

**18905** *RESOLUCIÓN de 16 de septiembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Fuenlabrada, don Javier López-Polín Méndez de Vigo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número cuatro de Alcalá de Henares, don Enrique Rajoy Brey, a inscribir una escritura de aceptación y partición de herencia.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Fuenlabrada, don Javier López-Polín Méndez de Vigo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número cuatro de Alcalá de Henares, don Enrique Rajoy Brey, a inscribir una escritura de aceptación y partición de herencia.

#### Hechos

##### I

Por escritura autorizada ante el Notario de Fuenlabrada, don Javier López-Polín Méndez de Vigo, número 3.611 de protocolo, de fecha 28 de noviembre de 2002, doña María S. L. y sus hijas doña Alicia y doña Esther D. S., procedieron a la aceptación y partición de herencia, causada al fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, don Amalio D. S. Las circunstancias de la escritura constan especificadas en el Fundamento de Derecho 1 de esta resolución.

##### II

Presentada la anterior escritura en el Registrador de la Propiedad, número cuatro, de Alcalá de Henares fue calificada con la siguiente nota: «Suspendo la inscripción del precedente documento, por no acompañarse instancia, con firma debidamente legitimada y liquidado el impuesto correspondiente, solicitando la extinción del usufructo del que es titular don Cristóbal D.D., y aportarse copia autorizada del certificado de defunción del mismo. No se ha tomado anotación de suspensión ni se ha practicado la inscripción parcial del documento por no haberse solicitado expresamente por el presentante. Contra esta nota cabe interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante escrito que se puede presentar en este Registro, en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de la notificación de esta calificación, conforme a los artículos 3245 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Alcalá de Henares a 13 de enero de 2003. Fdo.: Enrique Rajoy Brey».

##### III

El Notario de Fuenlabrada don Javier López-Polín Méndez de Vigo, interpuso contra la anterior calificación, recurso gubernativo y alegó: Que es inadmisibles la posición del Registrador en cuanto que no le basta el documento público donde consta el hecho que por sí solo produce la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, y pide que se haga constar por medio de una «instancia privada», aunque con firma legitimada; ya que, tratándose de usufructo vitalicio, la consolidación se opera ipso jure por el hecho natural de la muerte del usufructuario, bastando la justificación de ese hecho, mediante la presentación de la certificación del Registro civil que lo acredite, junto con el documento calificado, para provocar el oportuno asiento registral, sin que sea precisa manifestación de voluntad alguna aparte. Que, en cuanto a la exigencia de que esté liquidado el impuesto correspondiente, si lo que se entiende el Registrador es que la autoliquidación practicada por los interesados por su adquisición hereditaria no es correcta en cuanto no contiene la liquidación correspondiente a la consolidación del pleno dominio, no es procedente el defecto alegado, ya que el Registrador, no tiene que calificar si la liquidación del impuesto efectuada por los interesados del título presentado para su inscripción es o no correcta, como han señalado diversas Resoluciones de esa Dirección General.

##### IV

El Registrador de la Propiedad en su informe alegó lo siguiente: Que el propio Notario recurrente acepta la necesidad de aportar la certificación de defunción de don Cristóbal D.D. para proceder a la cancelación del usufructo que consta inscrito a su nombre y a la consolidación a favor de su hijo y causante de la herencia que se documenta en la escritura calificada. Que la cuestión se ciñe en determinar si, a tal efecto, es necesario la presentación de una instancia con firma legitimada suscrita por los beneficiarios de la consolidación y, en su caso, si la misma ha de estar liquidada. Que uno de los principios básicos por los que se rige el sistema

