

III. Otras disposiciones

MINISTERIO DE JUSTICIA

3959 *RESOLUCION de 29 de enero de 1988, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Olivares Cano contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villacarrillo a inscribir una escritura de manifestación de herencia y entrega de legado en virtud de apelación del señor Registrador.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por don José Olivares Cano contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villacarrillo a inscribir una escritura de manifestación de herencia y entrega de legado en virtud de apelación del señor Registrador.

HECHOS

I

En escritura autorizada por el Notario de Beas de Segura, don Miguel Olmedo Martínez, el día 20 de julio de 1983, don José, doña María Francisca y don Antonio Olivares Cano y los hijos de este último, doña Dolores, doña María y don Antonio Olivares de la Torre, éstos a través de su representante voluntario, don Simón Cuadros Romero, procedieron a la división de la herencia de sus padres y abuelos, don Primitivo Oliver Navarro y doña Dolores Cano Gallego, y adjudicación y entrega de legado que en el citado título se establece sobre la nuda propiedad de los tercios de mejora y de libre disposición de por terceras e iguales partes a sus hijos María Francisca y José y a los hijos de su hijo Antonio, antes citados, los primeros por cabezas y los nietos por estirpes, aclarando el testador que si éste tuviese con posterioridad más descendientes tomarían parte de este legado, distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a sus nietos entre los que resultasen al ocurrir su fallecimiento.

II

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

III

Don José Olivares Cano interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que el problema del presente recurso consiste en determinar si es inscribible una escritura de división de herencia y entrega de legados otorgada por todos los herederos y legatarios de parte alicuota interesados, a excepción de unos legatarios designados en el testamento que, al tiempo de abrirse la sucesión carecen de existencia, no estando ni siquiera concebidos, aunque cabe la posibilidad que lleguen a existir en el futuro, dentro de un término cierto, que se fija en el testamento, ignorándose únicamente cuándo llegará el día en que se produzca el evento determinado en aquél. Que es admitido por la doctrina y la jurisprudencia que los «nascituri nondum concepti» pueden ser llamados directamente a una sucesión, por entender que se les aplica el párrafo primero del artículo 758 del Código Civil, y siempre que esas personas no nacidas, ni concebidas, sean de algún modo identificadas o identificables en su existencia real, ya que en

