

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO Y ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

Escritura de protocolización de operaciones particionales.—Es inscribible una escritura de liquidación de herencia y entrega de legado de parte alicuota, otorgada por contador-partidor designado en juicio de testamentaria, sin perjuicio de la subsistencia de condiciones establecidas en el testamento y que quedan afectos a la sucesión general.—La prohibición de enajenar no se extiende a la hijuela de bienes adjudicados para pago de las deudas de la herencia. (Resolución de 1 de septiembre de 1976, «Boletín Oficial del Estado» de 20 de octubre de 1976.)

Hechos.—Resultando que don A. A., viudo, sin descendencia de su matrimonio, fallecido en Madrid el 21 de noviembre de 1962, habiendo redactado testamento ológrafo en donde, tras declarar que «carece de herederos forzosos» y de confirmar el reconocimiento hecho en anterior testamento abierto de su hijo natural X. X., ordenó una serie de legados en metálico casi todos, además de otro legado en usufructo de parte alicuota de su herencia, e igualmente reconoce toda una serie de deudas que gravan su patrimonio, la mayor parte con garantía hipotecaria a favor del Banco Hipotecario, Instituto Nacional de la Vivienda, Caja de Ahorros de Asturias y Organismos Oficiales de Crédito, terminando por instituir heredero universal a su reconocido hijo en la forma en que a continuación se indica: «el resto de mi fortuna, así como mis otros bienes muebles e inmuebles, se los dejo a mi hijo X. X., sin otra limitación que la de que estos bienes raíces no podrán ser enajenados por él y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta después de casado y que tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de quince años; mientras esta condición no se realice, deseo que mis bienes raíces tengan en el Registro de la Propiedad anotación específica de que pertenecen a la reserva troncal»; que en dicho testamento nombra albaceas testamentarios conjuntamente a su hermano F. F., a su hijo X. X. y a su sobrino D. D., los cuales dejaron transcurrir con exceso el plazo legal para realizar sus funciones; que tal testamento fue protocolizado una vez cumplidas las formalidades legales ante el Notario de Madrid don Eduardo Terrón con fecha 23 de enero de 1963.

Resultando que el heredero don X. X., promovió juicio ordinario declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado número 4 de Barcelona, ciudad en la que se había domiciliado, sobre declaración de nulidad de la «reserva troncal» y consiguiente prohibición de disponer contenida en el anterior testamento contra las ignoradas personas que pudieran tener interés en la misma, dado que en dicha reserva no se daban los requisitos necesari-

rios para su existencia, y el mencionado Juzgado, en Sentencia de 9 de septiembre de 1964, admitió la demanda, declarando heredero universal al demandante con la libre disposición de los bienes hereditarios.

Resultando que los hermanos del testador difunto habían formulado a su vez demanda ante el correspondientes Juzgado de Madrid contra X. X. sobre nulidad de reconocimiento de hijo natural e igualmente ante otro Juzgado de Madrid la legataria en usufructo de parte alícuota de la herencia había promovido juicio de testamentaría de don A. A., en la que fueron citados los demandantes como interesados en la herencia, y es entonces cuando tuvieron conocimiento de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, ciudad con la que no tenía ninguna vinculación ni el causante, que falleció en Madrid, ni los bienes radicados en Asturias y Madrid, ni ninguno de los interesados en la herencia, por lo que, y tras una serie de actuaciones procesales que no interesan a efectos de este expediente, se interpuso recurso por los hermanos del testador ante la Audiencia Territorial de Barcelona en la que solicitaban se revocase la Sentencia del Juez de Primera Instancia de 9 de septiembre de 1964 y se declarase la existencia de esa reserva a favor de los demandantes, así como que don X. X. había sido instituido heredero universal bajo la condición suspensiva de no ser heredero hasta que hubiera contraído matrimonio y tuviera hijos mayores de quince años, correspondiendo hasta que se cumpla ese evento la herencia a los demandantes como herederos abintestato de su difunto hermano, y la mencionada Audiencia dictó Sentencia con fecha 21 de febrero de 1967, por la que revocada la del Juez de Primera Instancia, declara la validez de la institución de heredero hecha por el testador con la limitación de disponer de los bienes que establece el testamento, y no da lugar a la pretensión de los demandantes de ser declarados herederos hasta el cumplimiento de la condición suspensiva que decían existía en la institución de heredero, y este fallo de la Audiencia fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal Supremo, con fecha 29 de octubre de 1968, al no dar lugar a los recursos de casación interpuestos por todos los interesados.

Resultando que como consecuencia del Juicio de testamentaría promovido por la legataria de parte alícuota, con fecha 28 de junio de 1974 se dictó Auto por el Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Madrid por el que se aprobaban las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor designado para este acto, dada la conformidad de los interesados, que eran el hijo y heredero don X. X. y la legataria de parte alícuota, así como la renuncia por no mantener interés de ninguna clase hecha por los hermanos del testador, y que este auto fue protocolizado en 9 de julio de 1974 en la Notaría de don José Luis Martínez Gil y en el que para el pago de los legados, cuyo importe asciende a un total de 451.000 pesetas, así como el de las deudas hereditarias, que suponen la cantidad de 3.899.000 pesetas, se formaron sendas hijuelas de bienes para el pago de las anteriores atenciones, en la que se hace constar que no quedarán sujetos los inmuebles que en la misma se reseñan a la prohibición de disponer establecida en el testamento, quedando el resto de los bienes de la herencia sujetos a la anterior prohibición.

Resultando que presentada en el Registro la anterior documentación con la petición expresa de que se inscribieran los bienes de la expresada hijuela con el carácter de libres, y de no ser así, no se practicara operación alguna, fue calificado el mencionado documento con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura de protocolización de expediente judicial de aprobación de operaciones hereditarias, en unión de copia autorizada del último y válido testamento del causante de la misma que instituyó un solo heredero voluntario, al que prohibió la enajenación de los bienes relictos mientras no se cumplieren determinadas condiciones, y de instancia suscrita por dicho heredero y ratificada ante mí, en que pide se inscriban a su favor, sin limitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, los bienes de la herencia que el contador-partidor designado por dicho heredero en el juicio voluntario de testamentaría del que derivó el citado expediente le adjudicó en comisión para pago de deudas del testador y de los legados ordenados por éste, y, caso de no accederse a su súplica, que se suspendiese la inscripción de los mismos. Y manifestando por el presentante de este título que no se realizase operación alguna respecto del resto de las fincas que comprende el mismo, se denegó la práctica de las inscripciones en la forma solicitada por los siguientes defectos: 1.º Porque aceptada por dicho heredero la herencia pura y simplemente y disponiendo el artículo 1.003 del Código Civil que en ese supuesto «quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios», son innecesarias dichas adjudicaciones al heredero en comisión para pago de las deudas hereditarias y testamentarias, por estar ya obligado a satisfacerlas, incluso con dichos bienes, desde el momento en que aceptó la herencia sin beneficio de inventario. 2.º Porque el contador designado por el heredero que intervino en el expediente judicial protocolizado, cuya tramitación no era necesaria, según disponen los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador; y por no someterse a lo ordenado por éste ni atenerse al sentido literal de las cláusulas testamentarias incumplió la voluntad de aquél, al adjudicar al heredero, sin licitación alguna en cuanto a su facultad de disposición, bienes sobre los que el testador había dispuesto que no podrían ser enajenados por el heredero, «que no entrará en plena posesión de su propiedad» hasta que no se «realicen» determinadas condiciones. 3.º Porque instituido el heredero con la limitación de que no podrá enajenar los bienes relictos mientras no se cumplan dichas condiciones, y ordenado además por el testador que dichos bienes se inscriban en el Registro de la Propiedad con «la anotación específica de que pertenecen a la reserva troncal», deberán expresarse aquellas condiciones en sus inscripciones a favor del heredero, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9, de la Ley Hipotecaria, y en el número 6.º del artículo 51 de su Reglamento, pues de no hacerlo se vulneraría la voluntad del causante y podrían irrogarse en su día posibles perjuicios a los expectantes derechos de otras personas. 4.º Porque por no justificarse debidamente las deudas que se detallan en el inventario bajo los números 2 a 13, por importe de 3.874.000

pesetas, ni precisarse si estaban o no vencidas al fallecimiento del causante, ni si las hipotecas que se dice las garantizaban recaen o no sobre bienes de la herencia, se considera improcedente su deducción del activo hereditario, y por tanto, que se adjudiquen en comisión para su pago determinados bienes de la herencia que, por otra parte, son valorados en forma notoriamente inferior a la real, con posibles perjuicios para terceras personas.

Y estimando que para practicar las inscripciones en la forma en que se solicitaron son insubsanables los tres primeros defectos se denegó la práctica de las mismas.

Fueron también presentadas la partida de defunción del causante, certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, acreditativo de que el aludido testamento fue el último que otorgó aquél, y testimonio de particularidades expedido el 5 de octubre de 1974 por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 4, de Madrid, comprensivo de diversas Sentencias obrantes en los Autos de juicio de testamentaría del repetido causante que interpretan su testamento y que en parte habían sido recogidas en el presente título».

Resultando que don X. X. interpuso recurso gubernativo contra los tres primeros defectos de la nota que tienen el carácter de insubsanables y respecto del cuarto ofrece al Registro presentar las justificaciones oportunas para su subsanación y en defensa de su derecho alega: que el contenido del artículo 1.003 del Código Civil citado en el primer defecto de la nota no puede aducirse para impedir la inscripción del título, puesto que, como puntualizó la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1896, «a consecuencia de la aceptación pura quedan confundidas la personalidad del heredero y la del causante», expresión que debe entenderse referida al orden patrimonial o de los bienes, por lo que el defecto señalado carece de justificación; que en cuanto al 2.º defecto el Registrador no ha tenido en cuenta que no fue el recurrente el que promovió el juicio voluntario de testamentaría, sino la legataria de parte alicouta, y no se hizo por los interesados ninguna objeción al cuaderno redactado por el contador, no siendo por lo tanto pertinente la cita que se hace del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, toda vez que aquel procedimiento universal no fue buscado por el recurrente para obtener el refrendo judicial de la liquidación de la herencia, sino consecuencia de la actuación de la citada legataria; que si bien es cierto que el contador-partidor fue nombrado por el heredero y no por el causante, por lo que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador, este hecho no es por sí solo suficiente para denegar la inscripción solicitada; que en cuanto al tercer defecto señalado, si se mantiene el criterio del funcionario calificador no sería posible el cumplimiento de las obligaciones de la herencia, dando lugar a que los acreedores pudieran llegar a la subasta judicial con el consiguiente daño para el caudal hereditario; que en un supuesto semejante al contemplado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1910 señaló que para la liquidación de toda herencia es preciso el previo pago de las deudas y obligaciones hereditarias y que las limitaciones acerca de la facultad de disponer impuesta por el testador

a los herederos solamente alcanzan a los bienes que particularmente se les adjudiquen y que en igual sentido se pronuncia la Resolución de 19 de septiembre de 1929.

