

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6250 *Resolución de 6 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad accidental de Vigo nº 5, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Javier Fernández Rodríguez, notario de Vigo, contra la calificación de la registradora de la Propiedad accidental de Vigo número 5, doña Rosa Juana López-Gil Otero, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Vigo, don Javier Fernández Rodríguez, de fecha 8 de enero de 2016, número 6 de protocolo, doña M. J. D. V., como heredera, y don J. P. S. D., como legatario, otorgaron aceptación y adjudicación de la herencia ocasionada por el óbito de los cónyuges don J. D. S. (fallecido el día 29 de enero de 1994) y doña M. V. T. (fallecida el día 13 de marzo de 2005), quienes fallecieron dejando dos hijas, llamadas doña M. J. –compareciente– y doña R. M. D. V. –que había renunciado–.

En el testamento de don J. D. S., de fecha 28 de enero de 1994, entre otras disposiciones y legados a favor de varios de sus nietos don J. P. S. D., doña E. M. D. D. y doña N. M. G. D., instituye por únicas y universales herederas de todos sus bienes, derechos y acciones a sus dos expresadas hijas, doña M. J. y doña R. M. D. V., en la forma y proporción que resultan de las adjudicaciones que seguidamente lleva a efecto, y en el remanente de sus demás bienes, derechos y acciones, instituye por sus únicas y universales herederas, a sus dos mencionadas hijas, a partes iguales, y establece: «Octava.–Ordena expresamente el otorgante, que en todo lo dispuesto en este testamento, actúe el derecho de sustitución por la respectiva descendencia».

En el testamento de doña M. V. T., fecha 20 de septiembre 1999, se lega la legítima estricta o corta que por ley corresponda a su hija doña R. M. D. V., y se instituye heredera a su hija doña M. J. D. V. y a ambas, heredera y legataria, las instituye con sustitución vulgar en los casos previstos por la ley, por sus respectivos descendientes.

Tras el fallecimiento del último de los dos cónyuges se habían producido las renunciaciones siguientes: la nieta doña N. M. G. D. renuncia ante el mismo notario de Vigo, don Javier Fernández Rodríguez, de fecha 25 de agosto de 2015, número 332 de protocolo, a todos los derechos que puedan corresponderle en la herencia de su abuelo, don J. D. S.; la nieta doña E. M. D. D. renuncia a todo derecho hereditario que pueda corresponder a la renunciante en la herencia tanto testada como intestada de su abuelo, don J. D. S., mediante escritura ante el notario de Vigo, don Javier Fernández Rodríguez, de fecha 25 de septiembre de 2015, con número 432 de protocolo, y la hija doña R. M. D. V. renuncia a todo derecho que pueda corresponderle en la herencia de sus padres, mediante escritura ante el notario de Vigo, don Javier Fernández Rodríguez, de fecha 25 de septiembre de 2015, con número 433 de protocolo.

Del libro de familia de la hija de los causantes, doña R. M. D. V., resulta que tiene una única hija, que es la nieta llamada doña E. M. D. D., que ha renunciado también.

Del libro de familia de la nieta doña E. M. D. D. resulta que tiene una única hija nacida el día 27 de julio de 2015, llamada doña V. D. D.

En la escritura de adjudicación se manifiesta que doña N. M. G. D. carece de descendientes que puedan ser sustitutos vulgares.

