

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9443 *Resolución de 20 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 32, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña M. Y. y don R. G. B. contra la calificación de la registradora de la Propiedad número 32 de Madrid, doña Paloma Parra Martínez, 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 Madrid, don Francisco Javier Piera Rodríguez, el día 26 de septiembre de 2016, con el número 3.755 de protocolo, se otorgó por doña M. Y. y don R. G. B. operaciones de aceptación y adjudicación ocasionadas por el óbito de su padre, don A. G. P., que falleció el día 24 de junio de 1992, y las de su madre, doña A. M. B. G., que falleció el día 6 de mayo de 2016. En los testamentos de ambos cónyuges, ante el notario de Madrid, don José Antonio Escartín Ipiens, ambos seguidos y de fecha 27 de septiembre de 1990, se reconoce al cónyuge el usufructo universal y vitalicio, en la cláusula segunda se instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos sustituidos vulgarmente por sus descendientes y en otra cláusula cuarta, separada, se establece lo siguiente para ambos testamentos: «Los nombrados herederos tendrán como tales plena facultad de disponer de su herencia tanto por actos intervivos como por causa de la muerte. Pero en los bienes que procedentes de la herencia del/de la testador/ra no hubiera(n) dispuesto sus herederos que fallecieran sin descendencia, les sustituye por sus hermanos del/de la testador/a (mencionan varios designados por cada uno de los cónyuges entre sus hermanos respectivos), por iguales partes, sustituidos por sus respectivos descendientes. Tales herederos fideicomisarios lo serán con carácter puro desde el fallecimiento del/dela testador/a, de manera que en caso de premoriencia o incapacidad de los primeros herederos se entenderán como sustitutos vulgares».

La citada escritura de partición causó calificación negativa en el Registro de fecha 18 de noviembre de 2016, porque se exigió que se determinase cuál era la participación de cada uno de los herederos en la herencia materna y en la herencia paterna, dado que en ambos testamentos existe una sustitución fideicomisaria a favor de los hermanos de cada uno de los cónyuges respectivamente.

Ante el mismo notario, y con fecha 4 de abril de 2017, se otorgó por los mismos comparecientes escritura de complemento de la anterior en la que se especifican las participaciones adquiridas y adjudicadas a cada uno de los dos herederos en cada una de las sucesiones de sus padres.

II

Presentadas las referidas escrituras en el Registro de la Propiedad de Madrid número 32, fueron objeto de la siguiente nota de calificación: «Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: Calificado el precedente documento y examinados los antecedentes del Registro, el Registrador que suscribe entiende que procede Suspender la práctica de la inscripción solicitada por los motivos que previa relación de los antecedentes de hecho se detallan en la siguiente nota extendida de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria en su redacción dada por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social. El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por don/doña F. C., R., el día siete de abril del año dos mil diecisiete, bajo el asiento número 1124, del Diario 41 y número de entrada 817, que corresponde al documento otorgado por el notario de Madrid don/doña Francisco Javier Piera Rodríguez, con el número 3755/2016 de su protocolo, de fecha 26/09/2016, en unión de escritura de complemento autorizada el día 04/04/2017 por don Francisco Javier Piera Rodríguez, Notario de Madrid, número 1348, ha resuelto en el día de hoy no practicar los asientos solicitados en base a lo siguiente: Antecedentes En la escritura presentada, doña M. Y. G. B. y don R. G. B., herederos de don A. G. P. y de doña A. M. B. G., aceptan la herencia de sus padres y aprueban las operaciones de liquidación conyugal y de su herencia, así como las adjudicaciones realizadas «en los términos que resultan contenidos en el cuaderno particional que ha quedado unido a la matriz y en cuyo total contenido se ratifican» En el testamento otorgado por don A. G. P. el día 27/09/1990 ante el notario de Madrid, don José Antonio Escartín Ipiens, número 3.237, que se inserta en la escritura, figura entre otras cláusulas las siguientes: Segunda.—Instituye herederos por iguales partes a sus dos nombrados hijos, a quienes sustituye vulgarmente por sus respectivo, descendientes, para los casos de premoriencia o incapacidad y con derecho de acrecimiento, en su caso y en su defecto, por su nombrada esposa Cuarta.—Los nombrados herederos tendrán como tales plena facultad de disponer de su herencia tanto por actos inter vivos como por causa de muerte. Pero en los bienes que procedente de la herencia del testador no hubiera dispuesto sus herederos que fallecieren sin descendencia, les sustituye por sus hermanos del testador, doña A., don F., don M., don J., doña C., don A., doña A., don F. y doña M. G. P., por iguales partes, sustituidos por sus respectivos descendientes. Tales herederos fideicomisarios lo serán con carácter puro desde el fallecimiento del testador, de manera que en caso de premoriencia o incapacidad de los primeros herederos se entenderán como sustitutos vulgares» En el testamento otorgado por doña A. M. B. G., el día 27/09/1990, ante el notario de Madrid don José Antonio Escartín Ipiens, número 3.238 que se inserta en la escritura, figura entre otras cláusulas las siguientes: Segunda.—Instituye herederos por iguales partes a sus dos nombrados hijos, a quienes sustituye vulgarmente por sus respectivo, descendientes, para los casos de premoriencia o incapacidad y con derecho de acrecimiento, en su caso y en su defecto, por su nombrado esposo Cuarta.—Los nombrados herederos tendrán como tales, plena facultad de disponer de su herencia tanto por actos intervivos como por causa de muerte. Pero en los bienes que procedente de la herencia del testador no hubiera dispuesto sus herederos que fallecieren sin descendencia, les sustituye por sus hermanos de la testadora don E., don (sic) y don J. A. B. G., por iguales partes, sustituidos por sus respectivos descendientes. Tales herederos fideicomisarios lo serán con carácter puro desde el fallecimiento de la testadora, de manera que en caso de premoriencia o incapacidad de los primeros herederos se entenderán como sustitutos vulgares» En el cuaderno particional en la base segunda «regulación de la última voluntad del causante A. G. P.» se expresa: «...El testamento recoge, en sus cláusulas tercera a quinta una serie de previsiones relativas al derecho usufructuario del cónyuge supérstite, una figura de herederos fideicomisarios, y la institución de contadores partidores para el caso de desacuerdo ente los herederos en la partición de la herencia, previsiones todas ellas que no resultarían de aplicación en este caso, al no darse los presupuestos en virtud de los cuales resultarían de aplicación tales previsiones» En la base cuarta. «regulación de última voluntad de la causante doña A. M. B. G.», a continuación de la cláusula segunda, se indica: «El testamento recoge, en sus cláusulas tercera a quinta una serie de previsiones relativas al derecho usufructuario del cónyuge supérstite, una figura de herederos fideicomisarios, y la institución de contadores partidores para el caso de desacuerdo ente los herederos en la partición de la herencia, previsiones todas ellas que no resultarían de aplicación en este caso, al no darse los presupuestos en virtud de los cuales resultarían de aplicación tales previsiones». En el cuaderno particional se inventarían como bienes gananciales entre otros, las siguientes