Resultando que el Registrador mantuvo su calificación informando que: como cuestión previa interesa aclarar que el recurrente, en el escrito que acompaña a la escritura de partición, pide expresamente que las inscripciones registrales de las fincas que se adjudican para pago de deudas y legados se efectúen sin la limitación impuesta por el causante, y de no poder hacerse así se suspendiese la inscripción de las mismas, manifestando el presentante que no se realizase operación alguna respecto al resto de las fincas, lo cual produce como consecuencia la limitación de la función calificadora, teniendo en cuenta el principio de rogación que informa la legislación hipotecaria; que la alegación del recurrente en cuanto al primer defecto de que el contenido del artículo 1.003 del Código Civil no puede servir de base para impedir la inscripción del título, sería aceptable si no se pretendiese que la inscripción se realizara en la forma libre de limitaciones instada por el heredero; pero siendo así, la vulneración de dicho artículo sería evidente; que por ello se consideran innecesarias dichas adjudicaciones al heredero para pago de las deudas y legados de la herencia, ya que conforme al precepto citado está obligado a satisfacerlas desde que aceptó la herencia pura y simplemente; que a los argumentos del recurrente para compartir el primer extremo del 2.º defecto ha de responderse que ni el juicio voluntario de testamentaria, ni el expediente sobre la aprobación de operaciones particionales eran necesarios para lograr las inscripciones a favor del único heredero conforme a lo dispuesto en los referidos artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento, sin que la aprobación judicial del citado expediente lo convierta en documento judicial que supe-
dira al funcionario calificador a las limitaciones a que se refiere el artículo 99 del Reglamento Hipotecario respecto a los documentos expedidos por la Autoridad judicial; que las atribuciones del contador nombrado por el heredero no podrán ser mayores que las que tenía el que lo designó, estando limitadas a lo expresamente ordenado por el testador, debiendo someterse estrictamente a las cláusulas testamentarias y atendiéndose al sentido literal de las palabras del testamento conforme a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias que cita, siendo también este criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones; que el Registrador se ratifica también plenamente en cuanto al defecto señalado con el número 3 de la nota, ya que instituido el heredero con unas limitaciones terminantes y precisas que expresan claramente la voluntad del testador, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil; que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1964 sienta la doctrina de que el testamento es el título básico para inscribir la transmisión hereditaria, al que tienen que someterse no sólo los interesados, sino también los contadores, que no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias; y que no son de aplicación al caso debatido las Resoluciones de la Dirección General de 16 de septiem-

bre de 1910 y 19 de septiembre de 1929, invocadas por el recurrente en apoyo de su tesis por ser totalmente distintos los supuestos de hecho.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada, tras hacer constar que su actuación se había limitado a protocolizar el expediente judicial de aprobación de las operaciones hereditarias, sin haber intervenido en la confección del cuaderno, informó: que aunque la nota de calificación está inspirada en el plausible deseo de proteger a los posibles reservatarios troncales y cumplir lo dispuesto en la letra del testamento, no parecen decisivos los defectos que comprende; que en cuanto al primero no parece procedente la alegación del artículo 1.003 del Código Civil, pues el hecho de que el heredero que acepta pura y simplemente una herencia sea personalmente responsable de las deudas de la misma no es contrario a que, en realidad, lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de satisfechas las deudas de la herencia; que el argumento pierde aún más fuerza existiendo un legatario de parte alícuota, ya que la existencia de éste y de otros legatarios de parte específica hacen imprescindible la determinación del contenido de la herencia, por lo que procede la adjudicación para pago de deudas como medio para determinar la parte de herencia líquida sobre la cual se aplicará la cuota en el caso del legatario de parte alícuota; que en cuanto al 2.º defecto hay que hacer constar que los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 82 de su Reglamento no son aplicables, pues se refieren a la inscripción de heredero único y no al caso de que exista una legataria de parte alícuota, que fue la promotora del juicio voluntario de testamentaría, estando legitimada para ello conforme al artículo 1.038-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la validez del tercer defecto y 2.ª parte del 2.º de la nota de calificación depende de la significación que se atribuya a la cláusula testamentaria de institución de heredero, que dada su redacción exige ineludiblemente una interpretación para determinar la significación de la ambigua expresión «reserva troncal», que no tiene un significado propio en nuestro Derecho; que es evidente que la cláusula exige una interpretación que se basará, en primer lugar, en la voluntad del testador, y cuando ésta no sea clara se acudirá a los demás medios interpretativos; que el criterio del informante para calificar jurídicamente lo dispuesto en esta cláusula es el de que se trata de una sustitución fideicomisaria en la que existe obligación de entregar los bienes a unos segundos llamados conforme a lo dispuesto en el artículo 785 del Código Civil, que en este caso sería una sustitución fideicomisaria condicional, consistiendo la condición en el cumplimiento de los tres requisitos previstos en la cláusula; que tal sustitución fideicomisaria afecta a la legítima del hijo natural, que por esta causa podría impugnarla para que se declarase libre de tal traba la tercera parte de la herencia en que consiste la legítima de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 842 del Código Civil y que en realidad el problema de fondo que se plantea es el de quién debe representar a los sustitutos fideicomisarios en los actos de partición; que si el heredero hubiese exigido la entrega libre de su cuota legitimaria —lo que no ha ocurrido— plantearía un problema idéntico al que ha originado la nota sobre la adjudicación para pago de deudas, y nadie dudaría del

indiscutible derecho del heredero a tal exigencia; que al carecer de solución legal la cuestión planteada ha dado lugar a un amplio abanico de soluciones por parte de la doctrina, y que de entre ellas la mejor fundada en derecho por su mayor sentido práctico y claridad es la que entiende que puede el fiduciario por sí solo, sin intervención de nadie, representar a los posibles fideicomisarios y realizar los actos particionales, siempre que exista una garantía de formación de inventario con intervención judicial; que en el caso que se estudia, en el que existe la garantía de dicha formación de inventario, valoración y partición hecha por un contador-partidor y aprobada judicialmente, la adjudicación para el pago de deudas realizada parece la forma más práctica de resolver el problema, ya que evita que por ejecución de los créditos desaparezcan los bienes raíces, causando el máximo perjuicio a los fideicomisarios condicionales.

Resultando que el Presidente de la Audiencia recovó la nota del Registrador, declarando que el defecto 1.º señalado en la misma plantea el importantísimo tema de la persistencia individualizada del patrimonio hereditario, o sea, si es compatible el concepto residual de la herencia con la idea de sucesión universal, de forma que aunque se pierda el beneficio de inventario y sobrevenga la responsabilidad *ultra vires* no desaparece la autonomía del patrimonio hereditario; que en nuestro Derecho histórico, tras la aceptación, haya o no beneficio de inventario, persiste el principio de la individualización del patrimonio del causante al decirse no haber herencia sino en el residuo (partida 7.ª, 33, 8), principio que prevalece hasta la codificación e incluso en la jurisprudencia, que lo considera principio general del Derecho; que si bien al publicarse el Código Civil se generaliza en la doctrina la idea de la confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio del heredero (sistema francés), no puede desconocerse el principio de autonomía, e incluso en el supuesto de heredero único, como principio de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y admitir lo contrario sería admitir la disolución del patrimonio hereditario sin base en ningún precepto legal, abandonándola a la voluntad de los particulares; que del artículo 1.003 del Código Civil no cabe deducir que por la aceptación pura y simple el heredero pase a responder con todos sus bienes, confundiendo indiferenciadamente el propio patrimonio con el patrimonio hereditario, sino que este artículo quiere decir que el heredero es ante todo responsable de las cargas de la herencia con los bienes de ésta, y si acepta pura y simplemente es además responsable *ultra vires*; que la responsabilidad es independiente del fenómeno sucesorio en sí, reforzando la garantía del acreedor y afectando a la titularidad del patrimonio responsable, pero no a su estructura en cuanto soporte de responsabilidad y garantía de los acreedores; que, como afirma el Notario informante que protocolizó las operaciones particionales, lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de pagar las deudas hereditarias, y que además, al existir legatario de parte alícuota y varios legados específicos, es imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia; que en cuanto al segundo defecto cabe invocar el artículo 14 de la Ley Hi-

potecaria y 82 de su Reglamento porque no estamos ante el supuesto del heredero único; que deben considerarse como válidas las operaciones realizadas por el contador designado en juicio universal para determinar el patrimonio líquido y consiguiente hijuela y adjudicación para pago de las deudas hereditarias, hechas a título de encargo o fiducia, por ser actos puramente particulares y adjudicaciones de las llamadas propias, como resulta de varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que cita y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1946, que en cuanto al tercer defecto, las limitaciones impuestas en la cláusula de institución de heredero, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, no pueden recaer sobre los bienes que no son adjudicados al heredero en pago de su haber hereditario, sino, en definitiva, para pago de los acreedores, a los cuales no pueden afectar tales limitaciones que el propio causante no podría establecer frente a ellos; que las referidas limitaciones han de recaer sobre las inscripciones que se efectúen en favor del heredero en pago de su haber hereditario (art. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento), pero no sobre los bienes adjudicados al mismo a título de simple fiduciario para pago de las deudas del causante, y en cuanto al último defecto está fuera de la función calificadora del Registrador, aparte de que la protección a los posible reservatarios no tiene objeto, dado que se han personado en el juicio universal y renunciado a todo derecho.

Doctrina.—«Considerando que en este recurso gubernativo, y antes de entrar en el estudio de las cuestiones que aparecen señaladas en la nota de calificación, se hace necesario advertir —dada la repercusión que forzosamente habría de tener— que no se entra en el examen de la incidencia que sobre el punto central del recurso pudiera presentar la intangibilidad de la legítima del que en diversos pasajes del expediente aparece como hijo natural del testador, pues aparte de que no ha sido materia de recurso, de los documentos aportados se deduce además que sobre su estado existe o ha existido contienda judicial, cuyo resultado final no aparece reflejado en el expediente.»

«Considerando que, entrando en el fondo del asunto, procede dilucidar el primero de los defectos señalados, a saber, si cuando el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente cabe formalizar una hijuela especial para el pago de las deudas de la herencia y de los legados dispuesto por el testador, en la que los bienes en ella incluidos pueden ser enajenados libremente para cumplir estas obligaciones, con lo que parece podría vulnerarse la voluntad del causante, que ha establecido una prohibición general de disponer hasta tanto se cumplan los eventos que en el testamento ológrafo se indican.»

«Considerando que la responsabilidad ultra-vires es el efecto primordial de la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero, ya que, tal como establece el artículo 1.003 del Código Civil, queda responsable de todas las cargas de la misma, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios; mas en relación con este expediente lo que interesa ahora examinar es si nuestro Derecho adopta igualmente el sistema de confusión de los dos patrimonios —el hereditario y el del heredero—, con

la consecuencia de formarse una sola masa para toda clase de acreedores, o si, por el contrario, se inclina por la separación del patrimonios, en base al conocido principio de que « primero es pagar y luego heredar.»

«Considerando que aun cuando la cuestión tiene dividida a la doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios, en base principalmente a los artículos 659 y 660 del Código Civil, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales lleva a la conclusión contraria, ya que: a) el artículo 1.023-3.º del Código Civil establece la confusión de los bienes particulares del heredero con los que pertenezcan a la herencia sólo cuando lo sea en «daño de aquél», de lo que se deduce que no opera en daño de terceros, como son acreedores y legatarios, para los cuales el patrimonio hereditario debe permanecer inalterado, lo que es perfectamente congruente con el sistema, ya que de no ser así podría unilateralmente el heredero, según la postura que adopte—aceptación pura y simple o a beneficio de inventario—, actuar con posibilidad de perjudicar los derechos de los acreedores; b) el régimen de concurso o quiebra, o las normas imperativas sobre prelación de créditos de los artículos 1.921 a 1.925 del Código Civil, quedaría su aplicación a la voluntad del particular, si se confundieran los patrimonios con la obligada secuela de que concurrirían los acreedores del causante y del heredero sobre el nuevo patrimonio formado y con la nueva prelación que correspondería; c) las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la Ley de Enjuiciamiento Civil —juicio de testamentaria— para lograr el pago o aseguramiento del importe de sus créditos sobre el patrimonio del causante, y todo ello aunque el heredero no se haya acogido al beneficio de inventario o lo hubiese perdido.»

«Considerando que en este caso concreto resulta además que la adjudicación de bienes para pago de deudas realizada era inexcusable para señalar el derecho de la legataria de parte alícuota en usufructo, pues hasta que no se determine el verdadero haber de la herencia, una vez satisfechas las deudas y los legados de cantidad ordenados por el testador, no cabe fijar con seguridad su derecho, todo lo cual viene a confirmar una vez más la vigencia en nuestra legislación del principio de separación de patrimonios indicado en el Considerando anterior.»