hipotecario español es el de rogación (artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 39 y 40 de su Reglamento). Que es cierto que hay ciertas excepciones a este principio pero ninguna de ellas se refiere a este supuesto. Que el artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario recoge un supuesto de rogación presunta pero, dado que, en tanto que excepciones a la regla general, las presunciones han de ser expresas, no procede aplicar este criterio a los hechos de que se trata. Que se podría pensar en una rogación tácita que recoge la Resolución de 19 de enero de 1998 pero, para que pueda operar, la misma resolución exige que el negocio que origina el derecho conste documentado. Que en el presente caso los interesados no han documentado ni pedido en ningún momento la inscripción de la consolidación del usufructo que consta inscrito a favor de su abuelo. Que el error del notario recurrente consiste en confundir la adquisición de un derecho con el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para que surta efectos contra todos, lo que implica su documentación e inscripción. Que siguiendo el criterio del Notario se permitiría al hipotético heredero único - y hasta a todos ellos en el caso de que fueran varios-evitar el pago del impuesto. Que a pesar de que el notario recurrente señala, que «diversas resoluciones de la Dirección General» han sentado el principio de que el registrador no tiene que calificar si la liquidación del impuesto efectuada por los interesados del título presentado para su inscripción es o no correcta, las de fecha 21 de octubre de 1987, 21 de enero de 1993 o de 1 de septiembre de 1998, apuntan en la dirección contraria, especialmente cuando, como ocurre en el caso ahora debatido, nos encontramos con hechos imponderables diferentes: la consolidación y adquisición del derecho de usufructo que se produce por el fallecimiento de don Cristóbal D. D., y la herencia de su hijo, don Amalio D. S. Que es de reseñar que la escritura calificada lleva por título únicamente el de herencia de don Amalio D. S. y que en ningún momento en ninguno de sus exponendos ni tampoco en las adjudicaciones se hace mención del hecho de la adquisición del usufructo como un acto que se está documentando en el mismo instrumento con lo que se imposibilita que el liquidador pueda conocer la existencia de este segundo negocio.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 14, 20 y 254 de la Ley Hipotecaria; 33 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 66, 99 y 100.1 de su Reglamento; Resoluciones de 21 de enero de 1993, 1 de septiembre de 1998 y 11 de enero de 2001.

1. Las circunstancias de hecho que ocurren en el presente recurso son las siguientes: a) Mediante escritura de aceptación y partición de herencia, los herederos de don Amalio D.S. se adjudican los bienes de dicho causante. b) Uno de dichos bienes es una vivienda unifamiliar sita en Santurce, de la que se dice que «adquirieron la nuda propiedad don Amalio D.S. y doña María S.L. para su sociedad de gananciales por compra a don Cristóbal D.D. quien se reservó el usufructo vitalicio de las fincas... la consolidación del usufructo con la nuda propiedad se produjo al fallecimiento del usufructuario el 9 de enero de 2000. El usufructuario tenía setenta y cuatro años en el momento de la desmembración del dominio». Dicha vivienda se adjudica en la proporción de dos terceras partes indivisas en pleno dominio a una de las hijas, y una tercera parte indivisa en pleno dominio a la otra hija. c) El Registrador suspende la inscripción «por no acompañarse instancia, con firma debidamente legitimada y liquidado el impuesto correspondiente solicitando la extinción del usufructo de que es titular don Cristóbal D.D. y aportarse copia autorizada del certificado de defunción del mismo».

2. Si bien es cierto que de los términos de la escritura calificada transcritos antes, debe entenderse cumplido el principio de rogación y, por tanto, implícita la solicitud de inscripción de la consolidación del usufructo y que no hay por qué exigir, por redundante, la presentación de una instancia en este sentido, también lo es que el título para la extinción del usufructo inscrito es el certificado de defunción de su titular, que en este caso no se ha aportado.

En cuanto a la liquidación del impuesto correspondiente a dicha consolidación del usufructo, debe también confirmarse el criterio del Registrador al no ser suficiente la presentación de la copia de autoliquidación del impuesto de sucesiones, ya que, por una parte, puede ser que no sea competente la misma administración para liquidar ambos hechos imponderables, y, por otra, del documento presentado no resultan todos los elementos necesarios para practicar la liquidación correspondiente, por lo que no puede el Registrador entender cumplida la obligación fiscal previa a la inscripción, dada la distinta naturaleza y régimen de ambas liquidaciones.