otro caso la disposición sería nula, de acuerdo con el artículo 750 del citado Código, en este sentido se manifiestan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1939 (sic), 22 de diciembre de 1950, 19 de noviembre de 1960 y 29 de diciembre de 1982 (sic), y las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1963, 3 de abril de 1965 y 4 de febrero de 1970. Que es imprescindible una interpretación auténtica de la cláusula testamentaria que contiene el llamamiento a los no concebidos, a fin de reproducir lo más fielmente posible cuál ha sido la voluntad real del testador y para ello a tenor del artículo 675 del Código Civil se impone una interpretación sistemática que se atenga al sentido literal de las palabras empleadas cuando no aparezca claramente que fue otra la voluntad del causante, como refiere la Resolución de 14 de septiembre de 1964. Que cuando el intérprete testamentario cumple su labor hermenéutica con escaso celo o con olvido del criterio objetivo inducido del precepto antes citado, puede producirse una mutación de la voluntad del testador por la del intérprete; por ello, en derecho tiene trascendental importancia la interpretación del testamento. Que se considera que la nota de calificación no es conforme a derecho, ni a la Ley de sucesión en ninguno de sus extremos. Que pese a la asistemática y confusa redacción de dicha nota, se considera necesario iniciar la crítica de ésta sobre la base de lo que se entiende constituye su principal ilación argumental, dentro de la que conviene, a su vez, contemplar el problema desde una triple vertiente: A.—Legado condicional: Que se considera que una concreta disposición testamentaria está bajo condición suspensiva, cuando el evento condicionante lo constituye un suceso futuro e incierto, o bien, excepcionalmente, cuando se trate de un suceso futuro, cierto en el «sí» e indistintamente cierto o incierto en el «cuándo», si el testador ha querido clara y explícitamente subordinar la efectividad de esa disposición a que el favorecido o favorecidos por ella vivan al cumplimiento del término señalado. Fuera de estos casos, cualquier otra disposición efectuada en contemplación de un suceso futuro, ha de entenderse que está sometida a término (suspensivo o resolutorio). Que a la vista de la cláusula testamentaria, interpretándola sin violentar su sentido literal, se entiende: 1.º Que el legado que en ella se ordena no es un legado condicional por no cumplir los presupuestos antes examinados; se piensa que dicho legado peculiarmente combina un llamamiento puro con delación inmediata a favor de los nietos que existan al tiempo de abrirse la sucesión con un llamamiento a término, con delación diferida o retardada en favor de los nietos que sucesivamente vayan existiendo, caso de existir y sean capaces para suceder; término que concluirá el día (cierto en el «sí», incierto en el «cuándo») que fallezca el hijo del testador, Antonio; 2.º que, por consiguiente, el legado que se ordena a favor de los nietos «nondum concepti», es un legado a término suspensivo en aplicación del artículo 1.125.2 del Código Civil; esto quiere decir que con independencia de los legatarios designados puramente, que adquirirán derecho al legado conforme a lo establecido en el artículo 881 del Código citado, los demás designados vendrán determinados individualmente en el momento del cumplimiento del plazo prefijado y se les aplicará el artículo 799 del mismo texto legal, de acuerdo con la doctrina sentada por la Dirección General en las Resoluciones de 5 de enero de 1959 y 27 de diciembre de 1982. En el campo registral la inscripción de estas disposiciones está amparada por el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, confirmándolo así la Resolución de 8 de julio de 1924; 3.º que en el interregno de pendencia del término, la propiedad de los bienes, en que se haya concretado el legado parciario, corresponderá a los legatarios existentes al tiempo del fallecimiento de los testadores, limitada por una suerte de reserva eventual a favor de los futuros nietos, que ha de hacerse constar en la escritura particional y en el Registro de la Propiedad; 4.º que lo único condicionado es el «quantum», el volumen de la cuota de los llamados al legado, que funcionará como condición suspensiva para los legatarios nacidos y como condición resolutoria para los existentes; 5.º que no son aplicables a este caso los artículos 801 a 805 del Código Civil, ya que los cuatro primeros se refieren a instituciones de herederos o legados cuyo llamamiento esté sujeto a condición suspensiva, y en cuanto al 805.2, porque junto al llamamiento a término suspensivo coexiste un llamamiento puro, como antes se ha señalado, y 6.º que la interpretación que anteriormente se ha dado a la referida cláusula testamentaria se considera la más acorde con la literaridad de su redacción y la más respetuosa con la voluntad del causante, que en ningún

momento ha pretendido condicionar el legado a un evento futuro e incierto, ya que en el testamento no se utiliza expresamente el término «condición», ni puede inferirse de su contexto, mediante una interpretación racional y lógica, y, si a pesar de ello, existiese duda, se entiende que ésta ha de resolverse en sentido favorable al término suspensivo, pues es principio general en derecho que las limitaciones han de ser interpretadas en sentido restrictivo.