«Considerando, en cuanto al segundo defecto, que al poder promover, según el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el legatario de parte alícuota el juicio voluntario de testamentaria, equiparándose en este aspecto al heredero, y ser por tanto al menos dos los interesados, no entran en juego los artículos 14-3.º y 16 de la Ley Hipotecaria, que se refieren al supuesto de heredero único, y dentro de este juicio las facultades del contador nombrado se extienden—con las garantías que los preceptos de la Ley Procesal establecen—a todos aquellos actos particionales encaminados a la liquidación y realización de las operaciones sucesorias, entre las cuales, sean o no parte los acreedores, se comprende, según se deduce de la lectura de los preceptos legales, la de afianzar o garantizar el importe de sus créditos, como se ha pretendido hacer en el presente caso a través de la formación de la hijuela para pago de deudas, que permitirá,

una vez cumplido el encargo, determinar el derecho de la legataria de parte alícuota de usufructo, sin que por ello, en principio, se haya vulnerado la voluntad del testador, ya que la prohibición de enajenar establecida sólo recaerá sobre la herencia, entendiéndose por tal la que reste una vez satisfechas las obligaciones que pesaban sobre el patrimonio del causante.»

«Considerando que recaída la prohibición de enajenar sobre aquellos bienes hereditarios que restan una vez que con cargo a los otros se hayan pagado las deudas de la herencia, se ha de entrar en el estudio del punto central del recurso—defecto tercero—con el que los dos primeros están íntimamente relacionados, y que hace referencia a la cuestión de quién tiene las facultades para realizar esa liquidación y consiguiente adjudicación de bienes de la hijuela especial, y a este respecto ha de partirse de que son en principio los herederos y copartícipes del patrimonio hereditario los que tienen, salvo disposición testamentaria o legal en contrario, la plenitud de los poderes en orden a la administración y partición de la herencia, que habrá de realizarse con las debidas garantías para que los que ostenten un interés o un derecho en la sucesión, como, en este caso, los favorecidos por la prohibición de disponer, no puedan ver alterados, disminuidos o incluso eliminados sus expectantes derechos.»

«Considerando que, a excepción de algunas Compilaciones Forales, hay que reconocer que en nuestro Derecho se adolece de una falta de regulación sistemática de la materia, o incluso de carencia de normas, lo que hace difícil la busca de solución adecuada, y por ello la doctrina pretende—no sólo en este supuesto concreto de pago de deudas y cargas, sino en el más amplio de enajenación para reemplazar unos bienes por otros—, a través de diversos medios con fundamento en preceptos legales, obtener un resultado positivo a través de la autorización judicial correspondiente—artículo 804 del Código Civil en relación con el artículo 186 del mismo Cuerpo Legal—, o mediante subasta pública, en los casos de ab-intestados y juicios de testamentarías—artículo 1.097 en relación con el 1.093 y 1.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

«Considerando que es fundamentalmente en este recurso atenerse a lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1968, al examinar, como consecuencia de la contienda que se planteó, la que el causante denomina «reserva troncal» en su testamento ológrafo, y que nuestro más alto Tribunal, confirmando la interpretación de la Audiencia (Sentencia de 21 de febrero de 1967) al fijar su sentido y alcance, y en base al artículo 675 del Código Civil, entiende que la voluntad del testador no fue condicionar la institución de heredero, sino gravar al que designa, y ya como propietario de los bienes hereditarios con una prohibición de enajenar, inscribible al amparo del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, hasta tanto no haya contraído matrimonio canónico, tenga hijos legítimos que hayan cumplido la edad de quince años y no haya dispuesto mortis causa en favor de estos hijos legítimos.»

«Considerando que, indicado lo anterior, es de observar que en las operaciones de liquidación de la herencia del causante han intervenido, además de la legataria de parte alícuota que promovió el juicio de testamentaria,

el heredero único instituido y los hermanos del testador favorecidos por la prohibición de enajenar impuesta por aquél, sin que el Contador designado judicialmente se haya extralimitado en su función, pues de acuerdo con el artículo 1.077 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de la relación de bienes y de su avalúo, puede, al realizar la liquidación, como parte de ella, proceder a garantizar a los acreedores el pago de las deudas, lo que ha formalizado a través de la hijuela especial para pago, y que ha sido aprobada por los interesados, expresamente unos y no oponiéndose al desentenderse de la cuestión los otros, quienes—según consta en el mencionado juicio de testamentaría—presentaron escrito por el que se apartaban de dicho juicio y renunciaban al derecho de designar contador-partidor porque no mantenían intereses de ninguna clase en el mismo, dado el fallo dictado por el Tribunal Supremo sobre la interpretación del testamento de su hermano y causante.»

«Considerando que confirma lo anterior la reiterada doctrina de este Centro de que constituye un acto particional la adjudicación de bienes a un heredero para pago de deudas y obligaciones de la herencia, y en especial por la similitud con el supuesto de este recurso, habría que citar las Resoluciones de 16 de septiembre de 1910 y 19 de septiembre de 1929 que declararon inscribibles los bienes incluidos en aquella hijuela especial que no estaban sujetos en cuanto a su adjudicación y enajenación a la prohibición general de disponer establecida por los respectivos causantes en sus testamentos.»

«Considerando, por último, en cuanto al cuarto defecto, por cierto no recurrido por el interesado, pero tratado por el Auto Presidencial y apelado por el funcionario calificador, aunque en estrictos términos no debiera examinarse, cabe indicar por razones de economía procesal que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento no es materia propia de la calificación registral el exigir la justificación de que los bienes inventariados hayan sido valorados con arreglo a determinados criterios dictados para fines diferentes como pueden ser los fiscales.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador.»

Consideraciones críticas

En forma muy general podría comenzar mi comentario estimando que se trata de una Resolución difícil, en la que late una situación de fricción de competencia salvada con una delegación y que, por ello, hubiera necesitado una mayor meditación para dar resueltos una serie de problemas que no lo están. No se si la desmesurada extensión que ha querido darse a la misma es la causa de la oscuridad, pero si se percibe en ella como parte de una inicial solución y a la misma quiere supeditarse todo lo demás y ahí está, a mi humilde entender, el fallo de la misma.

De las múltiples cuestiones planteadas se ve claro que hay una que mediatiza a todas las demás: la responsabilidad, la confusión de patrimo-

nios y el beneficio de inventario. Y lo curioso es que, puesto en tela de juicio el problema sigue siendo discutible y opinable. Tampoco queda nada claro si en el caso que ocupa a la Resolución puede hablarse con plena seguridad de que no existe un heredero único, pues a la dificultad constructiva de lo que es un legatario de parte alícuota se une en la presente ocasión el que el mismo lo es solamente de usufructo. Desdibujada queda la partición judicial y falta de precisión las verdaderas facultades del contador-partidor. Modestamente creo que no se ha sabido interpretar debidamente la voluntad testamentaria y ello arrastra una serie de inconsecuencias. La falta de precisión de lo que debe entenderse por «reserva troncal» provoca también una serie de cuestiones que quedan sin solución. Por último, forzado por el auto presidencial el cuarto defecto que no se recurre, se soluciona contra lo previsto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. Lo que podría ser un impulso extensivo, se convierte en la Resolución en un incumplimiento de norma, además con una cita equivocada del artículo 99 del Reglamento Hipotecario que nada tiene que ver en este lugar, pues el documento no era judicial.

Esta penosa impresión primera, desgraciadamente se irá arrastrando en mi comentario que, en esta ocasión, lo ajustaré al orden en que vayan apareciendo los defectos de la nota calificadora.

Es importante destacar cómo el documento que pretende tener acceso al Registro tiene antecedentes judiciales en el buen sentido de la palabra, ya que antes de plasmarse notarialmente le precede una sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona, en la que se atiende la petición del heredero X. X., que promovió juicio ordinario declarativo a efectos de que fuera declarada la nulidad de la «reserva troncal» testamentaria y la prohibición de disponer. También se había formulado por los hermanos del testador otra demanda ante un Juzgado de Madrid pidiendo la nulidad del reconocimiento del hijo natural X. X. Igualmente se habían planteado dos cuestiones procesales de cierta importancia, siendo una consecuencia de la otra. La legataria en usufructo de parte alícuota había promovido juicio de testamentaría en la que fueron citados los hermanos del testador como partes interesadas, los cuales, al enterarse de la solución dada por el Juez de Barcelona, interpusieron recurso para revocar la sentencia dictada y lograr un pronunciamiento favorable. Realmente lo que logran es que la Audiencia de Barcelona estime que es válida la institución de heredero con la limitación testamentaria y que los demandantes no son herederos hasta que se cumpla la condición suspensiva. Esta solución la confirma el Tribunal Supremo el día 29 de octubre de 1968 en el recurso de casación correspondiente.

Mientras todo esto sucede, el juicio de testamentaria que promueve la legataria de parte alícuota tiene su fin el día 28 de junio de 1974 en el que se dicta auto por el que se aprueban las operaciones particionales por un contador-partidor designado para el acto, y en el que prestan conformidad el heredero, la legataria de parte alícuota y los hermanos del testador que renuncian a su derecho «por no mantener interés de ninguna clase». El auto es protocolizado por el Notario José Luis Martínez Gil en el año 1974.

Al llegar a este punto—y por supuesto haber manejado solamente esa especie de resumen que ofrece la publicación oficial sin poder percibir la realidad de la documentación original—pesa sobre mí aquella vieja opinión de LA RICA («Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario». Modificaciones, 1949, pág. 137), quien decía al comentar el artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 del Reglamento, que no siempre era precisa una «sentencia firme» para inscribir una partición judicial, ya que si la partición se efectúa por los contadores-partidores nombrados en el juicio universal y los interesados no se opusieren (como parece ser el caso presente), o, si se opusieren, llegaren a un acuerdo en la Junta convocada al efecto el título inscribible no será la sentencia firme, sino la COPIA NOTARIAL DEL ACTA DE PROTOCOLIZACION de las referidas operaciones particionales. en las que se insertará el auto judicial aprobándolas y mandándolas protocolizar.

De ahí que, para mí, suponga cierto asombro la nota calificadora que habla de «escritura» de protocolización de expediente judicial de aprobación de operaciones hereditarias, cuando como me enseñó NÚÑEZ LAGOS («Hechos y derechos en el documento público». Madrid, 1950, pág. 387) y los artículos 211 a 215 del Reglamento Notarial, que la esencia de la protocolización supone la incorporación de un documento privado que contiene un negocio jurídico a un protocolo notarial. La actuación del Notario se refiere a meros hechos y no a relaciones jurídicas. En la protocolización de documentos privados el Notario asegura para el futuro la identidad del documento que le entregan e incorpora a su protocolo y el «acta» que levanta, haciendo constar este hecho, como es documento público, le comunica «ex nunc» fecha fehaciente al documento privado.

De ahí que también me haya causado asombro cómo en los resultados de la Resolución comentada aparezca la referencia al informe emitido por el Notario autorizante del documento, ya que en este caso, aun no siendo recurrente, como dice el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, la nota recurrida no atribuye al instrumento «defectos de redacción o autorización», pues el Notario se ha limitado a aceptar el requerimiento, cumpliendo de paso con la orden judicial, declarando que recibe el documento y que lo incorpora al protocolo, sin que su intervención avale la validez del mismo. Este resumen de postura que mantengo en otra ocasión («Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral», Madrid, 1977) no contradice en absoluto lo que dispone el artículo 211 del Reglamento Notarial, en el cual el «examen» exigido del documento a protocolizar no pasa de ser un examen formal, más con la finalidad de reclamar documentos complementarios, como dispone el artículo 130 del mismo Reglamento, que con la facultad fiscalizadora y calificadora sobre la validez y eficacia del documento que se pretende protocolizar. De ahí que, en mis conclusiones, opinase que ni la intervención del Juez ni la del Notario eran, en este caso concreto, un garantía de legalidad y que ésta se desplazaba en último extremo a la decisión del Registrador, que con su facultad calificadora podía llegar al fondo del problema, cosa que no habían podido lograr los otros funcionarios y que expresamente viene reflejada en el Real Decreto de 3 de enero de 1876, que se refería al peligro

de la inscripción de cualquier documento obtenido por el fácil medio de un acto de jurisdicción voluntaria o de una providencia dictada de plano a instancia de una sola parte. Entiendo que esto debe ser así, para dejar sin justificación ese informe notarial que relega a segundo plano al que se le pudo pedir al Juez o Tribunal «que conociese de los autos o del expediente» en que se hubiese acordado el asiento suspendido o denegado, conforme al artículo 115 del Reglamento Hipotecario.

