don Javier Gaspar Alfaro, en el que instituyó herederos universales de todos sus bienes a sus sobrinos, don P. A., doña M. P. y don E. H. R., los cuales otorgaron en Ríaza el 2 de diciembre del mismo año, ante el Notario de Sepúlveda, don Alberto Llobell Muedra, escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales de la herencia de don B. R. R., en la que se incluían las siete fincas anteriormente aludidas, procedentes de doña F. U. P., de las que el causante no había dispuesto por actos *inter vivos*.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 9 de Madrid primera copia de la anterior escritura, junto con los correspondientes documentos complementarios, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto consistente en que habiendo adquirido el ahora causante, don B. R., los inmuebles objeto del mismo por herencia de su esposa, doña F. U. P., en pleno dominio y con facultad de disponer, pero únicamente por contratos *inter vivos*, habiendo de pasar los bienes de que no dispusiera al hermano de la testadora, don S. U. P., y, a falta de éste, a sus hijos legítimos, y aunque se dice que este heredero de residuo premurió a la testadora, en estado de soltero, hechos que además no se justifican, no dándose el supuesto que origina el derecho de acrecer, ni el que justifica su adquisición, no pudo don B. R. haber adquirido los bienes con libertad absoluta, para poder transmitirlos, también *mortis causa*, a sus herederos, a no ser que al abrirse la sucesión legítima de doña F. U., por estar en una de las hipótesis del artículo 912 del Código civil, fuese declarado heredero de tal señora el hoy causante. El defecto se considera insubsanable. Se suspende además la inscripción por no justificarse el pago del precedente arbitrio de plusvalía o la presentación de la declaración jurada al efecto; y en cuanto a la finca número 8, por falta de inscripción previa al causante. Estos dos últimos defectos se consideran subsanables. No procede tomar anotación preventiva, caso de pedirse.»

Interpuesto recurso por los hermanos H. R., la Dirección revoca el Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la

nota del Registrador, mediante la interesante y cuestionable doctrina siguiente:

Que la lectura de la cláusula testamentaria, transcrita en el resultando primero, revela claramente la voluntad de la testadora de establecer una sustitución fideicomisaria con cláusula de residuo o fideicomiso de residuo, ya que instituye heredero en pleno dominio de toda la herencia a su marido, para el caso de que la madre de aquélla le premuera, como así ha sucedido, y faculta al heredero para disponer libremente de todos los bienes por contratos *inter vivos*, con la particularidad de que a su fallecimiento los bienes que éste conserve, de los que adquiera de la testadora, pasarán en pleno dominio a un hermano de ésta y, en su defecto, a sus hijos legítimos, y se recalca, incluso, que ni el segundo llamado ni sus hijos tendrán intervención alguna en las operaciones divisorias de la herencia al quedar limitado su derecho a «recibir los bienes que procedentes de la otorgante pueda dejar su marido».

Que si bien la doctrina se muestra vacilante en cuanto a la naturaleza del fideicomiso de residuo, e incluso la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo suele negar su total encuadre dentro de los límites de la genuina sustitución fideicomisaria (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955 y 25 de noviembre de 1960, entre otras) por considerar que el derecho del fideicomisario es eventual, al depender de que resten bienes al fallecimiento del fiduciario y que no recaer sobre éste la típica obligación de conservar los bienes, ya que está tan sólo obligado a restituir los que queden al tiempo de su muerte, es evidente que esta diferencia afecta a los derechos de los fideicomisarios que aparecen notablemente mercados, en tanto que el fiduciario tiene la misma posición jurídica e idénticos derechos que los que tendría de haber sido llamado sin cláusula de residuo, pero ampliados con las facultades de disponer *inter vivos* y, a veces, por especial concesión del testador, incluso *mortis causa*.

Que puede ser doctrinalmente opinable la calificación del fideicomisario como heredero o legatario puro o condicional—lo que suele sostener nuestro más Alto Tribunal (sentencias de 13 de noviembre de 1948 y 22 de diciembre de 1961, entre otras)—, o bien solamente condicional en el supuesto de que así lo estableciera el testador, condicionando su adquisición a cualquier evento, como el de que sobreviva al fiduciario—lo que excluiría la aplicación del artículo 784 del Código civil—o el de que queden bienes de los que éste no haya dispuesto en el momento de su fallecimiento o a ambos conjuntamente.

Que la doctrina e incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 7 de enero de 1959) suele distinguir dos modalidades de fideicomiso de residuo: la primera, en el supuesto de que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución, sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia (*si aliquid supererit*), y la segunda, en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición, de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*), con lo que resulta evidente que el que es objeto de este recurso debe encuadrarse dentro de la primera modalidad, ya que los actos que el fiduciario pueda realizar no tienen límite cuantitativo y sólo pasarán bienes al fideicomisario «si algo quedare».