B.-Indivisibilidad de la herencia.—Que la normativa del Código Civil se opone a que una comunidad sobre unos bienes pueda devenir indivisible (con carácter forzoso), cuando todos los interesados en esos bienes están procurando su división y, en base a los artículos 400, 1.051 y 1.508 del mismo, los interesados en la sucesión que nos ocupa proceden a efectuar la partición del patrimonio que la integra, adjudicando bienes concretos a cada uno de ellos. Al criterio del Registrador de la Propiedad, que considera que dicha partición no es inscribible, se oponen las razones siguientes: a) que no existe prohibición expresa del testador para partir, por lo que no estamos en el supuesto del artículo 1.051 «in fine» del Código Civil; b) que no existe norma legal de derecho imperativo que prohíba esa partición. El único supuesto en que por imperativo legal no sería posible inicialmente la división sería el de la imposición de una condición suspensiva afectante a todos los herederos y legatarios de parte alicuota designados en aplicación de los artículos 1.054 y 801 a 804 del Código Civil, en esta dirección se orienta la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1965; c) que imponer obligatoriamente la indivisión de la herencia, en aquellos casos en que existen legitimarios, supone una violación del principio de intangibilidad legítima, plasmada en el artículo 813 del Código Civil; d) que la tesis de la indivisibilidad de la herencia en el supuesto contemplado se contradice con la postura del Registrador en la nota recurrida, en la que atribuye carácter condicional al legado de referencia; el propio carácter condicional del legado obligaría a aplicar lo dispuesto en el artículo 1.054 del Código Civil, luego si en estos casos el legislador faculta para poder partir, no hay razón para impedir el acceso de esa partición al Registro de la Propiedad; e) que considerar que en el caso objeto de este recurso no es posible la división, al parecer por no concurrir a ella los legatarios «*in modum concepti*», supone otorgar un tratamiento más riguroso a este supuesto que aquel otro en que se produce la pretensión en la partición de algún heredero o legatario de parte sin mala fe o dolo, por parte de alguno o algunos de los demás, según establece el artículo 1.080 del Código Civil; f) que se produce un resultado absurdo e injusto, no admitiéndose la partición contractual con los herederos y legatarios presentes, cuando es evidente que esa misma partición hubiera sido posible de realizarla uno cualquiera de los contadores-partidores designados, que no pudieron practicarla por transcurso del plazo para cumplir su encargo. En este sentido, es necesario recordar la eficacia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado confiere a dichas particiones (Resolución de 27 de diciembre de 1982), y g) que la mencionada prohibición de división, al estar conectada con otro aspecto de la nota registral, que sustrae los bienes hereditarios al tráfico jurídico en tanto se cumple la condición suspensiva, está implícitamente sancionando una prohibición de disponer no impuesta explícitamente por el testador, ni autorizada por disposición legal alguna, siendo el resultado inadmisibles y contrario a los principios generales de autonomía de la voluntad y libre circulación de los bienes en el tráfico jurídico.

C.—Diversidad de trato jurídico y económico entre los nietos existentes al fallecimiento y los «*in modum concepti*». Frente a este argumento del Registrador de la Propiedad, se entiende: 1.º que no se da la pretendida diversidad de trato jurídico entre ambos, ya que el tratamiento jurídico que se ha dado a los llamados no concebidos ha sido correcto y ajustado a derecho, aunque de «*dege feranda*» sería deseable una normativa más completa en esta materia que permitiese cubrir el vacío legal que se observa en la actualidad; 2.º que tampoco se produce diversidad de trato económico entre los nietos nacidos y nacedores por consecuencia de la partición efectuada, ya que la propia escritura particional, en su expositivo II, sale al paso de esa posible diversidad de trato, y que, con un mínimo esfuerzo interpretativo, se puede enlazar con el auténtico sentido que ha de darse al modo de ordenar el legado por los causantes en sus respectivos testamentos y este sentido auténtico es el expuesto anteriormente: la idea de reserva de derechos en favor de los nietos nacedores. Que a la tesis mantenida se podría oponer el argumento de que es posible que los nietos existentes al tiempo de la apertura de la sucesión, hayan pasado por una partición que, pese a haber contado con su concurso, resulte perjudicial para ellos, perjuicio que afectaría también a sus hermanos que pudiesen llegar a nacer dentro del término prefijado, pero frente a dicho argumento hay que puntualizar: 1.º que de este potencial perjuicio económico participarían también los beneficiarios del legado que intervinieron en las operaciones particionales; 2.º que en el supuesto de evidente perjuicio económico en la adjudicación de bienes hecha a los nietos de los testadores, la ley prevé la acción de rescisión por causa de