A) *Aceptación hereditaria y efectos.*

La tesis registral, que prácticamente sostiene el recurso en su primer defecto, es que aceptada la herencia pura y simplemente por el heredero se opera, conforme al artículo 1.003 del Código civil, una especie de confusión de personas y patrimonios, quedando el heredero responsable de las deudas de la herencia no sólo con los bienes de la misma, sino con los suyos propios. La tremenda consecuencia de esta afirmación —creo que en principio impecable— es que no procede ninguna adjudicación al heredero de bienes de la herencia para pago de deudas hereditarias y testamentarias. El heredero responde sin necesidad de que se le adjudiquen bienes para el pago. Es un problema de responsabilidad y no de adjudicación. No hay desplazamiento de la responsabilidad a la posible legitimación.

Lo que sucede es que esta tesis ofrece interrogantes cuando entran en juego legatarios de parte alicuota, acreedores y otras diversas causas. Digo esto porque en el caso de «heredero único» la problemática desaparece, aunque en el presente caso subsista dado que es discutible si de verdad estábamos ante un supuesto de heredero único, cosa que trataremos posteriormente.

La tesis notarial —y por supuesto la de la Dirección— es que lo que se hereda es el conjunto de bienes del causante después de satisfechas las deudas de la herencia y que existiendo legatario de parte alicuota, se hace imprescindible la determinación del contenido económico de la herencia, por lo que procede la adjudicación para pago de deudas. Para apoyar esta tesis se citan tres fundamentales argumentos: el del artículo 1.023, 3.º, del Código civil, el de la normativa sobre suspensión de pagos y quiebras o la prelación de créditos y las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la LEC para lograr el pago o aseguramiento de los créditos sobre el patrimonio del causante. En el auto presidencial se argumenta entendiéndose que no puede desconocerse el principio de autonomía del patrimonio hereditario, sin que a ello se oponga el artículo 1.003 del Código civil, el cual quiere decir que el heredero es ante todo responsable de las cargas de la herencia con los bienes de ésta y si acepta pura y simplemente es además responsable «ultra vires».

Sería innecesario recordar que sobre este punto concreto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («La herencia y las deudas del causante», Tratado práctico y crítico de Derecho civil, Madrid, 1967) había mantenido sobre los aforismos de que «primero es pagar que heredar» y que «no hay herencia sino en el residuo»,

que el heredero normalmente responde sólo con la herencia, siendo la responsabilidad «ultra vires» una incidencia en la liquidación del patrimonio hereditario, la cual se presenta, por consiguiente, como efecto independiente del fenómeno sucesorio (responsabilidad «intra vires»). El patrimonio del causante persiste siempre individualizado, por razón de su afectación a las deudas y cargas hereditarias, a través de las distintas vicisitudes de la crisis de su titularidad.

Creo que adentrarse en este problema es incidir en uno de los poco acertados argumentos que contiene la Resolución, pero habrá que tratar de resolverlo aunque sea en forma incidental. Interesa destacar cómo la mayor parte de la doctrina se inclina en contra de la tesis de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y concretamente ANGEL CRISTÓBAL MONTES («La separación de los bienes hereditarios», Caracas, 1970), el cual combate muy acertadamente la tesis sobre la base de que si el heredero responde «intra vires» con preferencia frente a los acreedores hereditarios, debe aceptarse también como contrapartida lógica que sobrevenida la responsabilidad ilimitada del heredero, sus acreedores particulares tendrán preferencia sobre las bienes personales del mismo respecto a los acreedores del causante. Realmente aquí no creo que se deba plantear este problema, ya que sólo hay acreedores de la herencia, pero sí es importante descartar la interpretación «a sensu contrario» que la Dirección da al 1.023, 3.º, del Código civil, la cual no parece muy viable, pues si con el beneficio de inventario no se confunden patrimonios en daño del heredero, sin beneficio sí deben confundirse, sin que ni en uno ni en otro caso juegue la figura del tercero.

Creo que donde reside la problemática es en la «adjudicación para pago de deudas» y si para ella estaba facultado el contador-partidor que verifica la de la herencia y que es completamente distinto del que nombró el causante. Debe tenerse en cuenta que a través de esta adjudicación, de una parte, se incumple lo que podríamos llamar «ley de la sucesión» que es la voluntad del causante, y de otra, que su existencia se defiende más que con efectos sustantivos, con efectos determinativos de fijación de un legado de parte alícuota. ¿Era precisa la adjudicación de bienes al heredero para poder fijar el legado de parte alícuota? De ninguna forma, pues reconocidas, fijadas numéricamente (e incluso aseguradas con hipoteca) las deudas del causante y clarísimamente señalados los legados, era viable, posible y contablemente perfecto el señalamiento del haber hereditario que «quedaba al heredero» y al legatario de parte alícuota. Una cosa es la operación contable de la partición y otra la materialización que como consecuencia de ella deba o no realizarse para su viabilidad. Contar es una cosa, partir otra y adjudicar no es más que una consecuencia de la partición. ¿Pero era necesaria la adjudicación para pago de deudas de bienes afectos a una prohibición de disponer para que sea válida la partición? Si mantuviésemos la posición afirmativa creo que sobraría esa serie de disposiciones legales dentro del Código civil que atribuyen ciertos derechos a los acreedores para «oponerse» a la partición hasta que no se le pague o afiance su crédito (artículos 1.082 del Código civil) y para poder exigir el pago de sus créditos por entero de cualquiera de los herederos (artículo 1.084, 1.º). La pasividad de los acreedores

en este caso —no sé si citados o no en el juicio de testamentaria— estaba justificada por la garantía hipotecaria de sus deudas, que no exigían adjudicación de bienes para su pago, pues ya los bienes sobre los que recaía la hipoteca respondían con preferencia a la prohibición de disponer del testador. Adjudicar bienes para pago de deudas violando la voluntad testamentaria es dejar inútil e improcedente la voluntad testamentaria. No lo entiende así la Dirección ahora, ni en el año 1910, ya que su Resolución de 16 de septiembre señaló que para la liquidación de toda la herencia es preciso el previo pago de las deudas y obligaciones hereditarias y que las limitaciones acerca de la facultad de disponer impuestas por el testador a los herederos solamente alcanzan a los bienes que particularmente se les adjudiquen. Ratifica esta idea la Resolución de 19 de septiembre de 1929. Seguir esas ideas es exponerse a un fraude por simulación de deudas, a valoraciones fraudulentas de fincas, salvo que a esa adjudicación se le rodease de ciertas garantías, como puede ser una subsata al estilo del artículo 1.031 de la LEC.

Parece ser indudable que el contador partidor —en su intervención en el juicio de testamentaria— tiene una amplitud de facultades que van desde el inventario y avalúo de los bienes hasta su división, conforme al artículo 1.074 de la LEC. Lo discutible no es eso, ni su posible adjudicación para pago de deudas, sino si en este caso concreto podía haber hecho esa adjudicación o tenía que haber procedido de otra forma ante una institución de heredero de difícil interpretación, con una prohibición de disponer, con una legítima englobada en ella, con unos acreedores determinados, unos legatarios conocidos y unos posibles titulares de bienes de difícil precisión.

No se puede en estos momentos entrar a fondo en el examen de las figuras de «albaceas» nombrados en el testamento por el causante (y que según parece dejaron transcurrir el plazo para la ejecución testamentaria) y los contadores judiciales del juicio de testamentaria. Supongo que la problemática debe estar abordada por ALBALADEJO en su conocida monografía, pero entiendo que ese cargo de contador partidor de que habla la LEC engloba, por supuesto, las facultades del albacea y si aceptamos esto, la solución es muy otra de la que se defiende, pues no debemos olvidar que frente a ese artículo 1.003 del C. c. y 1.023, 3.º, del mismo cuerpo legal, hay un precepto bien claro sito en la sección destinada a los albaceas: si no hubiera en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados y *los herederos no lo aportaren de lo suyo*, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles y no alcanzando éstos, la de los inmuebles con intercepción de los herederos... El artículo es el 903 del Código civil y creo que permite explicar la «confusión» de patrimonios y el aforismo de que primero es pagar que heredar. Ese precepto y los que cita la Resolución de la Dirección General de los Registros (1.097 en relación con los 1.093 y 1.031 de la LEC) hubiesen sido la solución correcta del caso.

B) *Interpretación testamentaria y heredero único.*

Resulta sumamente aleccionador cómo tanto la Dirección General como el auto del Presidente, el informe notarial y el escrito del recurso intentan eliminar la figura del heredero único para evitar a toda costa la aplicación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y me imagino que para no contradecir los argumentos sostenidos en torno a la separación de patrimonios y la interpretación dada al aforismo primero es pagar que heredar. Cuando LA RICA Y ARENAL («Comentarios al nuevo reglamento hipotecario», 1949) se planteaba la determinación de cuando podía existir heredero único, ponía ciertos ejemplos en los que cabía la duda y, entre ellos, era precisamente el de la existencia de legatario de parte alícuota en base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1940 y del artículo 152 del Reglamento Hipotecario. Posteriormente nosotros («Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral») coincidíamos en la misma idea, ya que el legatario de parte alícuota supone un llamamiento a bienes. De otra parte, el artículo 152 del R. H. —a los efectos de las anotaciones preventivas— establece que los de parte alícuota se consideran asimilados a los herederos. Ahora la Dirección añade un nuevo argumento y es el de que los «legatarios de parte alícuota» pueden promover el juicio de testamentaria y de ahí que queden asimilados a los herederos. Es pues evidente que en el caso que se trata parecía no tener aplicación el artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

De todas formas hay mucho que hablar si el caso presente es tratable de la misma forma que si se ofreciese como un supuesto de «legado de parte alícuota», No debe olvidarse que aquí estamos ante un legado de usufructo «de parte alícuota», y si cuando se nombra —caso de que pudiera hacerse— un único heredero usufructuario y otro nudo propietario la institución se considera como única, es más evidente que en caso de un legatario en usufructo de parte alícuota de la herencia deberá ser admitida la existencia de heredero único y la aplicación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y el complementario de su Reglamento.

Lo que ya no está tan claro es si el contador nombrado en ese juicio tenía o no facultades para «interpretar la voluntad testamentaria» al ejecutar la partición. A mi entender es aquí donde reside la clave del asunto que con perfecta visión intuye el Registrador en su nota al decir que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador y no someterse a lo ordenado por éste ni atenerse al sentido literal de las cláusulas testamentarias. El recurrente también lo viene a reconocer así al decir que, si bien es cierto que el contador-partidor fue nombrado por el heredero y no por el causante, por lo que carece de atribuciones para interpretar la voluntad del testador, *éste hecho no es por sí solo suficiente para denegar la inscripción solicitada.* Este argumento sin apoyo justificativo puede ser un buen tanto a favor de la tesis contraria, ya que reconocida la falta de facultad de interpretación, lo que posteriormente falla es la valoración de unas actuaciones que en vez de ajustarse a lo que dispone el testador se someten a la interpretación que el contador le da.