Que en la sustitución fideicomisaria normal tienden los preceptos del Código civil a restringir las limitaciones que al fiduciario se le pueden imponer, bien al evitar que los llamamientos fideicomisarios pasen de un determinado grado—artículo 781 del Código civil—, bien al prohibir que graven la legítima o incluso la mejora si no es en favor de descendientes—artículo 782—, bien al exigir que los llamamientos de los fideicomisarios sean expresos—artículo 783— o, por último, incluso al liberar de restitución al fiduciario, si la sustitución fuese nula, en cuyo caso, según el artículo 786, la cláusula fideicomisaria «se tendrá por no escrita».

Que en el presente caso se observa que el segundo llamamiento no puede tener lugar por haber fallecido antes que la testadora todos los posibles fideicomisarios, en cuyo supuesto se plantea el problema de encontrar el destino de los bienes que proceden de su herencia, lo que hace necesario optar, o por entender llamados tácitamente como fideicomisarios a otras personas, tales como los herederos «abintestato» del fideicomisario—lo que prohíbe el artículo 783—, o por entender que la testadora no dispuso suficientemente de todos sus bienes y abrir la sucesión intestada de aquélla, o, finalmente, considerar que, al no poder tener lugar el segundo llamamiento, queda liberado el primer llamado de la cláusula fideicomisaria, y, en consecuencia, en libertad de poder disponer de los bienes, incluso *mortis causa*.

Que en la sustitución fideicomisaria normal o sin cláusula de residuo la nulidad de la sustitución—artículo 786 del Código civil—libera integralmente al fiduciario de las obligaciones de restitución, supuesto al que hay que asimilar el de pre-moriencia de los fideicomisarios, ya que para poder heredar han de tener capacidad «al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate»—artículo 758 del Código civil—y adquieren derecho a la sucesión «desde la muerte del testador»—artículo 784 del Código civil—, habiendo, incluso, sostenido el Tribunal Supremo de los fideicomisarios de residuo no adquieren, en principio, derecho alguno, hasta que, desaparecido el fiduciario por muerte, pueda saberse si hay o no residuo (sentencia de 13 de noviembre de 1948, 10 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1960, 22 de diciembre de 1961).

Que si en la sustitución fideicomisaria normal, al no ser posible la entrada del fideicomisario nombrado por el testador, queda liberado el fiduciario de la restitución y adquiere el carácter de heredero pleno por purificarse el fideicomiso, con mucha más razón sucederá lo mismo en la sustitución fideicomisaria con cláusula de residuo, en la que la posición del fiduciario resulta considerablemente reforzada y en donde a mayor abundamiento, en este caso concreto, la voluntad de la testadora, Ley de la sucesión en todo aquello que no se oponga a normas de Derecho imperativo, aparece claramente manifestada al gravar de restitución a su marido solamente en favor de personas determinadas—su hermano o los hijos legítimos de éste—y no en favor de cualesquiera otras, como podrían ser los herederos intestados de aquélla.

* * *

El profesor FUERTES DE VILLAVICENCIO, en Revista Jurídica de Cataluña, año 1955, páginas 352 y siguientes, en comentario a Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, escribió: «Que admitida la existencia de un fideicomiso de residuo, surge la antigua

y discutida cuestión relativa a la amplitud de las facultades del fiduciario, y especialmente la inclusión o no entre ellas de la *disponibilidad mortis causa* por testamento, y es preciso reconocer que, junto a los autores que la admiten, hay una copiosa doctrina dirigida a negarla rotundamente, suponiendo para RUGGIERO la cláusula de residuo una cláusula de libre disposición entre vivos y una prohibición de transmitir por testamento, confirmado todo ello por POLACCO, GANDI, CASTÁN, ROCA y, concretamente, por DE DIEGO, al expresar que enajenar no incluye facultad de testar criterio igualmente sostenido por el Tribunal Supremo, ratificando antiguas Sentencias y en fecha reciente y con toda claridad en las de 13 de noviembre de 1948 y 1 de diciembre de 1951, que señalan la necesidad de que el fiduciario se encuentre expresamente autorizado por el testador para *disponer mortis causa*, tendencia prohibicionista, que ha tenido eco en la dirección General de los Registros, cuyas resoluciones repetidamente expresan la negativa de la disposición testamentaria, como ocurre en las de 25 de abril de 1913, 26 de mayo de 1925 y 16 de noviembre de 1944 (pág. 240. *Comentarios a la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, JOSÉ GASSIOT MAGREL).

Con estos antecedentes, y apoyado en la primera oración del artículo 675 del Código civil y jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal, de que cuando las disposiciones testamentarias estén claras se esté a la letra de las mismas, a nadie puede extrañar la nota denegatoria del Registrador.