II

Las referidas escrituras se presentaron en el Registro de la Propiedad de Vigo número 5 el día 12 de enero de 2016, y fueron objeto de calificación negativa de fecha 11 de febrero de 2016, que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad de Vigo número cinco Presentada a las 10.27 horas del día 12 de enero de 2.016, bajo el asiento 1.189 del Diario 59, retirada el dos de Febrero siguiente y devuelta hoy, escritura otorgada el 8 de Enero de 2.016 ante el Notario de Vigo Don Javier Fernández. Rodríguez, número 6 del protocolo, se califica negativamente por los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos: I Se presenta escritura autorizada el día 8 de enero de 2016 por el notario de Vigo D. Javier Fernández Rodríguez, número 6 de protocolo, de aceptación y adjudicación de las herencias de los cónyuges D. J. D. S. y D.^a M. V. T., fallecidos los días 29 de enero de 1.994 y 13 de marzo de 2.005, respectivamente, otorgada por D.^a M. J. D. V. y D. J. P. S. D., hija y nieto de los causantes, quienes manifestando que no hay más bienes en la herencia, adjudican al segundo el bien específicamente legado por el testador y el resto a la heredera. Se acompañan los siguientes documentos: Documentación sucesoria del primer causante, de cuyo testamento resulta que después de ordenar determinados legados a favor de sus nietos J. P., E. M. y N. M., instituye heredera a sus hijas M. J. y R. M., en la forma y proporción que resultan del testamento, y en la cláusula octava «Ordena expresamente el otorgante, que en todo lo dispuesto en este testamento, actúe el derecho de sustitución por la respectiva descendencia». Documentación sucesoria de la segunda causante, de cuyo testamento resulta que lega a su hija R. M. la legítima estricta, e instituye heredera a su hija M. J., y en la cláusula cuarta «La heredera y legataria, serán sustituidas vulgarmente, en los casos previstos en la Ley, por sus respectivos descendientes». Las siguientes escrituras de renuncia, que se relacionan por su orden de otorgamiento: Escritura autorizada el día 25 de agosto de 2.015 por el citado notario de Vigo, Sr. Fernández Rodríguez, n.º 332, por la que D.^a N. M., nieta del causante, renuncia a todo derecho hereditario que pueda corresponderle en la herencia de D. J. D. S., tanto en vía de sucesión testada como intestada. En la escritura calificada se manifiesta, sin más acreditación, que D.^a N. M. carece de descendientes. Escritura autorizada el día 25 de septiembre de 2.015 por el citado notario de Vigo, Sr. Fernández Rodríguez, n.º 432, por la que D.^a E. M. D. D., también nieta del causante, renuncia a todo derecho hereditario que pueda corresponderle en la herencia de D. J. D. S., tanto en vía de sucesión testada como intestada. Escritura autorizada el día 25 de septiembre de 2.015 por el citado Notario de Vigo, Sr. Fernández Rodríguez, n.º 433, por la que D.^a R. M., hija de ambos causantes, renuncia a todo derecho hereditario que pueda corresponderle en la herencia de D. J. D. S. y D.^a M. V. T., tanto en vía de sucesión testada como intestada. Se acompañan además, copias cotejadas del Libro de Familia de la hija D.^a R. M. D. V., del que resulta que tiene una hija llamada E. M. D. D., la nieta de los causantes antes referida, y del Libro de Familia de esta última, del que resulta que tiene una hija nacida el día 27 de julio de 2015, con anterioridad por tanto a la fecha de las renunciaciones. II.—De lo expuesto, resulta que ambos testadores establecen una sustitución vulgar simple y sin expresión de casos, que comprende los tres señalados en el artículo 774 del Código Civil, aplicable también a los legatarios en virtud de lo dispuesto en el artículo 789 del mismo texto legal. Respecto a la herencia de D.^a M. V. T., siendo la renunciante D.^a R. M. legitimaria en la legítima estricta según dispuso la testadora, la fuerza expansiva de la legítima, determina que toda su herencia quede atribuida a la hermana D.^a M. J. (art. 985.2 CC). Respecto a la herencia de D. J. D. S., de una parte no se acredita que la nieta renunciante D.^a N. M. carece de descendencia; la escritura contiene manifestación en ese sentido, pero la mera manifestación, realizada además por los que serían beneficiarios de la renuncia, no es suficiente por sí sola. No se trata aquí de probar el hecho negativo de que no existen más descendientes de la renunciante que los que comparecen y acreditan tal carácter, sino de acreditar que la renunciante no tiene descendencia alguna. En este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2014, en el sentido de que no bastan las meras manifestaciones contenidas en la escritura, ni siquiera las de los albaceas. Restan ahora por examinar los efectos de las renunciaciones a esta misma