3. No obstante lo anterior, la nota de calificación no puede ser mantenida en cuanto suspende la inscripción de todo el bien transmitido,

por defectos que sólo se refieren al usufructo vitalicio de la vivienda, no existiendo obstáculo alguno para la inscripción de la nuda propiedad.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de septiembre de 2003.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares, 4.

**18906** *RESOLUCIÓN de 17 de septiembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Getafe, don Jesús Javier Huarte Montalvo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Getafe, n.º 1, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir una escritura de manifestación de herencia.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Getafe, don Jesús Javier Huarte Montalvo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Getafe, n.º 1, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir una escritura de manifestación de herencia.

#### Hechos

##### I

Doña Petra R. R. falleció el 5 de noviembre de 2000, en estado de casada con don Pedro R. A., careciendo de ascendientes y descendientes, bajo testamento abierto ante el que fue Notario de Getafe, don José Calleja Olarte, de fecha 18 de octubre de 1982, en el que estableció lo siguiente: en su cláusula primera instituyó único y universal heredero de todo sus bienes, derechos y acciones, en pleno dominio, a su esposo don Pedro R. A.; y en su cláusula segunda dispuso que si el heredero instituido le premoría, no quería o no podía heredar, o si al fallecimiento del mismo quedaren bienes procedentes de su herencia por no haber dispuestos de ellos, para este caso, instituye herederos a sus dos hermanos, doña Petra y don Eulalio R. R. y a sus sobrinos carnales don Doroteo, doña María, doña María del Carmen y don Guillermo J. R., hijos de su difunta hermana Juana R. R., en la proporción de una tercera parte para cada uno de los expresados hermanos y una tercera parte, por partes iguales, para sus cuatro sobrinos en representación de su difunta madre, sutituyéndoles vulgarmente por la estirpe de sus descendientes.

Don Pedro R. A. falleció el 15 de noviembre de 2002, en estado de viudo de sus únicas nupcias con doña Petra R. R., careciendo de ascendientes y descendientes, bajo testamento abierto ante el Notario de Getafe, don Jesús Javier Huarte Montalvo, de fecha 30 de noviembre de 1993 por el que estableció lo siguiente: en su cláusula primera instituyó heredera universal de todos sus bienes, derechos, créditos y acciones con facultad de disponer libremente de lo que heredare, por actos intervivos, ya sean onerosos o gratuitos a su esposa doña Petra R. R.; y en la cláusula segunda, en el residuo si algo queda, instituyó herederos legales fideicomisarios, por partes iguales, a sus sobrinos doña Marina y don Juan Antonio G. R., hijos de su hermana doña Marina R. A., con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes, para el caso de premoriencia.

El 17 de febrero de 2003, ante el Notario de Getafe anteriormente citado, se otorgó escritura de partición de herencia de los causantes doña Petra R. R. y don Pedro R. A. adjudicándose la herencia de este último a sus sobrinos doña Marina y don Juan G. R., en su condición de sustitutos fideicomisarios de residuo.

##### II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Getafe, n.º 1, fue calificada con la siguiente nota. (Corregidas las erratas advertidas por el Registrador en su informe): «Calificado el presente documento que ha sido presentado a las nueve horas del trece de marzo de dos mil tres, se suspende su despacho por adolecer de los siguientes defectos: No consta la intervención de los herederos abintestato de don Pedro R., que son llamados a su sucesión al premorir el heredero llamado en primer