lesión en más de la cuarta parte (artículos 1.073 y siguientes del Código Civil); dicha acción puede ser ejercitada por aquellos legatarios de parte alicuota, o sus representantes, que existan o hayan sido simplemente concebidos (artículo 29 del Código Civil) durante el plazo establecido en el artículo 1.076 del mismo texto legal. En caso de prosperar, el beneficio positivo que se obtenga aprovechará también a aquellos legatarios que hayan devenido tales con posterioridad al ejercicio de la acción, merced a la reserva de derecho. Que concluyendo, y a la vista de lo expuesto: 1.º la partición realizada en la escritura de 20 de julio de 1983 se ajusta a derecho y ha de tener acceso al Registro de la Propiedad, y no puede reputarse defecto de aquélla la no concurrencia de los representantes de los «*in modum concepti*» en las operaciones divisorias del caudal hereditario, ya que el Código Civil no prevé la hipótesis de su representación legal, siendo necesario, en este sentido citar la Resolución de 8 de julio de 1924. Actualmente, la única alternativa que permitiría llenar esta laguna legal consiste en atribuir la representación legal de los no concebidos al Ministerio Fiscal, en una aplicación forzada y dudosa del artículo 3.º, número 7, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley de 30 de diciembre de 1981, y 2.º que la partición practicada, al ser válida y eficaz, produce su efecto característico que es el de conferir a cada heredero o legatario de parte alicuota la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, tal como previene el artículo 1.068 del Código Civil.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó que se pretende inscribir una escritura de partición de herencia en la que determinados herederos legatarios se adjudican bienes prescindiendo de las posibles expectativas de derechos que puedan corresponderles a los «*in modum concepti*» y, aún más, habiendo sido vendidos por los herederos a terceras personas los bienes de la partición en escritura posterior, con lo que se consume definitivamente la privación del derecho hereditario que pudiera corresponder a los «*nasciturus*». Que la interpretación auténtica en un sentido técnico-jurídico y en vía de interpretación legal, consiste en la explicación del contenido de una Ley dado por una Ley posterior; no es verdadera interpretación, sino simplemente la promulgación de una nueva Ley, la mayor parte de las veces con eficacia retroactiva, que viene a regular los mismos supuestos que la norma anterior, pues bien, esto parece ser lo que pretende el recurrente, sustituir el testamento otorgado por el causante, por otro otorgado por él, pero que en ningún modo tiene en cuenta la verdadera voluntad del causante. No existe interpretación auténtica del testamento. Que aunque la verdadera interpretación de la voluntad testamentaria corresponde preeminentemente al órgano judicial, sin invadir sus competencias se intentará desentrañar su voluntad, que es ley de la sucesión; para ello habrá que acudir a la regla general interpretativa en materia de última voluntad, que es la del artículo 675 del Código Civil, pues bien ni de una interpretación literal ni teológica del testamento puede inducirse, según dicho precepto, que fuera voluntad del testador establecer un plazo en su testamento; o sea, éste no emplea la terminología del artículo 805 del Código Civil, simplemente la voluntad del testador tal como consta en el testamento convierte el legado en condicional, a tenor del párrafo tercero del artículo 1.125 del mismo Código. Es evidente que el testador nombra legatarios condicionalmente a los nacedores, puesto que sujetó su nombramiento al hecho futuro e incierto de que hubiera nietos (Resolución de 31 de enero de 1931), aplicándoseles el artículo 758-3.º del Código Civil, y que al adjudicarse la herencia a los hijos y nietos actuales, sin limitación de la condición y eventualidad del nacimiento de otros no nacidos, pero sí llamados, prescindiendo de los derechos que a éstos pudieran corresponder, se ha infringido el testamento voluntario del causante. Que de los artículos 675, 801 a 805, 1.125-3.º del Código Civil y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 1931, 23 de julio de 1924, 22 de marzo de 1939 (sic) y de 27 de diciembre de 1982, se desprende el carácter de legado condicional, aplicable al caso objeto de este recurso. Que como efecto de las normas imperativas (artículos 81 a 85 del Código Civil) quedan sujetos los bienes de la herencia a administración, sustrayéndoles entre tanto al tráfico jurídico y provocando indirectamente una indivisibilidad de la herencia. Que suponiendo que los legatarios presentes adquieran puramente el derecho a los bienes hereditarios desde el momento mismo de la muerte del testador y, por lo tanto, puedan transmitir los bienes adjudicados, como de hecho han transmitido y cuando el adquirente, fuese a título oneroso y de buena fe, y hubiese inscrito su derecho en el Registro. ¿Qué protección se podría otorgar a los nietos nacedores? Se estaría olvidando plenamente el principio de fe pública registral, que sanciona el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, aparte de que estos supuestos no han sido admitidos a inscripción por las Resoluciones de 23 de julio de 1924 y 27 de diciembre de 1982, antes citadas. Que en el terreno de las hipótesis, se podría encuadrar esta situación de pendencia en lo que la

doctrina civil llama situaciones jurídicas interinas que es una situación análoga a la reserva en favor del ausente de los artículos 191 y 186, párrafo tercero, del Código Civil, dada la remisión que el artículo 804 de dicho texto legal hace a los administradores del ausente. Que, para concluir, no puede tener acceso al Registro esta escritura en la que se adjudican bienes puramente a los herederos y legatarios sin hacer constar la condición a que están sujetas sus adquisiciones, pues se contradice el principio de especialidad, presupuesto hipotecario de fundamental importancia en nuestro ordenamiento jurídico, como dice la Resolución de 9 de marzo de 1921.