La Dirección General, partiendo de la base de que los que tienen facultades para realizar la liquidación son los herederos y copartícipes del patrimonio hereditario y que ésta deberá realizarse con las debidas garantías para los que ostenten un derecho no lo vean alterado, entiende que en dichas operaciones han intervenido todos los interesados y que la designación de contador por todos ellos —o por la mayor parte, con renuncia de otros— legitiman al mismo que no ha provocado ninguna extralimitación de funciones, ya que se ajustó a la interpretación que el Tribunal Supremo dio al testamento del causante. Creo que de ahí no pasa la Dirección General, aunque me suena haber leído en algún comentario a esta Resolución que la Dirección General se apoyaba en la garantía que suponía la aprobación judicial de la partición hecha. Habrá de volver a repetir que ni la intervención judicial, ni la notarial añaden ninguna garantía ni la prestan a un documento privado que se fabrica en un juicio de testamentaria. Se pueden cometer la mayor clase de barbaridades jurídicas —como demuestra en un peregrino caso que me tocó calificar y en el que semejanza de la Resolución de 16 de septiembre de 1910 se adjudicó la finca única de la herencia a un extraño—, y ni el Juez, ni el Notario pueden llegar al fondo del asunto. De ahí —y luego insistiré en ello— que el auto que aprueba la partición realizada en juicio de testamentaria no transforma en judicial el acto a efectos calificadores y, es más, el único funcionario que puede descubrir la falta de legalidad que pueda padecer el mismo es el Registrador.

Basándose, sin embargo, en una interpretación dada por el Tribunal Supremo a la voluntad testamentaria, se decide que los únicos interesados en la herencia, aparte de acreedores y legatarios, lo son el legatario de parte alícuota, el heredero y unos hermanos del testador, a uno de los cuales le había nombrado el mismo albacea junto con un sobrino. ¿Y el sobrino? ¿Eran todos los interesados en la herencia y sólo a éstos pertenecían los bienes en concepto de reserva troncal hasta que se cumpliese la condición impuesta? Para esto no hay contestación.

C) *Prohibición de disponer, reserva troncal y condición.*

Leída con absoluto desapasionamiento la cláusula testamentaria es claro que se está ante una institución de heredero «condicional» (lícita o ilícita según admitamos que en ella iba o no incluida la legítima) y que hasta que se cumpla la condición el heredero no entrará en posesión de los bienes, los cuales fiduciariamente pertenecerán registralmente hablando a la «reserva troncal», y en todo caso esos bienes estarán afectos a una prohibición de disponer. Nada de esto es lo que el Notario informante dice, pues él parece ser que entiende que existe una sustitución fideicomisaria, siendo fiduciario el heredero y fideicomisarios condicionales los que pertenezcan a la «reserva troncal». El Presidente de la Audiencia elimina el problema no tratando del mismo. El Registrador en la nota dice que la inscripción debe hacerse a nombre de heredero con la prohibición de disponer condicionada (a mi entender la condición sólo afecta a la entrada en posesión de los bienes) y la pertenencia condicionada de la reserva troncal. La Dirección General, si-

guiendo pautas marcadas por la Sentencia del Tribunal Supremo, entiende que no hay condicionamiento en la institución de heredero, sino gravar al que designa con una prohibición de disponer hasta que la condición se cumpla. ¿Quién tiene razón?

Si tantas opiniones diversas se concentran y ponen en tela de juicio, cual es la que de verdad quiso el testador, es comprensible que el contador-partidor ni supiese lo que hacía ni cómo lo hacía. Ha sido una auténtica lástima que la Dirección General no se esmerase en la precisión de lo que debe entenderse por «reserva troncal», aunque de hacerlo hubiese tenido que ir en contra de la Sentencia del Tribunal Supremo del año 1968 y hubiese tenido que declarar no inscribible esa partición de bienes con formación de una hijuela para pago de deudas.

D) *Calificación registral.*

El ámbito de la función calificadora, en este caso concreto, debe ser amplísimo. Creo que ya lo he demostrado suficientemente en la publicación antes citada, pues al tratarse de un acto en el que no ha intervenido ninguna persona concedora de Derecho (pues ni Juez ni Notario entran en el fondo del asunto) cuantas mayores precauciones se tomen, mejor resultará aplicada la legalidad. El auto Presidencial —a pesar de que el recurrente reconoce el defecto— sale al paso quizá con pocas razones jurídicas de que el mismo no entraba en las funciones calificadoras. Yo entiendo que lo que no entraba en las funciones del Presidente era pronunciarse sobre un defecto no recurrido, pues no debe olvidarse que tanto el auto, como la resolución debe ser «congruente con las pretensiones deducidas», lo cual en este caso supone una violación del artículo 118 del Reglamento Hipotecario.

¡Vaya que sí entraba dentro de las funciones calificadoras la petición de justificación de deudas, de su vencimiento y aseguramiento y de esa infravaloración de finca que anuncia un acto fraudulento! Lo que sucede es que el Presidente entiende que los reservatarios y la protección de sus derechos no tenía objeto por haberse personado en el juicio universal y haber renunciado a su derecho. Lo que falta por saber es quién eran esos reservatarios, pues no ha quedado nada claro a qué reserva se refería el testador al hablar de la «troncal» y no estando claro o por lo menos probado quiénes eran los reservatarios, mal puede decirse que habían renunciado, sin saber si habían sido citados.

La función calificadora no llega a ser admitida sin discusión, pues en ninguno de los tres campos que se ejerce, el notarial, el judicial y el administrativo, se penetra en su esencia que no es otra que el velar por la seguridad jurídica y la protección de los intereses de terceros. El funcionario que no lo entiende ver así personaliza, casi diría paternaliza el documento, y ve en la calificación un ataque directo al mismo. En esto también tiene que avanzar el proceso renovador.

Documento privado.—No es inscribible un documento privado referente a una cláusula testamentaria que fue inscrita en escritura de partición hereditaria en la que estuvieron de acuerdo las dos únicas interesadas. (Resolución de 20 de octubre de 1976, «Boletín Oficial del Estado» de 30 de octubre de 1976.)

Hechas.—Resultando que doña María Aragón Díez otorgó testamento en Valladolid ante el Notario don Miguel Hoyos de Castro el 2 de febrero de 1959, en el que instituía herederos a sus hijos María del Carmen, José María, María Antonia, María Luisa, Fernando y María del Consuelo Orbaneja Aragón, que en la cláusula 2.ª establece una mejora a favor de sus hijas solteras María del Carmen, María Luisa y María del Consuelo consistente en el pleno dominio del piso principal derecha de la casa número 16 de la calle del Duque de la Victoria, de Valladolid, y el usufructo del resto de la misma casa, cuya nuda propiedad será adjudicada por sextas partes a sus hijos; que establece la mejora a favor de sus hijas mientras se conserven solteras, y si alguna se casase o profesare en religión perdería su parte que acrecería a las que sigan solteras, y si alguna quedase viuda o saliere del convento habiendo profesado volverá a participar de la mejora; que fallecida la testadora el 14 de marzo de 1963, doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja Aragón otorgaron escritura de adjudicación de herencia ante el mismo Notario el día 4 de julio de 1963, en la que se declara que don José, doña María Antonia, doña María Luisa y don Fernando Orbaneja Aragón renunciaron de forma auténtica a sus derechos en la herencia de su madre; que doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja Aragón aceptan la herencia y se adjudican en el pago de la misma por mitad la casa de la calle del Duque de la Victoria, número 16, de la capital, solicitando del Abogado del Estado y del Registrador de la Propiedad la liquidación del impuesto de Derechos Reales y la inscripción a nombre de las adjudicatarias; que la referida escritura causó, por lo que se refiere al inmueble citado, el asiento correspondiente, sin que en su texto se recogieran los particulares de la disposición de mejora contenida en la cláusula 2.ª del citado testamento; que doña María del Consuelo Orbaneja Aragón contrajo matrimonio el día 16 de mayo de 1969; que doña María del Carmen Orbaneja Aragón falleció en Valencia el 14 de abril de 1975 bajo testamento abierto otorgado en Valladolid ante el Notario don Iñigo Fernández y Fernández el 3 de marzo de 1966, del que resulta que instituye herederas por igual de sus bienes a sus sobrinas María y Ana Orbaneja Gil de Biedma, hijas de su hermano Fernando, dejando a su hermana María del Consuelo el usufructo vitalicio de todos sus bienes; que mediante instancia acompañada de los citados testamentos y escritura, así como de otros documentos complementarios, don Fernando de Orbaneja y Aragón, en representación de su hija menor Ana, y doña María Orbaneja y Gil de Biedma solicitaron del Registro se completara la inscripción del inmueble aludido a favor de sus actuales titulares registrales mediante la inscripción de las disposiciones testamentarias pertinentes, y asimismo que por nota

marginal se haga constar el matrimonio de doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón, todo ello en aplicación *a contrario sensu* del artículo 217 de la Ley Hipotecaria, por cuanto la omisión resulta claramente del Registro y se hallan en el mismo los documentos que sirvieron para extenderlos.

Resultando que presentada en el Registro la referida instancia y demás documentación fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «DENE-GADA la inscripción solicitada en el precedente documento, que fue presentado según asiento 1.924, obrante al folio 248 del Diario 69, en cuanto a la transcripción de las disposiciones testamentarias que se indican en el mismo, por los siguientes motivos: A) La finca indicada en la precedente instancia, casa número 16, antes 18, de la calle del Duque de la Victoria en Valladolid, aparece inscrita en el tomo 1.066 del Archivo General, libro 396, del Ayuntamiento de Valladolid, folio 247, finca número 9.609, inscripciones 11.ª y 12.ª, en pleno dominio y por mitades indivisas, a favor de doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón, sin que en la inscripción 11.ª de herencia de doña María Aragón Díez, madre de las titulares registrales, por virtud de la cual se inscribió a favor de ellas la mitad de la finca en pleno dominio y la otra mitad en nuda propiedad (comprendiéndose en la 12.ª la extinción del derecho de usufructo de esa mitad), figure la condición o condiciones de las cláusulas testamentarias a que se refiere la instancia. Es decir, que figura inscrita en pleno dominio la totalidad de la casa a favor de las repetidas hermanas doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón, sin limitación alguna y además sin distinguir entre pleno dominio del piso principal y el usufructo de la misma casa que, por otra parte, tampoco parece constituida en régimen de propiedad horizontal.

B) Que estando los asientos del Registro, practicados en los libros que determinan los artículos 238 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en cuanto se refieren a derechos inscribibles, bajo la salvaguardia de los Tribunales, los mismos asientos producen todos sus efectos mientras no se declara su inexactitud en los términos establecidos en la Ley (artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, y concordantes), y por ello es claro que los expresados asientos no pueden ser completados, modificados o alterados en forma alguna sin consentimiento expreso del titular registral o por mandato judicial.

C) Que al mismo resultado ha de llegarse aplicando el artículo 217 de la Ley Hipotecaria que el solicitante invoca, pues aun en el caso de que hubiera existido el error de concepto que el mismo alega, siempre resultaría la imposibilidad de rectificarlo cuando, como ocurre en este caso, el error no resulta de la propia inscripción, sin el consentimiento unánime de todos los interesados (e ineludiblemente del titular o titulares registrales) y del Registrador, o por una providencia judicial que ordene la rectificación.

D) Que la instancia presentada no reúne los requisitos de autenticidad, ni es título hábil para provocar los asientos que se solicitan y carece de nota de liquidación del correspondiente impuesto.

E) Que asimismo tampoco, y esencialmente por idénticos motivos, procede extender la nota marginal solicitada expresando la circunstancia de

haber contraído matrimonio una de las titulares registrales, ya que ello implica una modificación de las circunstancias que figuran en el asiento.

No procede, dada la naturaleza insubsanable de los defectos expresados, tomar anotación preventiva de suspensión que además no se ha solicitado.»