lugar doña Petra R. R., sin tener sustituto y sin que tenga lugar el derecho de acrecer (cfr. artículo 912 del Código Civil). Se vulnera, por tanto, el principio de unanimidad en la partición, proclamado por el artículo 1.058 del Código Civil. Téngase en cuenta que aunque se establece una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de dos sobrinas del testador, quienes recibirán lo que quedare al fallecimiento de doña Petra R. R., el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la sustitución fideicomisaria de residuo no implica la vulgar tácita a favor de los fideicomisarios de residuo (cfr. sentencias de 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 5 de octubre de 1970, 23 de abril de 1975, que cambian el criterio favorable inicialmente sentado por la Sentencia de 13 de mayo de 1905; así como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 1981). No se desconoce que la doctrina científica se manifiesta de forma mayoritaria contra esa opinión jurisprudencial; y también quien suscribe piensa que el llamamiento al residuo de dos sobrinos implica una clara preferencia de estos sobre los demás parientes del testado, más el valor complementador de Ordenamiento Jurídico que se reconoce a la doctrina legal del Tribunal Supremo (cfr. artículo 1-6 del Código Civil), así como la carencia de valor normativo de la doctrina científica, y la específica naturaleza del procedimiento registral, limitado por lo que resulte del título calificado y del contenido del Registro (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria), hacen inexcusable, ahora, acatar el criterio jurisprudencial y suspender, por tanto la inscripción, sin perjuicio de que entablado pleito pueda recaer sentencia contraria a lo aquí definido. Contra la calificación anterior podrá interponerse recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de un mes, contados desde la fecha de recepción de esta nota, por medio de escrito presentado en este Registro de la pro. (cfr. artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria). Getafe, 24 de marzo de 2003. El Registrador». Firma ilegible.

##### III

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que se deduce inequívocamente la voluntad del testador que de forma clara designa a su esposa como heredera universal en todos sus bienes, derechos créditos y acciones y, en su defecto, instituyó fideicomisarios por partes iguales a sus sobrinos. 2. Que el testador instituye herederos fideicomisarios, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes a los sobrinos designados en el testamento, no procede la intervención de los herederos abintestato de don Pedro R. A., pues la sucesión intestada tiene lugar cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo o que haya perdido después su validez (artículo 912 del Código Civil). 3. Que si bien el Código Civil no manifiesta expresamente que la sustitución fideicomisaria de residuo implica la sustitución vulgar tácita, ésta es una idea aceptada unánimemente por la doctrina, afirmando que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario. 4. Que en este sentido hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1905, 13 de noviembre de 1948 y 20 de octubre de 1954, así como varias Resoluciones, entre ellas la de 27 de marzo de 1981. también hay que señalar lo que dicen los artículos 784 y 785.1.º del Código Civil, y así, el artículo 675 del Código Civil destaca como esencial la voluntad del testador que pueda aparecer claramente manifestada en el sentido de los anteriores preceptos. 5. Que la cuestión si la sustitución fideicomisaria lleve implícita la vulgar, ha sido aceptada unánimemente por la doctrina. 6. Que la solución es acogida por el derecho comparado y nuestras legislaciones fiscales (Baleares, Navarra y Cataluña).

##### IV

El Registrador de la Propiedad informó: La cuestión planteada es lisa y llanamente la siguiente: si ha de considerarse como los herederos de uno de los dos causantes, don Pedro R. A., a sus dos sobrinos Marina y Juan Antonio G. R., los cuales solo aparecen en el testamento del causante como llamados al residuo que quedare al fallecer la esposa de don Pedro, la cual es llamada por éste su heredera universal, pero que premurió al causante; o si, por el contrario, han de comparecer los herederos abintestato de don Pedro. Que la solución depende de si se estima que la sustitución fideicomisaria de residuo implica la vulgar tácita o no. En el primer caso, los únicos herederos de don Pedro serían sus sobrinos Marina y Juan Antonio, en tanto que sustitutos vulgares del primer llamado, doña Petra y, por tanto, la escritura calificación estaría correcta; en el segundo, en cambio, deberían concurrir los herederos abintestato de don Pedro R. A. (que han de ser llamados al no haber sustitución ni derecho de acrecer como se desprende del artículo 912 del Código Civil), y su