herencia efectuadas por la nieta D.^a E. M. y por la hija D.^a R. M., en las dos escrituras que se citan en los párrafos quinto y sexto del apartado I de los hechos, con los documentos acreditativos de la descendencia de cada una de ellas que igualmente se citan. Al respecto, en el Expositivo II de la escritura calificada, se expresa que «E. M. D., por su parte tiene descendencia, si bien su hijo no estaba nacido ni concebido en el momento de la muerte del causante, y por aplicación del art. 758 del C. Civil 'para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate'. De modo que su parte hereditaria corresponde también a la heredera instituida Doña M. J. D. V.» III.—Al respecto, se predica en la escritura la aplicación del art. 758 del CC, párrafo primero; pero si se aplica, en cambio, el párrafo tercero del mismo artículo, las consecuencias pueden ser distintas, puesto que la descendencia existía al tiempo de la renuncia. En apoyo de esta tesis, la STS de 3 de abril de 1965 no otorga a la palabra «además» del art. 758.3 el sentido de también, sino un valor sustitutivo, de manera que la capacidad se califica al tiempo del hecho determinante, en este caso la renuncia. Así expresa la relacionada Sentencia que «Que no se opone a la anterior doctrina el contenido de los arts. 657, 661 y 758 del Código Civil, pues si bien es cierto que los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte y desde este momento nacen los derechos de sucesión, no lo es menos que su efectividad puede demorarse por las instituciones condicionales o a plazo, en que hasta que este se cumpla queda retardada, en situación de derecho expectante, como lo demuestra el propio art. 758 que sí bien ordena que se califique la capacidad del heredero al tiempo de la muerte del testador contiene la salvedad de que en las instituciones condicionales se atiende además al en que se cumpla la condición; y en consecuencia, si el no nacido, ni concebido a la muerte del testador carece de capacidad para heredar sin llamamiento expreso, lo obtiene si reúne tales caracteres al momento de cumplirse la condición». Reconducir los llamamientos en la sustitución vulgar a los llamamientos sujetos a condición, enlaza con la extendida tesis doctrinal de que la sustitución vulgar implica sucesivos llamamientos que dependen de que el primero no tenga efectividad. En este sentido A. entiende que si el primer llamado en la sustitución falla por premoriencia o incapacidad, es una simple previsión sucesoria; si el primer llamado falla porque repudia la herencia, será entonces un llamamiento condicional. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado también participan de esta tesis, en este sentido RDGRN de 21 de mayo de 2003, 2 de febrero de 2012 y 1 de marzo de 2014. En materia de capacidad e incapacidad para suceder, la necesidad de existencia vital simultánea de causante y causahabiente es controvertida; como señala A., si el art.758 CC fuese un obstáculo para que sucedieren al causante los aún no concebidos al tiempo de su muerte, lo sería también para que pudieran sucederle como fideicomisarios. Se puede traer aquí a colación el art 781 del CC que sólo establece límites relacionados con este tema en las sustituciones fideicomisarias. Igualmente, la doctrina y la jurisprudencia admiten excepciones a la regla general, en materia de nasciturus, concepturus, entes sin personalidad al fallecimiento del causante, fundaciones testamentarias. En este sentido RDGRN de 27.12.1982, declara que no existe prohibición alguna de heredar respecto a personas no nacidas ni todavía engendradas. Excepción hoy confirmada por la legislación en materia de reproducción asistida. Por otra parte, atendiendo a la sistemática del CC, el art. 758 del CC está en la Sección primera «De la capacidad e incapacidad para suceder por testamento y sin él», siendo las secciones segunda y tercera las que regulan la institución de heredero y las sustituciones, de manera que el art. 758 se refiere a la capacidad para suceder, no a la determinación de quién es heredero, que requiere un llamamiento por vía testamentaria o legal. Igualmente, en materia de capacidad para suceder, la doctrina distingue entre capacidad para suceder general, e incapacidades absolutas y relativas, entendiendo algunos autores, con fundamento en el párrafo segundo del art.758, que este precepto puede referirse, más que a la capacidad para suceder, a las causas de incapacidad relativas y las de indignidad. Por último, partiendo de que el testamento es la ley suprema de la sucesión, siempre que no sobrepase los límites impuestos por el Derecho, resta analizar la concreta cláusula de sustitución y sus efectos. Es pacífica la doctrina de que la sustitución vulgar excluye el