Resultando que don Fernando Orbaneja y Aragón, en la representación que ostentaba, y doña María de Orbaneja Gil de Biedma interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: que en cuanto al motivo A) de la nota, la falta de constitución del régimen de propiedad horizontal no es causa suficiente para oponerse a completar los asientos vigentes; que respecto a los motivos B) y C) cabe decir que para conseguir una rectificación no son los únicos medios posibles los que impliquen el consentimiento de los interesados y el Registrador o, en su defecto, la providencia judicial, sino que la legislación hipotecaria es más flexible, permitiendo arbitrar otros medios para la corrección de errores, tanto materiales como de concepto, y en este sentido cabe citar el artículo 321 de la Ley Hipotecaria; que en contra de la opinión del funcionario calificador, el error en el caso presente, resulta de la propia inscripción, al omitir la disposición testamentaria que debería haber recogido; que en cuanto al motivo D) ha de hacerse constar que el título en que se basa la pretensión no es la instancia que, efectivamente, no sería título suficiente para provocar los asientos que se solicitan, sino que el título fundamental es el testamento de doña María Aragón Díez, completado por la escritura particional, autorizados ambos instrumentos por el Notario don Miguel Hoyos de Castro; que el requisito de la liquidación de los derechos fiscales no es exigible en el supuesto que nos ocupa, pero que de haberlo sido sólo tendría carácter de derecho subsanable; que en relación con el último motivo puede rebatirse teniendo en cuenta que la celebración del matrimonio de doña María de Consuelo Orbaneja una condición resolutoria de la mejora instituida en el testamento y su constatación mediante anotación marginal es exigible basándose en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

Resultando que el Registrador informó que es equivocado el criterio del recurrente al sostener que la omisión de las cláusulas testamentarias fue un error que puede rectificarse por la sola actividad del Registrador, sin necesidad del consentimiento expreso del titular registral o de un mandato judicial; que en nuestro sistema hipotecario no es de transcripción del título, sino de inscripción, precedida de una calificación para determinar lo que debe tener acceso al Registro y lo que debe quedar fuera del mismo; que el Registrador califica el título, decidiendo —certera o equivocadamente— lo que debe constar en la inscripción, caso de resolverse afirmativamente; que si el Registrador, al verter el contenido del título al asiento, estima que éste no debe contener tal o cual expresión y la omite, el asiento quedará configurado de esa forma bajo la salvaguardia de los Tribunales, sin que pueda ser modificado, alterado o completado más que con el consentimiento del titular registral o por mandato judicial; que en este caso podrá existir un error en la calificación en cuanto al fondo del asunto, pero el asiento no será erróneo, puesto que expresa lo que se quiso, omitiendo lo que se estimó debía de omitirse; que, al contrario, cuando al calificar el título se

decide llevar al asiento determinadas cláusulas, y al extender éste se omiten, existirá un error formal en el asiento; que en ambos casos podrá existir una discordancia entre el Registro y la realidad que puede ser rectificada, pero el procedimiento es distinto, ya que en caso de error en el asiento deberá utilizarse el procedimiento prevenido en el título VII de la Ley Hipotecaria; pero que en el supuesto presente, en el que no existe error de asiento, la forma de rectificación sería de las comprendidas en el apartado D) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, por el que se exige el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial; que todo ello se deduce por varias consideraciones, tales como la presunción contenida en el artículo 38, 1.º, de la Ley Hipotecaria de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo; que la rectificación se solicita en base a una segunda copia del título, habiéndose practicado el asiento a la vista de la primera copia, en la que cabe admitir la posibilidad de que en la nota de despacho se hiciera constar, al amparo del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, la no inscripción de la cláusula cuya inscripción se pretende, aun cuando dicha denegación parcial no conste en la nota marginal del asiento de presentación; que el artículo 79 del Reglamento Hipotecario que citan los recurrentes no exige al Registrador la transcripción de todas las disposiciones testamentarias, sino sólo de las que a su juicio calificador tengan trascendencia real inmobiliaria; que en el caso presente el funcionario calificador —que no era el mismo que ahora informa— pudo pensar que por la renuncia de los demás herederos, y al quedar como únicas interesadas en la herencia doña María del Carmen y doña María del Consuelo y ser mayores de edad, pudieron hacer la partición en la forma que tuvieron por conveniente, de conformidad con el artículo 1.058 del Código Civil, adjudicando los bienes de la causante sin sujetar su adquisición a las condiciones o cláusulas testamentarias, pudiendo pensar el Registrador que al ser las únicas interesadas en la herencia por renuncia de sus hermanos era ineficaz la cláusula testamentaria, calificación que será acertada o equivocada, pero no revisable por otro Registrador ni aun por el mismo; que a análoga conclusión llega la doctrina que se desprende de las Resoluciones de la Dirección de 9 de enero de 1923, 11 de noviembre de 1970, 28 de mayo de 1971 y otras muchas; que el error no se deduce de la propia inscripción, pues para ello sería necesario que fuera suficiente la lectura de ésta para apreciarlo, cosa que no ocurre; que al no aparecer la finca constituida en régimen de propiedad horizontal, tal constitución sería un requisito previo forzoso de las operaciones registrales que se pretenden, para el que también se precisaría el consentimiento de todos los titulares, o en su defecto la resolución judicial; que la instancia presentada carece de autenticidad, ya que la firma no está legitimada, ni puede considerarse como título hábil para practicar la liquidación del impuesto conforme exige el artículo 254 de la Ley Hipotecaria; y que respecto al último apartado de la nota debe alegarse que no constando inscrita la condición y denegándose la misma, no puede tener constancia registral por aplicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria la circunstancia de hecho que implique cumplimiento o incumplimiento de esa condición.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando que si bien la mejora ordenada por la causante doña María Aragón Díez en su testamento está sujeta a condición resolutoria cuya inscribibilidad no puede ser puesta en duda, lo cierto es que en la inscripción de la finca de que se trata ha sido silenciada toda referencia a la misma, proclamando el asiento el pleno dominio «por mitad y pro-indiviso»; omisión que muy bien pudo ser ponderada por el funcionario calificador por entender que los herederos mayores de edad habían descartado la condición en la operación divisoria, actuando el pleno arbitrio que les otorgaba el artículo 1.058 del Código Civil.

Doctrina.—«Considerando que inscrita en el Registro de la Propiedad en base a una escritura de aceptación de herencia los bienes que la integraban a favor de las dos hijas y herederas, por haber renunciado los otros cuatro hijos a aquélla, la cuestión primordial que plantea este recurso es la de si puede atenderse la petición solicitada de completar en los libros registrales, por aplicación del artículo 217 de la Ley Hipotecaria, la referida inscripción mediante la transcripción de la citada cláusula contenida en el testamento de la causante, que no aparece reflejada en la mencionada escritura de aceptación, y en consecuencia tampoco en el asiento practicado.»

«Considerando que la omisión de las cláusulas testamentarias en el asiento de inscripción no puede entenderse en el sentido de haberse cometido un error de conceptos, al que se refiere el artículo 216 de la Ley Hipotecaria, ya que para que este error se produzca es necesario que en la inscripción se haya alterado o variado el verdadero sentido del título, lo que aquí no ha sucedido, ya que el asiento practicado ha recogido fielmente el contenido de la escritura de adjudicación de bienes.»

«Considerando que hay que destacar la hipótesis de un posible error en la calificación en cuanto al fondo del asunto por parte del Registrador que extendió en su día el asiento, pues aparte la independencia que estos funcionarios tienen en esta materia de calificación, como contrapartida a la responsabilidad aneja, es de observar en este caso que una vez estudiados los títulos —escritura de adjudicación de herencia y testamento de la causante— entendió el Registrador la procedencia de su ingreso en los libros registrales, pues no hay que olvidar que, de conformidad con el artículo 1.058 del Código Civil y por las renunciaciones habidas, las dos herederas mayores de edad —que eran recíprocamente las beneficiarias de las limitaciones establecidas— pudieron dejar ineficaz la cláusula testamentaria y distribuirse los bienes hereditarios en la forma que estimaran conveniente, ya que con esta actuación no contrariaban ningún interés público ni ocasionaban perjuicio a tercero.»

«Considerando que se está, pues, ante un asiento correctamente extendido que, de acuerdo con el artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria, se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales, y en el que cualquier rectificación o alteración que pretenda realizarse precisará, según el apartado d) del artículo 40 de la Ley, o el consentimiento de su titular o, en su defecto, resolución judicial, por lo que haya que concluir que no es medio idóneo para hacer constar las cláusulas limitativas establecidas por la causante, la ins-

tancia suscrita solamente por las dos nietas que, como herederas de su tía, quedan subrogadas en la posición jurídica que ésta tenía, sino que se requerirá además que lo consienta la otra titular registral, pues de lo contrario, y sin su conocimiento, vería alterado el derecho que tenía escrito.»

«Considerando que con lo expuesto ya no es necesario entrar en el examen de los restantes puntos de la nota.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.»

Consideraciones críticas

En el lenguaje popular ha circulado siempre el axioma o el dicho de que «hecha la ley, hecha la trampa». El Conde de Romanones lo decía con más elegancia al entender que no le importaba gran cosa que sus adversarios políticos hicieran una ley, si a él le dejaban redactar el reglamento para su aplicación. Creo que lo mismo sucede con lo que podemos llamar «ley de la sucesión», que es la voluntad del causante expresamente manifestada a través de las formas testamentarias admitidas. Frente a esa ley está la «trampa» o el «reglamento» de la partición. Los herederos mayores de edad que tengan la libre administración de sus bienes pueden distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente (artículo 1.058 del Código Civil). Es más, aun estando ante un supuesto de testamento nulo, la voluntad de todos los herederos expresa o tacitamente manifestada, convalida cuantos defectos puramente formales hayan podido cometerse en su extensión, no pudiendo los Registradores de la Propiedad rechazar un testamento contra la voluntad de los que pueden acatarlo como válido, a no ser que el vicio que lo invalide constituya delito perseguible de oficio (Resoluciones de 26 de septiembre de 1904, 2 de agosto y 10 de septiembre de 1913).

Creo que estamos ante un caso claro en que los herederos estiman que la «ley de la sucesión» no es la justa y deciden con sus facultades participacionales hacer otra cosa de lo que el testador quería, claro que a base de renunciaciones. El que algo quiere, algo le cuesta. Todo ello provocó unas inscripciones que ahora se estiman erróneas y que quieren ser rectificadas sobre la base del artículo 217 de la Ley Hipotecaria.

Pero resulta que para llegar a la conclusión de la forma o manera de rectificar el Registro la Dirección General descarta la existencia de un error y libera de responsabilidad al Registrador que extendió los asientos en base de una calificación hecha en su día y que ahora defiende otro compañero en función de calificador de la instancia que pretende solucionar el error padecido. De ahí que, a mi entender, deberíamos deslindar dos posibles materias para con ello intentar lograr una claridad que no resplandece en la Resolución, pues se dan por demostrados unos hechos y unas circunstancias que no parecen tan claras para el comentarista. Distingamos, por ello, el poder de calificación registral y el medio idóneo de rectificación.

A) *El poder de calificación y el error registral.*

Vamos a prescindir de momento si el Registrador al extender el asiento procedió bien o mal, pues éste es un problema que da resuelto uno de los considerandos, pero que es preciso discutir. Lo que interesa ahora es aclarar si la calificación —certera o equívoca— del Registrador con su posterior extensión del asiento respectivo puede o no provocar lo que podríamos llamar un error de concepto. Deseo plantear esto teniendo en cuenta una de las afirmaciones que se hace por el Registrador que informa la nota de calificación, el cual dice que «al verter el contenido del título al asiento si el Registrador estima que éste no debe contener tal o cual expresión y la omite, el asiento quedará configurado de esta forma bajo la salvaguardia de los Tribunales sin que pueda ser modificado, alterado o completado más que con el consentimiento del titular registral o por mandato judicial; en este caso podrá existir un error en la calificación en cuanto al fondo del asunto, pero el asiento no será erróneo, puesto que expresa lo que se quiso, omitiendo lo que se estimó debía omitirse».