V

El Notario autorizante informó que el legado dispuesto en el testamento de don Primitivo Olivares Navarro se considera condicional y opera como condición resolutoria para los legatarios nacidos antes de la muerte del testador y como condición suspensiva para los posibles legatarios nacidos. Que los artículos 801 a 804 del Código Civil establecen unas reglas generales para las instituciones de herederos o legados sujetos a condición suspensiva, pero hay en dicho Código un precepto más específico para el caso que se contempla en este recurso y es el artículo 1.054, que permite la formalización de la partición cuando hay un heredero sujeto a condición suspensiva, entendiéndose la palabra heredero en sentido general. Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1982, interpretada a «sensu contrario» permitiría la inscripción de la partición cuando en la misma se hayan hecho las reservas oportunas en favor del «concepturus», extremo que en la escritura objeto del recurso se cumple en su expositivo segundo. Que se considera inscribible la partición, debiéndose hacer constar en el Registro de la Propiedad la provisionalidad de la adjudicación a los nietos del testador hasta tanto se sepa con certeza si la condición de nacer o no más hijos de don Antonio Olivares Cano, se ha cumplido o no, extremo que está previsto en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento. Que el error del Registrador es creer que se adjudican puramente todos los bienes objeto de la partición. Que el interés de los «concepturus» queda protegido de la forma antes expuesta y tampoco se perjudicarían los intereses de los otros herederos que quedarían gravísimamente lesionados si nos atenemos a la indivisibilidad de la totalidad de la herencia hasta el fallecimiento de don Antonio Olivares Cano, postura ésta que se considera en contra: a) del artículo 1.051 del Código Civil; b) del principio de intangibilidad de la legítima; c) del principio de que las prohibiciones de disponer se han de hacer de una manera expresa, y d) del principio de que los legatarios vivos y los «concepturus» tienen intereses convergentes, no contrapuestos, y, por tanto, el interés de ambos queda igualmente protegido, pudiendo en todo caso los «concepturus», si llegan a nacer, ejercitar las acciones judiciales tendentes a la restitución de la integridad de su derecho, si creen que éste ha sido lesionado.

VI

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 185, 186, 191, 192, 801, 804, 813, 1.051, 1.054 del Código Civil; 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1963 y 3 de abril de 1965 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1960 y 27 de diciembre de 1982.

1. En el presente recurso se parte de la siguiente situación de hecho: Los causantes, marido y mujer, después de instituir herederos en el tercio de la legítima estricta a sus tres hijos, Francisca, José y Antonio, legan los dos tercios restantes por terceras e iguales partes a dos de sus hijos, Francisca y José, y a los hijos de su otro hijo, Antonio, llamados María, Dolores y Antonio, los primeros por cabezas y los nietos por estirpes, aclarando los testadores «que si su hijo Antonio tuviese con posterioridad más descendientes tomarían parte de este legado distribuyéndose en este caso la parte correspondiente a sus nietos entre los que resultasen al ocurrir su fallecimiento». Fallecidos los causantes, sus tres hijos y los nietos mencionados en el testamento verifican la partición de su herencia, aunque la adjudicación que a los nietos se hace «queda supeditada hasta que ocurra el fallecimiento del padre, don Antonio Olivares Cano, por si se diera el caso de que tuviera más descendencia con posterioridad». El Registrador deniega la inscripción por entender que como el legado parciario está sujeto a condición habrá que

esperar al no cumplimiento de ésta para que pueda practicarse la división de la herencia, debiendo permanecer los bienes en administración y quedando entre tanto substraídos al tráfico jurídico.

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

3. Mientras tanto, se produce una especial concurrencia de llamamientos en relación, no con todo el legado parciario sino sólo con la parte de él a que son llamados los nietos, pues junto a llamamientos puros que confirman en esa parte derechos desde el momento mismo del fallecimiento del causante, si bien el alcance objetivo quede provisionalmente indeterminado, hay también llamamientos en favor de «nonnum conceptus» los cuales, aunque por no revestir la forma prevista en el artículo 781 han de ser examinados con la máxima cautela, son posibles en nuestro ordenamiento conforme a los artículos 745-1.º en relación con los artículos 29, 30, 758, 781 y 785 del Código Civil, siempre que los favorecidos sean, como ahora ocurre, identificables.