derecho de acrecer y la sucesión intestada; parece pues, que antes de acudir a los segundos mecanismos de llamamiento, hay que agotar la sustitución. En este sentido, la STS de 22 de octubre de 2004, declara que la expresión «respectivos descendientes» implica una serie de sustituciones vulgares, en cuya virtud son llamados primeramente los descendientes en primer grado del instituido, a falta de estos los de segundo grado..., que aplicado al caso de autos, supone que tras la renuncia de los instituidos y de los sustitutos descendientes de primer grado de cada uno de ellos, debe ahora llamarse como sustitutos a los descendientes en segundo grado de los instituidos, y revoca la declaración de herederos debido a que si bien los herederos han repudiado la herencia, al menos en algún caso aún tienen sustituto. Cierto es que en el supuesto de hecho del caso de autos, estos últimos ya habían nacido en el momento de fallecimiento del causante, pero lo que se discutía era la procedencia o improcedencia de la apertura de la sucesión intestada y la anulación de la declaración judicial de herederos. En el terreno de las hipótesis, en el supuesto de que el heredero renunciante, tenga al momento de la renuncia varios hijos, unos nacidos ya al tiempo del fallecimiento del causante, y otros menores de edad y nacidos con posterioridad al fallecimiento del causante, de seguir la interpretación de la aplicación estricta del art 758.1º del CC, resultaría que unos nietos entrarían en la sustitución y otros no; parece más acorde con la voluntad expresada en testamento, la aplicación del criterio del art. 758.3 más arriba expuesto, en virtud del cual entrarían en la sustitución los descendientes del que repudia que existan en el momento mismo de la repudiación, que es el hecho determinante de su llamamiento. Por último, queda el criterio de la interpretación de la voluntad del testador. Al respecto, el hecho de que el testador llame a sus hijos como herederos y a sus nietos (o a alguno de ellos) como legatarios, con cláusula de sustitución vulgar, abona la tesis de que los bisnietos pueden entrar en la herencia, puesto que así lo previó el propio testador. Por lo expuesto, la registradora que suscribe estima que para la inscripción de la partición es necesario el concurso de todos los llamados por vía de sustitución. Fundamentos de Derecho: En cuanto al primer defecto, necesidad de acreditar la inexistencia de descendientes de D.ª N. M., RDGRN de 1 de marzo de 2.014.–En cuanto al segundo, art. 675, 758, 774 y 1058 y concordantes del Código Civil, y doctrina expuesta en los respectivos antecedentes de hecho.–Calificación: Calificados ambos defectos como subsanables, se suspende la inscripción del documento calificado. Esta calificación podrá (...) Vigo, once de Febrero de dos mil dieciséis.–La Registradora Accidental (firma ilegible) Fdo. Rosa López-Gil Otero».

III

El día 17 de marzo de 2016, don Javier Fernández Rodríguez, notario de Vigo, interpuso recurso contra la calificación, en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «(...) I. En cuanto al primer defecto, los medios para determinar la inexistencia de sustitutos vulgares no son números clausus en nuestro Derecho como pone de manifiesto la propia Dirección General en Resolución de 1 de marzo de 2014. El acta de notoriedad al que se refiere el artículo 82 del Reglamento Hipotecario no es el único medio para acreditar la ineficacia de la sustitución vulgar. Conforme a resolución de 8 de mayo de 2001 no puede estimarse la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes posteriores a los designados en los respectivos testamentos, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañada de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, lo que resulta contrario al art. 14 de la Ley Hipotecaria. Entiendo que la escritura de renuncia a la herencia de Doña N. M. en la que manifiesta su estado civil de soltera, completada con la afirmación de que carece de descendencia debe admitirse como medio para acreditar la inexistencia de descendientes llamados como sustitutos vulgares. La escritura pública es un documento formal que redacta el Notario como fedatario público recogiendo para su elaboración la voluntad de las partes, actos y documentos jurídicamente relevantes. En el expositivo de la escritura pública, se describen los hechos y actos de trascendencia jurídica para terminar, en el caso concreto, en la adjudicación de herencia. Una de las partes de la escritura es el otorgamiento, donde los