No sé si habrá algún autor actual que haya defendido con más insistencia la profundidad y extensión de la función calificadora, al estilo que lo he hecho en muy diversas ocasiones, pero suponiendo que lo hubiera, tendría forzosamente que salir al paso de la afirmación hecha por el funcionario informante a la manera que yo lo hago. Una cosa es la calificación censura, otra la calificación creación, otra la selección de pactos con trascendencia real, otra la eliminación de lo que es puramente obligacional, pero, cuidado, un error en la calificación, además de responsabilidad (artículo 296 de la Ley Hipotecaria), puede provocar un error de concepto clarísimo: «Cuando al expresar en la inscripción algunos de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido» (artículo 216 de la Ley Hipotecaria). Donde está —como luego veremos— la equivocación de la parte recurrente es en haber acudido al recurso gubernativo, pues lo que había que demostrar es que existía un error de concepto, pues ni el informe del Registrador, ni la Dirección General dan argumentos en contra, pues sólo hacen afirmaciones sobre la base de lo que pudo hacer o pensar el Registrador que calificó el título. Y esto dicho alegremente queda en una afirmación sin base en que apoyarse.

Cada maestrillo suele tener su librito al redactar los asientos registrales, pero aparte de las orientaciones legales y reglamentarias en este aspecto, y creo que mi contribución para unificar criterios, es evidente que conforme al artículo 79 del Reglamento Hipotecario (al que el Registrador le da una interpretación poco ortodoxa), la inscripción hereditaria ha de contener la referencia al título, a la institución de heredero, a la de legados, a las condiciones, a las limitaciones, etc. Todo ello, sin perjuicio, de que reflejado a continuación el acto particional se haga constar que queda sin efecto tal o cual institución de herederos por renuncia, tal o cual transmisión hereditaria por muerte, tal supresión de condición por expreso acuerdo de los herederos, etc. Con ello no quiero defender aquella opinión de algún ilustre compañero que entiende —sobre todo en materia de hipotecas— que deben

hacerse constar en la inscripción las cláusulas que se deniegan, pues eso ya se hace al pie del título y al margen del asiento de presentación. Una cosa es denegar o no inscribir una cláusula por no tener trascendencia real y otra que tal cláusula (con auténtica trascendencia real como era la mejora a favor de sus hijas mientras se conservasen solteras, viudas o exclaustradas) dejase de tener efecto no en base de una calificación, sino sobre la idea de una renuncia que dejó a las dos herederas como únicas interesadas en la herencia.

¿Qué hizo el Registrador? Y aquí todo son conjeturas, pues salvo que en los resultandos de la Resolución se afirme que la inscripción que se practicó se hizo «sin que en su texto se recogieran los particulares de la disposición de mejora contenida en la cláusula segunda del referido testamento», todo lo demás son suposiciones. No se puede averiguar si en la copia que originó el asiento el Registrador denegó la cláusula —como era su obligación conforme al artículo 434 del Reglamento Hipotecario— y debe haber base para opinar lo contrario —a pesar de las conjeturas favorables del informe y de la Resolución—, pues se afirma que tampoco consta la denegación en la nota marginal del asiento de presentación. Sobre estos hechos que denuncian una conducta registral poco correcta se montan unas conjeturas sobre lo que pudo pensar el Registrador, sobre la influencia que tuvieron las renunciaciones de los demás hermanos que «pudieron dejar ineficaz la cláusula testamentaria», etc., etc. ¿Cómo se puede saber lo que pensó el Registrador para proceder como procedió si no lo dice en ningún sitio? Que la cosa no tenía mayor importancia, que la cláusula de la mejora rozaba ese artículo 793 del Código Civil, que no podía haber perjuicio para nadie..., eso es otro cantar.

Si conforme al testamento se establece una institución de herederos y se mejora a dos de ellos en plena propiedad y en usufructo y resulta que todos los «no mejorados» renuncian, desaparece la mejora. Parece ser que esto es lo que estimó el Registrador, ya sin tener en cuenta la posible especialidad de la mejora y su «condicionamiento» de soltería. La renuncia de los hermanos hacía pura y simple la herencia. Creo que es un problema de interpretación testamentaria en la que se trata de favorecer a un estado de soltería, entendiéndolo que el matrimonio puede servir para «sacar adelante» a la heredera que dejase de ser soltera. Quizá sea mejor acudir a TIRSO CARRERERO («Comentario a esta misma Resolución», en R. Cr. Dr. Imb. 1977, número 523, pág. 1404), el cual, con mayor precisión, examina las posibles repercusiones de una mejora que aparentemente desaparece: «Pero esto era sólo aparentemente, porque la mejora conforme a los términos del testamento no era una mejora normal y en pleno dominio de cosa cierta, sino que tenía los condicionamientos que ya sabemos, y porque en cuanto al resto de la casa, excluido el piso principal derecha, era mejora de usufructo probablemente con derecho de acrecer entre las mejoradas (usufructo sucesivo en cuanto a la totalidad sin consolidación hasta la muerte de ambas). Estas particularidades de la mejora obligaban a cierta atención en el momento particional porque debía realizarse una adjudicación especial del piso principal derecha y del usufructo del resto de la casa en pago de la mejora, y sometida tal adjudicación especial a los condicionamientos de la misma,

o bien debía resultar claro que las herederas dejaban sin efecto la mejora y con ella sus condicionamientos y efectos posteriores...».

Y aquí ya cabe la conjetura contraria a la que parece llevarnos la Resolución y el informe registral. ¿Puede el Registrador dejar de incluir una cláusula testamentaria sin que a ella se renuncie expresamente por los herederos interesados en que se suprima? La conjetura que puede hacerse es más grave. Hay una escritura de partición, que es la que provoca la inscripción a favor de las dos hermanas «mejoradas» y en ella ya no se hace alusión a la condición. Es decir, la calificación previa hecha por el Notario autorizante de la escritura pesa en la actuación registral. O esto es así o el Registrador no vio el testamento, pues de haberlo visto hubiese condicionado la inscripción, como era su deber, o hubiese aconsejado una renuncia expresa por ambas herederas de la condición en base del artículo 1.058 del Código Civil. Por supuesto, la cláusula que no se incluye tenía «trascendencia real», pues condicionaba una titularidad en orden a sucesivas transmisiones, acrecimientos y posibles actos de viudedad, soltería y toma de estado religioso. ¿Midió estas consecuencias el Registrador al calificar el documento o se conformó con esa partición dirigida notarialmente prejuzgando la situación resultante? Y hago esta pregunta porque me resulta poco alentadora la «conjetura favorable» de lo que pudo y debió pensar el funcionario calificador.

B) *Forma de rectificar el Registro.*

No vamos a entrar en las diferentes modalidades que surgen cuando se producen errores o inexactitudes registrales, pues eso es materia de Tratados Generales. Aquí me interesa destacar cómo esto que sucede en la Resolución pudo ser un error de concepto y como tal podría ser rectificado con el consentimiento de los interesados y la conformidad del Registrador o acudiendo al juicio ordinario.

Lo que no puedo admitir en buena lógica son dos ideas que se mantienen en el informe registral y en la Resolución. La primera es una especie de herejía en la interpretación de las leyes y que me produce cierto desasosiego: «*El error no se deduce de la propia inscripción, pues para ello sería necesario que fuera suficiente la lectura de ésta para apreciarlo, cosa que no ocurre.*» Lo dice el informe registral. ¿Cómo es posible que una inscripción revele por la simple lectura que se ha cometido un error de concepto, si los errores de esta clase se deben a la variación o alteración de los contenidos en el título? Hará falta la comparación, el cotejo, algo que sirva de referencia, pues es difícil que una inscripción por sí —salvo errores materiales— revele por la simple lectura el error de concepto, sobre todo cuando éste tiene su origen en una alteración o variación del título.

Otra idea es que el asiento, tal y como está extendido, esté bajo la salvaguarda de los Tribunales y solamente quepa el recurso judicial para su rectificación, alteración o modificación. Extender imperativamente el artículo 1,3 de la Ley Hipotecaria hasta los casos en que se producen errores me parece excesivo, sobre todo cuando hay una sección o título en la Ley Hipotecaria que regula la rectificación de errores y tan error es la equivocación material

de una palabra, como la alteración o variación de su verdadero sentido, aunque trate de justificar cómo la cláusula, por no tener trascendencia real, no se incluyó en la inscripción.

Lo que sucede, y éste es otro cantar del problema cuestionado, es que el artículo 217 de la Ley Hipotecaria exige el consentimiento de los interesados en la inscripción —cosa que no ocurre en el presente caso— y la conformidad del Registrador, y aquí el recurrente inicia un camino equivocado, pues, pedida la rectificación en base de un posible error de concepto a través de la instancia y rechazada la misma por el Registrador en base de una serie de defectos que creo excedían de la materia cuestionada, debió dirigirse por el camino que señalaba el artículo 218 de la Ley Hipotecaria: el juicio ordinario. Creo que ya en algún comentario a otras Resoluciones hemos insistido en este punto, y así, fiándome de la memoria, cito la de 23 de enero de 1975, que resolvía un supuesto análogo al que ahora comentamos.

No quiero cansar al lector con la cita menorizada de ciertas resoluciones que utiliza el Registrador en su informe, pero quizá sí convendría hacer una pequeña alusión a las mismas, como son la de 9 de marzo de 1917 (sobre rectificación del estado civil de un otorgante viudo que figuraba casado), la de 11 de noviembre de 1970 (que centra la esencia del recurso gubernativo entendiendo que el mismo no es idóneo para la rectificación de errores), la de 28 de mayo de 1971 (que al aplicar la doctrina del principio de la salvaguardia de los Tribunales exige cierta aclaración en comparación con el supuesto planteado en esta Resolución comentada), la de 19 de septiembre de 1974 (sobre el problema o la trascendencia real de unas cláusulas de tanteo-retracto), de 27 de septiembre de 1974 (en la que se rechaza la rectificación de un error de calificación) y la ya citada de 23 de enero de 1975. Para mí sería fácil hacer una cita más concreta de todas estas Resoluciones, pues creo que todas ellas han sido comentadas por mí en estas páginas, pero prefiero que el que tenga curiosidad por ver mi reacción ante ellas se moleste en la busca, pues estoy casi seguro de que en ésta coincido plenamente con el criterio mantenido en las otras citadas.

Compraventa.—No es inscribible una escritura otorgada por el sustituto designado por el apoderado, en la que este último aparece como comprador de la finca vendida, ya que la facultad de sustitución supone una mayor confianza que no desliga al mandatario de sus obligaciones para con el mandante, de conformidad con lo previsto en el número 2 del artículo 1.459 del Código civil. (Resolución de 30 de julio de 1976, «Boletín Oficial del Estado» de 1 de octubre de 1976.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Marbella el 2 de abril de 1974 por el Notario don Luis Oliver Sacristán, doña Guadalupe Corral García otorgó poder al recurrente don Francisco Corral Tarifa, confiándole, entre otras facultades, la de enajenar bienes de todas clases, incluso inmuebles; así como la de poder nombrar sustituto; que el apoderado señor Corral Tarifa, en uso de esta última facultad, sustituyó tal poder a favor de don Pedro Maldonado Aranda mediante escritura autorizada por

el Notario de Granada don Miguel Olmedo Medina el 11 de julio de 1974, con el número 1.461 de su Protocolo; y que por escritura autorizada por el mismo Notario de Granada en la misma fecha, con el número 1.462 de Protocolo, el sustituto don Pedro Maldonado vende al propio mandatario don Francisco Corral dos fincas urbanas sitas en Marbella por el precio global de 400.000 pesetas.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del presente documento por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.459, número 2, del Código Civil. Defecto insubsanable.»