Es la postura tradicional que fué combatida por los recurrentes, diciendo que toda limitación tiene una razón de ser que, en este caso, era que el remanente de los bienes fuese al fideicomisario con preferencia a otra persona, por lo que al fallecer antes que el fiduciario, desaparece esta restricción, criterio acogido por el Considerando 7.º y reiterado por el siguiente y último, al expresar «que en la cuestión debatida, la voluntad de la testadora, *Ley de la sucesión* en todo aquello que no se oponga a normas de Derecho imperativo, aparece claramente manifestado al gravar de restitución a su marido solamente en favor de personas determinadas—su hermano o los hijos legítimos de éste—y no en favor de cualquiera otras, como podrían ser los herederos intestados de aquélla».

No es nueva esta doctrina por parte de nuestro ilustre organismo Rector. En nuestra nota a la Resolución de 16 de noviembre de 1944 (pág. 123, año 1945, de esta REVISTA) empezamos manifestando: «Con gran acierto, la Dirección, en su notable Resolución de 26 de mayo de 1925, dejó sentado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, que en las sustituciones de este tipo habrá de tenerse en cuenta el artículo 675 del Código civil, según el cual, las disposiciones testamentarias deben entenderse en el *sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca de un modo claro, que fuera otra la voluntad del testador*» (1).

Pero ¿cuál es la auténtica voluntad del testador o testadora en este caso? Como dice el Registrador, algunos de los razonamientos de los recurrentes—y de la Dirección—pueden llevar a conclusiones contrarias a las que se mantienen, pues si tan previsora fué la causante y no atribuyó a su marido después del fallecimiento de su hermano la facultad de disponer *mortis causa* de los bienes que le dejara, es que prefería para el posible residuo a sus propios parientes a los de su marido.

Este argumento es de gran fuerza. y si al mismo agregamos lo que también adujo el Registrador, «de que el viudo heredero no pudo transmitir *mortis causa*, los bienes procedentes de su esposa, precisamente por existir una institución de residuo, cuya finalidad es

(1) Puede consultarse también la Resolución de 8 de febrero de 1957 y nota a la misma (esta REVISTA, igual año, págs. 683 a 689) en cuanto a aspectos marginales que en la que nos ocupa se trata, añadiendo a lo allí dicho (página 689) respecto a la característica de la sustitución de residuo, lo expuesto por PUIG BRUTAU, reafirmando la posición de ROCA, que nosotros suscribimos, de que si en la sustitución fideicomisaria el sustituto adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, mientras que en la de residuo la adquisición depende de que se cumpla la condición de fallecer el llamado, en primer lugar, sin haber dispuesto de todos los bienes, ello posiblemente no es exacto en un doble sentido: al dar por supuesto que no cabe sustitución fideicomisaria condicional (la jurisprudencia ha declarado que el artículo 784 sólo es aplicable cuando la sustitución fideicomisaria no es condicional, como puede verse en la sentencia de 9 de abril de 1928 y en las que en ella se citan), y al no estimar que es diferente tener consolidado el derecho a adquirir el residuo que pueda quedar y adquirirlo efectivamente, en su caso, por existir dicho residuo. Esto último no es condición en sentido propio, pues no afecta a la cualidad de sustituto llamado a poder realizar dicha adquisición (pág. 201. *Comentario a S. sala de lo Civil de la A. Territorial de Barcelona*, 8 de mayo de 1961, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1962). Véase, al parecer coincidente con este criterio, final Considerando *ch*), sentencia citada en el texto de 5 de julio de 1966 (pág. 926, núm. octubre 1966 de «Revista de Derecho Privado»), si bien con remisión a la de 29 de marzo de 1955.

impedir que los bienes vayan a una rama distinta de su origen» (Ss. de 13 de febrero de 1943, 13 de septiembre de 1946 y 21 de septiembre de 1956), se patentiza lo fundado de su calificación, si- quiera haya sido rechazada.

Pero un matiz interesante de esta Resolución, y acaso en el mismo se halla el fundamento de su decisión, sea la acentuación de su tendencia a huir del rígido encuadramiento de las sustituciones de residuo como sustituciones condicionales, comprendidas en el artículo 759 del Código civil, cual reiteradamente viene repitiendo el Tribunal Supremo (ver, por todas, la reciente Sentencia de 5 de julio de 1966), para considerarlas *como una modalidad*, mejor, de las sustituciones fideicomisarias.

Como dice PUIG BRUTAU (Conferencia de 23 de noviembre de 1959, pág. 526, T. XIII, año 1962, A. A. M. Notariado), es tanto más digna de ser tenidas en cuenta esta doctrina (se refiere a la de la Resolución de 8 de febrero de 1957) si se advierte la expresada tendencia de nuestro más Alto Tribunal, pues este criterio—que acusa, insistimos, la Dirección—tiende a asegurar la sólida posición del llamado en segundo lugar.