comparecientes consienten y otorgan el contenido recogido en el documento, para finalizar con la autorización, en donde el Notario rubrica la dación de fe y la fórmula de que el contenido de la escritura debe reputarse veraz, íntegro, legal y válido. En este sentido, en la escritura de partición se indica la falta de descendencia de Doña N. M. con el otorgamiento o conformidad de dos comparecientes: el nieto heredero del causante (hermano de la renunciante) y la hija heredera del causante (madre de la renunciante). La renuncia redundaba en beneficio de la citada heredera debido al derecho de acrecer. Al hermano de la renunciante, le resulta indiferente jurídicamente la renuncia, y por tanto no es beneficiario directo de los efectos jurídicos de la misma. La madre de la renunciante, aunque se beneficia de la renuncia por el mencionado derecho de acrecer, sin embargo su beneficio supone un beneficio indirecto presente y un beneficio directo futuro para la propia renunciante, si atendemos a la relación de parentesco entre ella (hija) y la heredera (madre). Y sin olvidar que la razón de la renuncia es evitar la sucesión en un inmueble en estado ruinoso que necesita una inversión económica importante, por exigencias de normativa urbanística municipal, como se recoge en la descripción de la edificación en la escritura de adjudicación de herencia. En suma, la manifestación de falta de descendencia de doña N. M. en la escritura de adjudicación por los comparecientes, entre ellos un legatario -ajeno en su interés a la renuncia- y la heredera a quien acrece la parte renunciada -cuyo beneficio es beneficio futuro de la renunciante, dada su condición de legitimaria- junto con la escritura de renuncia donde aparece el estado civil de soltera de la renunciante debería ser suficiente para no presumir la existencia de descendencia. Incluso parece cortésmente innecesario, recoger expresamente en la escritura de renuncia la manifestación de falta de descendencia, una vez advertida la renunciante de la trascendencia, alcance y efectos jurídicos de su voluntad de renuncia a la herencia, e indicada la condición de joven, estudiante y soltera. Y para mayor abundamiento, el Notariado español no sigue un sistema cerrado de encasillado en el que se recojan manifestaciones y declaraciones tasadas, si no que formado el documento público en los términos antes señalados, el compareciente otorga y el notario autoriza dando fe de haber informado de su contenido tras explicar su sentido y trascendencia jurídica. De lo contrario se estará restando valor a la escritura pública como documento íntegro, debidamente informado. Por esta razón, entiendo que la Registradora no puede presumir que existan descendientes cuando ni en la escritura de partición ni en la escritura de renuncia existen indicios para suponer algo semejante, incluso todo lo contrario como se desprende de la manifestación de su estado civil de soltera, joven y estudiante, y la manifestación de no descendencia que firman los comparecientes de la escritura de partición. Al mismo tiempo, los comparecientes no pueden considerarse pura y propiamente beneficiarios de la renuncia como apunta la Registradora, uno por ser legatario de cosa cierta y otra por las razones de parentesco y económica expuestas. Por último, entiendo que, a mi criterio, debe existir cierta flexibilidad en este aspecto, pues como es sabido ningún medio, incluso el acta de notoriedad, sería prueba bastante y definitiva del hecho negativo de falta de descendencia, puesto que por muy evidente o notorio que sea la inexistencia de descendientes siempre existirá la duda o posibilidad de que existan descendientes desconocidos. II. En cuanto al segundo defecto recogido en la calificación registral, la Señora Registradora considera por el juego de las renunciaciones que debe concurrir a la herencia la biznieta, nacida en junio de 2015 con posterioridad al fallecimiento del testador. La Señora Registradora considera que la capacidad para suceder debe calificarse al tiempo de la renuncia, como hecho determinante y su argumento se apoya en el artículo 758, párrafo tercero y en sentencia de 3 de abril de 1965. En mi opinión, críticamente, en los argumentos de la Registradora se confunde la sustitución vulgar con otras figuras que no vienen al caso y ejemplo de ello es la citada sentencia. Más concretamente, en las sentencias citadas por la Registradora hay un llamamiento indirecto que se hace al «concepturus» a través de sustitución fideicomisaria o llamamientos sucesivos. En la calificación registral se reconduce la sustitución vulgar a un llamamiento bajo condición, indicándose que esta postura se mantiene por A. Dejando a un lado la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar, la postura que mantiene M. A. es