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

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

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

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

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

8. Por cuanto hace a la cuota legada a los nietos, los legatarios ya existentes —como lo son sin condición y lo único que ocurre es que su derecho disminuirá de sobrevenir nuevos nietos— pueden ya realizar la partición asegurando competentemente —a juicio de Juez (cfr. artículos 185-2.º y 804 y analogía artículos 1.901 y 191 de

Código Civil)— el derecho de los posibles nietos futuros; y hasta saberse que ya no habrá más nietos, se entenderá que las adjudicaciones entre esos nietos son provisionales (cfr. artículo 1.054).

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente el auto apelado, manteniendo la denegación de la inscripción, pero sólo por las razones antes expresadas.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 29 de enero de 1988.—El Director general, Mariano Martín Rosado.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Granada.

3960

RESOLUCION de 5 de febrero de 1988, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Francisco Castellano Ortega, en nombre de la Compañía «Valcárcel, Sociedad Anónima de Pavimentos y Revestimientos Cerámicos», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1, del Puerto de Santa María, a practicar una anotación preventiva de embargo.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Francisco Castellano Ortega, en nombre de la Compañía «Valcárcel, Sociedad Anónima de Pavimentos y Revestimientos Cerámicos», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 del Puerto de Santa María a practicar una anotación preventiva de embargo.

HECHOS

I

En juicio ejecutivo promovido por «Valcárcel, Sociedad Anónima», ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera, contra don Agustín García Mier, su esposa y otro, fue decretado el embargo del usufructo del que es titular el demandado sobre una finca rústica inscrita con el número 4.197, en el Registro de la Propiedad del Puerto de Santa María, y sobre otras dos fincas rústicas, números 11.387 y 11.382, inscritas en el Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, siendo librados los oportunos mandamientos para la anotación preventiva de tales embargos a los respectivos Registradores de la Propiedad.

II

Presentado el correspondiente mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad número 1 del Puerto de Santa María, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento por el defecto que se estima insubsanable de figurar inscrito el derecho de usufructo con la siguiente prohibición de disponer: "Se adjudica la finca en usufructo vitalicio con la condición de no poder ser enajenado, gravado ni embargado, ni retenido por ningún concepto, a don Agustín Mier Zorrilla, o sea cuya nuda propiedad llevará la descendencia canónicamente legítima que tuviere, y a falta de ésta pasará a sus demás hermanos o sus descendientes, en su representación, teniendo este usufructo la condición de no poder ser enajenado, gravado ni embargado, ni retenido por ningún concepto, y caso de que así no se hiciese, quedará anulado automáticamente y pasará a las personas y con las condiciones que se han mencionado para la nuda propiedad anteriormente." Puerto de Santa María, 14 de febrero de 1986.—El Registrador, firmado: Federico Monsalve Aulestiarte.»

III

El Procurador de los Tribunales don Francisco Castellano Ortega, en representación de «Valcárcel, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que presentado el mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, referente a anotación preventiva de embargo sobre el usufructo de las fincas números 11.382 y 11.387 inscritas en el mismo con una prohibición de disponer, de cuyo usufructo es titular el demandado, fue previamente anotado en cuanto a la finca número 11.382, sin perjuicio de dicha prohibición; por el contrario, no pudo ser anotado en cuanto a la otra finca, número 11.387, debido a que previamente el señor García Mier inscribió en el Registro una escritura de renuncia al usufructo sobre dicha finca, otorgada el día 4 de octubre de 1984; dicha finca fue inmediatamente vendida por su esposa. Con anterioridad ambas fincas fueron objeto de otras anotaciones preventivas de embargo que fueron practicadas dejando a salvo la