Resultando que don Francisco Corral Tarifa interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que no es de aplicación al presente caso el artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, pues la prohibición contenida en el mismo no se refiere al supuesto en que el mandatario no actúa con la doble personalidad de comprador y vendedor, manifestándose en este sentido la Sentencia de 17 de junio de 1920, y citando también en apoyo de su tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956 y 22 de febrero de 1958.

Resultando que el Registrador informó que el artículo 1.459 del Código Civil prohíbe taxativamente a los mandatarios adquirir por compra por sí ni por persona alguna intermedia los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados; que de los requisitos que el mismo Código establece en los artículos 1.445 y siguientes al tratar de la naturaleza y forma del contrato de compraventa, aplicados al caso controvertido, cabe decir que en el mismo no existe consentimiento, es decir, voluntad acorde de comprador y vendedor, compareciendo sólo en la escritura el mandatario y el sustituto, los cuales, ante el mismo Notario, en la misma fecha y número consecutivo de Protocolo, hacen la sustitución y la compraventa de las dos fincas, siendo evidente que si la voluntad de doña Guadalupe Corral hubiera sido la de vender sus bienes a don Francisco Corral, lo hubiera hecho al comparecer en la Notaría de don Luis Oliver en vez de limitarse a conferirle un poder; que por la forma de realizarse la compraventa resalta la connivencia de los otorgantes y la finalidad de la operación; que en relación con el precio señalado por mandatario y sustituto es muy inferior al real de las fincas urbanas objeto de la venta; que si conforme a la Sentencia de 23 de abril de 1960, «para el comprador la causa es la cosa y para el vendedor el precio», al fijarse éste en circunstancias tales que no corresponden al verdadero de las fincas vendidas, queda viciada la causa y provoca la carencia de requisitos esenciales del contrato; que es criterio reiteradamente mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la disposición del párrafo 2.º del artículo 1.459 es una protección de estricta moralidad a las personas que han confiado a otras la administración de sus bienes, establecida con carácter general para obviar las dificultades probatorias de cada caso concreto, produciendo su violación a nulidad de pleno del acto o negocio celebrado (Sentencias de 10 de marzo de 1953 y 27 de mayo de 1959).

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, declarando que es indudable que el mandatario, aun después de

nombrar un sustituto, sigue conservando su posición de representante a todos los efectos que le fueron conferidos, en tanto no los dimita, entendiéndose que la sustitución no desliga al apoderado de sus deberes frente al principal, es obvio que el recurrente no perdió en ningún instante esta condición y continuó encargado de la administración o enajenación de los bienes de su constituyente que fueron objeto del contrato, por lo que está incurso en la prohibición contenida en el número 2 del artículo 1.459 del Código Civil.

Doctrina.—«Considerando que, conferido por la propietaria de unos inmuebles a favor de otra persona poder para enajenarlos, con facultad por parte del apoderado de poder sustituir a un tercero en su lugar, la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si es inscribible la escritura de compraventa otorgada en nombre de la vendedora por el sustituto designado por el apoderado, y en la que este último aparece como comprador de las indicadas fincas.»

«Considerando que es indudable que el hecho de nombrar un sustituto—acto para el que se hallaba debidamente autorizado— no desliga al representante o mandatario de este carácter frente a su mandante, en tanto no renuncie al mandato o se produzca alguna de las otras causas que provocan su extinción, circunstancias que no han tenido lugar en este supuesto, pues la facultad de sustitución viene a suponer, por el contrario, una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendada.»

«Considerando que al seguir ostentando el apoderado esta cualidad es indudable que no puede adquirir para sí los inmuebles de cuya administración y enajenación estaba encargado por entrar de lleno en la prohibición establecida en el número 2 del artículo 1.459 del Código Civil y no darse ninguno de los supuestos de autocontratación permitidos en nuestra legislación.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.»

Consideraciones críticas

El caso que resuelve acertadamente esta Resolución es el de evitar que por el lícito mecanismo de una sustitución de un poder se pueda violar una prohibición legal que impide al mandatario adquirir los bienes del mandante, conforme al artículo 1.459 del Código Civil. De ahí que nuestro comentario haya de estar muy circunscrito a lo planteado, separando la razón de ser de la prohibición y su consecuencia.

A) Razón de ser de la prohibición.

La razón de ser de la prohibición del artículo 1.459, 2 del Código Civil está en el conflicto de intereses que supone la figura del autocontrato y, que, en forma de una lógica aplastante, ofrece el Registrador en su informe: si la vendedora hubiese querido vender los bienes a su mandatario en vez de haberle dado mandato, le hubiese otorgado un documento de venta.

El problema no es esta razón de ser, sino si la misma subsiste en los posibles casos que pueden ofrecerse y a los que parece aludir el artículo 1.459 del Código al prohibir la venta a las personas que cita o verificarse la misma por «persona interpuesta», lo cual hace nulas las realizadas mediante testafierro, las simuladas, las con pacto de retro que ejercita posteriormente el mandatario, etc. Lo discutible es la figura de la «sustitución» en el mandato, pues parece que con ello se desprende el mandatario de su cualidad que pasa al sustituto y con ello se ve eliminada la razón de ser que impone la prohibición. Podría ser un caso con ciertas semejanzas el que cita, por ejemplo, BONET RAMÓN («Código civil comentado», 1962) en la jurisprudencia del artículo 1.459 y es cuando interviene en la venta el mandante representado por otro apoderado distinto del mandatario comprador, conforme dispone o soluciona la Sentencia de 17 de junio de 1920. Este caso, sin embargo, convendría perfilarlo más, pues la existencia de dos mandatos, sin revocación de uno de ellos, parece chocar con lo que dispone el artículo 1.735 del Código Civil, y con ciertos reparos sólo podría admitirse en aquellos casos de mandatos generales y de mandatos especiales para un cierto negocio.

Para la Dirección General es claro que el hecho de nombrar un sustituto, en base de una autorización expresa, no desliga al mandatario de ese carácter frente al mandante en tanto no renuncie o se produzca una extinción del mandato, suponiendo la sustitución una mayor confianza personal en el mandatario para que pueda llevar a término el encargo o misión encomendados. No sucede así con la doctrina jurídica, pues desde que HUPKA («La representación voluntaria en el negocio jurídico») separase los conceptos de sustitución y subapoderamiento, la problemática de la sustitución autorizada no queda plenamente perfilada en la norma española y en la documentación notarial. La distinción es sugestiva, bonita jurídicamente, y así PORPETA CLÉRIGO («Sustitución de poder», AAMN. 1945, tomo I, pág. 147) la divulga en España, entendiéndolo que la sustitución en sentido propio, por vía de transferencia o traspaso, supone una transmisión de facultades no revocable, quedando a virtud de ello automáticamente fuera de la relación jurídica el primer apoderado. El «subapoderamiento o delegación subordinada» es, por el contrario, una delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado y le permite, además de conservar su primitivo poder, comportarse, desde todos los puntos de vista, frente al subapoderado como un verdadero poderdante.

Lo que sucede es que resulta sumamente difícil llegar en casos determinados a la averiguación de cuándo estamos ante un subapoderamiento y cuándo ante una sustitución. Sería problema de interpretación de voluntad, pues en la práctica notarial no se ha generalizado el término «subapoderamiento» y si el de sustitución y ello resulta peligroso, si se acepta la tesis de PUIG PEÑA, a quien sigue, por ejemplo, CASTÁN, quienes creen que el mandatario quedará desligado de la relación y no le alcanzará responsabilidad por la gestión del sustituto «cuando el mandante ha concedido la autorización para sustituir de manera genérica, esto es, sin determinación de la persona del sustituto, pues el nombramiento de éste también ha sido previsto y admitidos por el mandante, pero con la natural excepción del caso de tratarse de un sustituto notoriamente incapaz o insolvente, pues en tal

supuesto el mandatario habrá incurrido en culpa al hacer la elección y no podrá entenderse que haya completado la voluntad de sustitución del mandante. Todo ello sobre la base del artículo 1.721 del Código Civil.

A este respecto cita el autor referido las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1891, 16 de diciembre de 1897, 8 de mayo de 1920, 25 de enero de 1925 y en especial la de 14 de diciembre de 1943, que ponen de relieve que la transmisión se opera cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante y en virtud de facultades por éste conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro las facultades de que fue investido, con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto para actuar a nombre del mandante, en relación directa con él.

Entiendo que es forzada esta interpretación, pues el empleo genérico de la palabra «sustitución» no da pie para pensar que se trata de una verdadera sustitución y no de una delegación de facultades. Todo ello sin perjuicio del problema de la responsabilidad, pues se puede ser responsable por una actuación, sin perjuicio de que también lo sea o lo siga siendo el mandatario primero o el apoderado, sobre todo cuando elige a un incapaz o a un insolvente. Entonces la problemática de la sustitución sin designación de personas se debe aplazar hasta el momento en que se demuestre o no si el nombrado sustituto es incapaz o insolvente. No creo que puedan asimilarse los casos de sustitución genérica sin nombramiento, con los de sustitución hecha con designación de personas.

Si aceptásemos esta interpretación y no la que promueve la Dirección habría que trasladar la facultad de sustitución y su interpretación no al del negocio jurídico de apoderamiento o mandato, sino al propio en el que se verifica la sustitución y se materializa o subjetiviza en persona determinada y de los términos en que se verifique, podrá deducirse si estamos o no ante una sustitución o una delegación, pues si el apoderado dijese «y sustituyo en mis facultades a don ... que, por no ser incapaz e insolvente, me desliga de la relación de apoderamiento y me libera de responsabilidad...», la cosa quedaría clarísima, pero si no se hace así volvemos a quedarnos en la duda de qué es lo que se quiso realizar y, para mí es claro, que mandato y apoderamiento se extinguen por una serie de causas entre las cuales, por ahora, no existe la de la sustitución «propia».

B) *Anulabilidad o nulidad del acto.*

La Dirección General estima que el acto realizado es un supuesto que entra dentro del artículo 1.459 del Código Civil y que al realizarse contra esa prohibición —y no suponer un acto permitido como excepción a la prohibición de autocontratación— debe estimarse como acto nulo y no anulable. Es lo que viene a establecer la calificación registral al entender que se trata de un defecto insubsanable.

Existe en la doctrina jurídica una cierta tendencia a estimar que la llamada *convalidación* de actos que en principio estaban prohibidos, hace válidos los mismos. La práctica jurídica recoge innumerables casos de ese tipo y desvirtuando otros principios que deben ser tenidos en cuenta. Creo

que la idea penetra a través del caso del testamento nulo que por unánime voluntad de los herederos se le hace pasar por válido. Pero lo que tienen de posible justificación esos casos —y quede claro que no es la unanimidad de voluntades sino el principio de subsistencia de una voluntad testamentaria de imposible reproducción— encuentra poca argumentación con referencia a los demás.

Si los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley son nulos (artículo 6, 3.º, del Código Civil) y solamente los actos anulables pueden ser convalidados (artículo 1.310 del Código Civil), es muy difícil admitir que un supuesto que se califica como incluido dentro del artículo 1.459 del mismo Código, pueda entenderse convalidado con el consentimiento del poderdante. Aquél acto es nulo de pleno derecho y para que pudiera ser considerado como válido habría que estructurarlo en nuevo contrato en el que el poderdante enajenase la finca a su primitivo apoderado, sin el juego intermedio de la sustitución. Esta parece ser la idea que preside el recurso y su solución, aunque situado el caso dentro de la autocontratación podría haberse intentado imponer jurisprudencialmente una excepción, pero eso entra en el terreno de lo especulativo y en el caso concreto por las denuncias de connivencia que alega el Registrador, así como por la ausencia de un precio real, creo que aconsejaban no meterse en profundidades generalizadoras que pudieran cerrar las puertas para rechazar actos fraudulentos. Está bien así que el acto quede incluido en el artículo 1.459, sin perjuicio de que en el supuesto de que se presente otro caso semejante y las circunstancias sean distintas, pueda estimarse una dulcificación de la doctrina sostenida.