meridianamente clara en su obra «Comentario del Código Civil»; el citado autor escribe a propósito de la sustitución vulgar en caso de renuncia, que «el artículo 758 lo que pide es ser capaz a la muerte del causante y serlo al cumplirse la condición, y, en ese presupuesto cabe la retroacción de los efectos a favor del instituido que era capaz en los mismos momentos». En su consecuencia, la biznieta lactante, aunque nacida en el momento de las repudiaciones por parte de su madre y abuela, carece de capacidad para suceder a su bisabuelo-testador, pues en el momento de la muerte del testador la biznieta ni estaba nacida ni concebida, como se indica y acredita en la escritura calificada. La Registradora insinúa que el adverbio «además» no se utiliza en el Código Civil en su sentido literal, apuntando la calificación registral que la palabra «además» que aparece en el artículo 758.3 del Código Civil no tiene el sentido de también sino un valor sustitutivo. Considero que el legislador civil utiliza la palabra «además», adverbio acumulativo, en su sentido literal, haciendo gala del magnífico castellano con que se redactó nuestro Código Civil. Interpretación literal de las normas que se apunta expresamente en el art. 3.1 del mismo Código. En resumen, en la sustitución vulgar el testador pretende que sea eficaz un llamamiento y sólo uno. Y para el caso de que el llamado no pueda o no quiera suceder, el testador nombra uno o varios sustitutos. No se pone en duda el número de llamamientos a la sustitución vulgar, de modo que la renuncia de la hija heredera y nieta (hija de la heredera) no evita el llamamiento, en este caso, a la biznieta. La cuestión de fondo es determinar si el llamado por sustitución vulgar, que nace después de fallecido el testador tiene capacidad para suceder, a pesar de haber nacido antes de la renuncia. Entiendo que no en virtud del precitado artículo 758 del código civil. Éste precepto es categórico y preciso, piedra angular en nuestro derecho sucesorio. Cualquier argumento contrario a la letra de la ley queda fuera de su aplicación y pertenece al campo de la hipótesis y manido criterio de la interpretación de la voluntad del testador. El criterio seguido en la escritura de referencia descansa en la mera aplicación, no interpretación, de la Ley. Y esta solución se predica por el propio M. A., en los términos antes reseñados, así como por la doctrina autorizada, como aparece en la obra reciente de «Casos Prácticos. Derecho de Sucesiones». En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo, precisamente en la sentencia citada por la Registradora de 22 de octubre de 2004 que dice: «Ocurre aquí que la herencia ha sido repudiada por los herederos instituidos y también por los descendientes en primer grado de éstos, lo que no es óbice para que, en virtud de lo expresado en el testamento (sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes), sean llamados otros sustitutos vulgares, que hayan sobrevivido no sólo a testador, sino también al acto jurídico de las repudiaciones obradas por los herederos instituidos y sus descendientes en primer grado, es decir que tengan capacidad para heredar... la nueva delación se reproduce, retrotraída asimismo, al mismo momento, lo que supone que no resulta deferida, sino que es reproducida, no sólo en cuanto a su repetición, sino también respecto al tiempo en que se retrotrae, en cuyo momento (fallecimiento del causante, apertura de la sucesión) es cuando hay que apreciarla capacidad de los sustitutos». La solución adoptada por la Señora Registradora provoca inseguridad jurídica en orden a la firmeza de la partición hereditaria; pues si seguimos su postura, habría que esperar a la aceptación o renuncia de la nacida después del fallecimiento del causante, con el agravante, en atención a la citada seguridad jurídica, de si la posible renuncia se lleva a cabo con descendencia y así sucesivamente. Gráficamente podríamos decir que manteniendo la postura de la calificación registral todavía estaría abierta la herencia de Abraham y su descendencia por el juego de sustituciones y renunciaciones. En suma, en la sustitución vulgar la capacidad para suceder se determina por el artículo 758 del Código Civil, y se atenderá al tiempo del fallecimiento del testador, y en caso de renuncia, se atenderá además al tiempo de producirse el acto jurídico de la renuncia. De modo que si el sustituto ha nacido antes del fallecimiento del testador y fallece después de la repudiación del instituido, sucederá; si ha nacido antes del fallecimiento del testador y muere antes de la repudiación, no sucederá; y si ha nacido después de la muerte del testador y antes de la renuncia del instituido, no sucederá. Por otro lado, una vez aceptada la herencia por el sucesor, sus efectos se retrotraerán siempre al momento de la muerte

del causante, en los términos del artículo 989 del Código Civil. En la sustitución vulgar en caso de renuncia, es inaceptable decir que la repudiación del instituido, por la retroacción del artículo 989 del Código Civil, se ha producido a la muerte del causante; de ser así, como señala M. A., el artículo 758, párrafo primero, sería completamente inútil y sería bastante que el instituido fuera capaz solamente en ese momento de la renuncia. Y como queda argumentado, el precitado artículo lo que exige es ser capaz al tiempo del fallecimiento del causante y, de ser así, ser capaz al tiempo de cumplirse la condición o el acto jurídico de la renuncia. De modo que la biznieta no nacida al tiempo de la muerte del testador carece de capacidad para suceder, siendo, por tanto, en este caso indiferente el momento de la renuncia».

IV

Mediante escrito, de fecha 30 de marzo de 2016, la registradora de la Propiedad de Vigo número 5, doña María Teresa Ruiz de la Peña González, formó y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 657, 661, 675, 758, 759, 774, 781, 831, 989 y 1058 del Código Civil; 14 de la Ley Hipotecaria; 6 y 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; 82 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1965 y 22 de octubre de 2004, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1982, 8 de mayo de 2001, 21 de mayo de 2003, 2 de febrero de 2012, 1 de marzo de 2014 y 29 de enero de 2016.