Finalmente, nos permitimos recomendar la lectura de nuestras notas a las Resoluciones de 2 de junio de 1956, 8 de febrero de 1957 y 29 de noviembre de 1962 (esta REVISTA, págs. 120 y sigs., 688 y sigs., año 1957, y 279 y 280, año 1963, respectivamente).

NO ES INSCRIBIBLE LA DONACIÓN DE UNA FINCA RÚSTICA GANANCIAL HECHA SÓLO POR EL MARIDO A UNO DE SUS HIJOS, EN LA QUE SE SUPLE EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA POR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, PREVENIDA EN EL PÁRRAFO 1.º DEL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 6 de octubre de 1966 ("B. O." del 20 de igual mes y año).

Por escritura autorizada por el Notario recurrente, el 12 de junio de 1964, don J. L. V., casado con doña C. P. P., donó, pura y simplemente, a su hijo don J. L. P. una finca ganancial que pertenecía al citado matrimonio, subordinada tal liberalidad a que el donatario continuase cumpliendo fielmente sus deberes de piedad filial. En la mencionada escritura compareció y prestó el con-

sentimiento sólo el padre, que aportó además una autorización judicial «supletoria de la de su esposa doña C. P. P., para hacer donación a su hijo don J. L. P. de una suerte de tierra, pago de Tijola, término de Orgiva, de cuatro celemines y medio de cabida, equivalentes a 24 áreas y 12 centiareas, donde arraigan tres olivos...». La petición de tal autorización, según consta en el auto, se basaba en que el matrimonio vive en el domicilio del donatario que cuida de sus padres donantes, ancianos y prácticamente inútiles, hasta el punto de que la esposa «está totalmente impedida para salir de su domicilio y tiene extraordinariamente debilitadas sus facultades mentales», razón por la cual el marido solicitaba «la autorización judicial supletoria a que se refiere el artículo 1.413 del Código civil».

Presentada en el Registro primera copia de la indicada escritura fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto, que se considera insubsanable, de que, tratándose de una donación de bienes inmuebles gananciales (no incluida en los supuestos del artículo 1.415 del Código civil), la realiza sólo el esposo, cuando la donación debieron realizarla los dos cónyuges, sin que el hecho de que la esposa no intervenga en la donación, es decir, no done, pueda suplirse por autorización judicial alguna, obtenida al amparo del artículo 1.413 y menos aún para la presentada, para cuya obtención se invocó el que la esposa tiene extraordinariamente debilitadas las facultades mentales, diciendo el Juez que está incapacitada para dar el consentimiento, lo que debió llevar a la declaración de la correspondiente incapacidad y prever a la formación de la correspondiente tutela.»

Interpuesto recurso por don Manuel Torres Puente, Notario de Orgiva, autorizante de la expresada escritura, la Dirección confirma el auto apelado y la nota del Registrador, en méritos de la correcta doctrina siguiente:

Que el Código civil, al regular las facultades del marido en la sociedad de gananciales, distingue, de un lado, entre los actos realizados a título oneroso, a los que dedica fundamentalmente el artículo 1.413, y en donde las amplias facultades atribuidas al marido han sido recortadas por la Ley de Reforma de 24 de abril de 1958, y de otra parte, los actos efectuados a título gratuito que han subsistido inalterables después de dicha Ley, y en donde la norma general es la carencia de poder dispositivo por el marido, conforme se deduce del propio artículo 1.413, que se refiere únicamente a las enajenaciones a título oneroso y de los supuestos excepcionales en que aparece admitido, como son los casos de los artículos 1.343, 1.409 y 1.415.

En consecuencia, que tales actos habrán de ser realizados por ambos cónyuges, bien conjuntamente—lo que sería la fórmula técnicamente más correcta—, y que es la empleada en los citados artículos 1.343 y 1.409 del Código civil o bien incluso por uno de ellos con el consentimiento del otro—, como alguna vez ha apuntado la jurisprudencia para tratar de salvar el negocio, dada la existencia clara de una plena conformidad al acto, de modo que la no prestación del consentimiento por uno de los esposos acarrea la nulidad plena de la transmisión verificada.

Que la lectura de la escritura discutida pone claramente de relieve que el acto otorgado es una donación pura y simple que no encaja dentro de los supuestos especiales en los que el marido puede disponer por sí solo de los bienes gananciales—como pretende hacer valer el recurrente—, y resulta además confirmado por el propio auto judicial, que concede la autorización para suplir el consentimiento de la mujer en base al artículo 1.413 del Código civil, precepto inaplicable al negocio concluido por tratarse de una disposición a título gratuito.

* * *

Debe verse, en relación con lo expresado por nuestro Ilustre Centro, la Resolución que cita en su Vistos de 3 de octubre de 1924.

G. C. C.