prohibición de disponer. Que el señor García Mier en la misma escritura de 4 de octubre de 1984, renunció al usufructo sobre la finca 11.382 y separadamente, con fecha de 1 de marzo de 1985, otorgó otra escritura de renuncia al usufructo sobre la finca inscrita en el Registro de la Propiedad del Puerto de Santa María, con el número 4.197, siendo dichas escrituras, por tanto, posteriores a la fecha en que estos fueron embargados por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera. Que dicho Juzgado acordó por providencia de fecha 25 de junio de 1985, constituir los usufructos anteriormente referidos en administración judicial, a fin de que la parte actora pueda cobrar las responsabilidades a cuyo pago fue condenado el demandado, por sentencia firme de remate, de 20 de octubre de 1984, con los frutos y rentas que produzcan las fincas objeto de tales derechos. Que la anotación preventiva de embargo del usufructo de la finca número 4.197 del Registro del Puerto de Santa María constituye el medio jurídico de amparar registralmente el legítimo derecho del acreedor usufructuario; así que de no revocarse la calificación registral impugnada en este recurso, el usufructuario que también ha presentado a inscripción en el Registro antes citado la escritura de renuncia al usufructo mencionada, podría proceder en connivencia con su esposa a la venta de dicha finca, como hizo con la finca número 11.387. Que la ley no puede amparar que por causa de una prohibición de disponer quede sin anotar preventivamente el embargo del usufructo de una finca, cuyos frutos y rentas, sin necesidad de enajenar la titularidad de dicho usufructo, pueden servir para hacer pago del crédito del acreedor y mucho menos hacer posible que el deudor burle a éste; por lo que se considera que es contraria a derecho la denegación de la referida anotación, fundada en una prohibición de disponer, que es la misma bajo la cual fueron inscritas varias anotaciones preventivas de embargo de las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, lo que es un precedente registral favorable a la práctica de aquella. Que es aplicable al presente caso la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 30 de diciembre de 1946 y 23 de octubre de 1980, que considera que la prohibición de enajenar no impide la anotación preventiva de embargo y que, por lo tanto, puede y debe ser practicada, sin que ello implique privar de efectos a dicha prohibición. Que la prohibición de disponer que ha motivado la calificación recurrida es una disposición testamentaria, por lo que el usufructuario no puede enajenar la titularidad del derecho de usufructo, y para que dicha prohibición no sea burlada, es típico que el testador incluya en la misma «el embargo», y como éste es algo que no depende de la voluntad del deudor, es evidente que la prohibición de embargo no impide, ni puede impedir que el bien de que se trate sea embargado por la acción de un tercer acreedor, ya que sólo la Ley puede disponer la inembargabilidad de los bienes, como lo hace, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 1.449; la Ley de Seguridad Social, artículo 22, y el Reglamento de 5 de noviembre de 1984, artículo 48. Que es discutible la eficacia de la prohibición de disponer en los casos de enajenación forzosa, en un proceso de ejecución real y verdadero, en virtud de lo que dispone el artículo 1.911 del Código Civil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de abril de 1949; y aunque dicha prohibición fuera eficaz en los casos de subasta judicial en procedimiento de apremio, lo cierto es que el hecho del embargo en sí mismo no la conculca. Que el derecho de usufructo tiene una doble dimensión jurídica, la concerniente a su titularidad (relación usufructuaria) y la relativa a su contenido económico (derecho a percibir los frutos). Esta distinción tuvo especial trascendencia en Derecho Romano en el que no era posible la transmisión de la titularidad usufructuaria, pero sí estaba permitida la cesión de su ejercicio; esta misma distinción se manifiesta en el artículo 1.349 del Código Civil y explica que la Ley Hipotecaria de 1861 no permitió la hipoteca del derecho de usufructo, pero sí la del derecho a percibir los frutos. Que la anotación de embargo de un usufructo con prohibición de enajenar no infringe la misma, en tanto el acreedor se limite a cobrar su crédito con cargo a los frutos y rentas que el mismo produzca, a través de la administración judicial constituida al efecto, como sucede en el caso objeto de este recurso, y no promueva la venta en pública subasta del usufructo, y, por ello, para que ese legítimo derecho del acreedor quede amparado «erga omnes» puede y debe ser practicada la anotación de embargo del usufructo como medida precautoria y cautelar, sin perjuicio de la prohibición de enajenar, ya que en caso contrario el usufructuario podría burlarlo, quedando de este modo los derechos de los nudo propietarios igualmente salvaguardados, cumpliéndose el derecho objetivo y en virtud del artículo 1.911 del Código Civil tal responsabilidad es susceptible de ser satisfecha, en este caso, sin necesidad de vender el usufructo embargado.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: I. En relación con el escrito del recurrente: 1.º Que la larga exposición