1. La presente Resolución tiene por objeto determinar la forma de acreditar que la sustitución vulgar ordenada por el causante ha quedado sin efecto, al haberse producido la renuncia del legado establecido a favor de la legataria sin haber tenido descendencia; y por otra parte, si renunciado otra legataria debe ser llamada, como legataria sustituta, la hija nacida después del fallecimiento del causante, pero antes de producirse la renuncia al legado.

Interesa a los efectos de este expediente, más extensamente desarrollado en el hecho I, los siguientes datos:

- Los cónyuges don J. D. S. y doña M. T. V. fallecieron los días 29 de enero de 1994 y 13 de marzo de 2005, respectivamente.
- Don J. D. S. instituye heredera a sus dos hijas, doña M. J. y doña R. M. D. V., en determinadas proporciones y ordena legados a favor de sus nietos, don J. P. S. D., doña E. M. D. D. y doña N. M. G. D., en determinados pisos.
- Se ordena en el testamento de don J. D. S. un derecho de sustitución por la respectiva descendencia, en todo lo dispuesto en el testamento.
- La nieta doña N. M. G. D. renuncia el 25 de agosto de 2015.
- La nieta doña E. M. D. D. renuncia el 25 de septiembre de 2015.
- La hija doña R. M. D. V. renuncia el 25 de septiembre de 2015.
- Del libro de familia de la nieta doña E. M. D. D., resulta que tiene una única hija, llamada doña V. D. D., bisnieta de los causantes, nacida el día 27 de julio de 2015, es decir, después de fallecidos los causantes y antes de producirse la renuncia por su madre, doña E. M. D. D.
- En la escritura se manifiesta que la nieta doña N. M. G. D. no tiene descendencia.

La registradora señala como defectos: a) la necesidad de acreditar la inexistencia de descendientes de doña N. M. G. D., y b) la necesidad del concurso de todos los llamados por la vía de la sustitución, entendiéndose que están llamados los que viven al tiempo de producirse la renuncia a la herencia, aunque no hubiesen nacido al tiempo de apertura de la sucesión.

El notario recurrente alega que los medios para determinar la inexistencia de sustitutos vulgares no son «*numerus clausus*»; que bastan las manifestaciones de inexistencia de otros descendientes sustitutos, hechas por todos los comparecientes en la escritura –unos con interés y otros sin él–; que se trata de un llamamiento de sustitución vulgar y no de llamamientos de sustitución fideicomisaria o a plazo o condicionales, por lo que los llamados deben reunir capacidad para suceder al tiempo de la apertura de la sucesión y no en el de la renuncia, por lo que los nacidos tras esa apertura de sucesión pero antes de la renuncia no están llamados como sustitutos para suceder.

2. Respecto del primero de los defectos señalados, esto es, la necesidad de acreditar la inexistencia de descendientes de doña N. M. G. D. que serían llamados como sustitutos vulgares como consecuencia de la renuncia realizada por doña N. M. G. D. en la escritura formalizada ante el notario de Vigo, don Javier Fernández Rodríguez, el día 25 de agosto de 2015.

Como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 1 de marzo de 2014 y 29 de enero de 2016) «...resulta de especial trascendencia lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que establecen: «En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrá determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». «El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». De estos dos párrafos del precepto reglamentario, que son específicos de aplicación las sustituciones hereditarias «de cualquier clase» se desprende lo siguiente: 1.º Que, a efectos registrales, que son los que contempla el Reglamento Hipotecario, no es suficiente la mera manifestación «para hacer constar la ineficacia del llamamiento sustitutorio», por cuanto ambos párrafos se refieren a la «acreditación» del hecho; 2.º Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial como medio adecuado para acreditar tal ineficacia, que cuando se trate de un «hecho», es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes llamados como sustitutos vulgares para así dar paso al derecho de acrecer; 3.º Que el supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; y, 4.º Que el acta de notoriedad no es el medio exclusivo para acreditar la ineficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que «podrá determinarse» por ella (párrafo tercero) y que «también será título suficiente» (párrafo cuarto), por lo que también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido,(...) existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, que puede ser útil si tuviera otros bienes, y que, según quienes la solicitaran, podría tramitarse por medio de acta de declaración o por auto judicial, atendiendo a los parientes de que se tratara». En definitiva, en esta Resolución se admiten diversos medios para acreditar la inexistencia de sustitutos distintos del acta de notoriedad, entendiendo actualmente este Centro Directivo que pudiera admitirse incluso la realizada por los albaceas atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. (cfr. Resolución de 30 de septiembre de 2013).

3. En el presente expediente, en cuanto a la inexistencia de descendientes de la nieta doña N. M. G. D., dicha inexistencia solo resulta de las manifestaciones contenidas en la escritura de herencia, escritura en la que comparece doña M. J. D. V. como heredera

y a quien se le refunde el legado realizado a favor de doña N. M. G. D., como consecuencia de la manifestación realizada de carecer de descendientes la indicada doña N. M. G. D. y, en consecuencia, no producirse la sustitución vulgar ordenada por su abuelo, don J. D. S. También comparece en la escritura don J. P. S. D. hermano de doña N. M. G. D. como legatario de otra vivienda.

Consecuentemente, de acuerdo con la doctrina expuesta en el anterior fundamento de Derecho, no ha quedado acreditado que doña N. M. G. D. carezca de descendencia, no siendo suficiente las manifestaciones realizadas por doña M. J. D. V. y don J. P. S. D., ni tampoco la circunstancia alegada por el notario en el recurso, de ser doña N. M. G. D. de estado civil soltera.

4. En cuanto al segundo defecto señalado por la registradora, esto es, la necesidad del concurso de todos los llamados por la vía de la sustitución, entendiéndose que están llamados los que viven al tiempo de producirse la renuncia a la herencia, aunque no hubiesen nacido al tiempo de apertura de la sucesión -lo que constituye el problema central de este expediente-.

La cuestión es determinar el momento en que el sustituto debe ser capaz para suceder. Del artículo 758 del Código Civil en sus números 1º y 3º, resulta la regla fundamental: «Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate... Si la institución o legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición». De estas palabras se deduce que el sustituto, para poder heredar, necesita sobrevivir, no solo al testador, sino también -«además» dice literalmente el artículo 758- al acto jurídico de la repudiación de la herencia o legado, realizado válidamente por el heredero o legatario instituido.

No obstante, existen algunas excepciones a este principio fundamental, tales como la situación interina del concebido pero no nacido (ex artículos 29 y 30 del Código Civil), el «concepturus» que nazca con técnicas de reproducción asistida conforme los artículos 6 y 9 de la Ley 14/2006, los llamados por sustitución fideicomisaria, y los descendientes comunes en el caso de la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil. Pero en todos estos casos hay limitaciones legales para su funcionamiento: el «nasciturus» debe nacer con los requisitos del artículo 30 del Código Civil; en las técnicas de reproducción asistida humana, la utilización del material genético está sometida al plazo de doce meses a partir del fallecimiento del titular del mismo; las sustituciones fideicomisarias están sometidos a los límites del artículo 781 del Código Civil; la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil está sometida al plazo del ejercicio de la misma, bien sea voluntario, por la vida del fiduciario-delegado o el supletorio legal. Por lo tanto, no se genera inseguridad jurídica en la aplicación de ninguna de estas.

Relativo al artículo 758 del Código Civil, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2004 establece: «Ocurre aquí que la herencia ha sido repudiada por los herederos instituidos y también por los descendientes en primer grado de éstos, lo que no es óbice para que, en virtud de lo expresado en el testamento (sustituyéndolos vulgarmente por sus respectivos descendientes), sean llamados otros sustitutos vulgares, que hayan sobrevivido no sólo al testador, sino también al acto jurídico de las repudiaciones obradas por los herederos instituidos y sus descendientes en primer grado, es decir que tengan capacidad para heredar... la nueva delación se reproduce, retrotraída asimismo, al mismo momento, lo que supone que no resulta deferida, sino que es reproducida, no sólo en cuanto a su repetición, sino también respecto al tiempo en que se retrotrae, en cuyo momento (fallecimiento del causante, apertura de la sucesión) es cuando hay que apreciarla capacidad de los sustitutos».

En consecuencia, tanto de la literalidad del artículo 758 del Código Civil como de la jurisprudencia mencionada, resulta que para heredar o adquirir el derecho al legado, se requiere al menos estar vivo al tiempo del fallecimiento del testador que es el momento de la apertura de la sucesión, sin perjuicio de la discusión doctrinal sobre si se requiere capacidad para suceder al tiempo de la renuncia del primer instituido.

En el supuesto de este expediente, la bisnieta cuya renuncia exige la registradora, al no haber nacido en el momento de la apertura de la sucesión, no tiene capacidad para suceder.

Esta Dirección General ha acordado, conforme los fundamentos de Derecho anteriormente expuestos, desestimar el recurso en cuanto al primer defecto, confirmando la nota de calificación y estimar el recurso interpuesto y revocar el segundo defecto de la nota de calificación.

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

Madrid, 6 de junio de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.