fincas de esta demarcación: 1.–Vivienda en la calle (...) finca número 32.190 2.–Vivienda en la calle (...) finca registral número 32.200 En la cláusula undécima, se adjudica: A la heredera doña M. Y. G. B., la vivienda inventariada con el número 2 (finca registral 32.200). Al heredero don R. G. B., se le adjudica la vivienda inventariada con el número 1 (finca registral número 32.190). En escritura complementaria autorizada el día cuatro de abril de dos mil diecisiete por don Francisco Javier Piera Rodríguez, Notario de Madrid, número 1348 de su protocolo, que se acompaña, por doña M. Y. y don R. G. B., se aclara que a la heredera doña M. Y. G. B., se le adjudica la vivienda número 2 (finca registral número 32200) en cuanto a una mitad indivisa debe computarse a la herencia de su padre y la otra mitad indivisa, a la herencia de su madre y que al heredero don R. G. B., se le adjudica la vivienda inventariada con el número 1) que se corresponde con la finca registral número 32190, debiendo computarse en cuanto a una mitad indivisa, a la herencia de su padre y en cuanto a la otra mitad indivisa, a la herencia de su madre, pero sin hacer referencia alguna al gravamen de las sustituciones fideicomisarias. Fundamentos de Derecho Se acuerda suspender la práctica de la inscripción por lo siguiente: En las adjudicaciones que se realizan no solo no se hace referencia alguna (ni en la escritura de aprobación y protocolización de las operaciones realizadas en el cuaderno particional, ni en el propio cuaderno particional, ni en la escritura complementaria que se acompaña) a que las adjudicaciones a favor de los herederos se realizan en cuanto a una mitad con el gravamen fideicomisario establecido por don A. G. P. a favor de las personas que se indican en su testamento (sobre los bienes que procedentes de la herencia del testador no hubieran dispuesto sus herederos que fallecieran sin descendencia), y en cuanto a la otra mitad, con el gravamen fideicomisario a favor de las personas que se indican en el testamento de doña A. M. B. G. (sobre los bienes que procedentes de la herencia del testador no hubieran dispuesto sus herederos que fallecieran sin descendencia), sino que, en el cuaderno particional expresamente se hace constar: El testamento recoge, en sus cláusulas tercera a quinta una serie de previsiones relativas al derecho usufructuario del cónyuge supérstite, una figura de herederos fideicomisarios, y la institución de contadores partidores para el caso de desacuerdo ente los herederos en la partición de la herencia, previsiones todas ellas que no resultarían de aplicación en este caso, al no darse los presupuestos en virtud de los cuales resultarían de aplicación tales previsiones. Teniendo en cuenta que los herederos fideicomisarios nombrados lo son con carácter puro desde el fallecimiento de los testadores, respecto de los bienes de la herencia de que no hayan dispuesto los herederos que fallecieran sin descendencia, la inscripción ha de practicarse necesariamente con el gravamen de la sustitución fideicomisaria establecida, en cuanto a una mitad a favor de los nombrados por don A. G. P. en su testamento y en cuanto a la restante mitad indivisa a favor de los nombrados por doña A. M. B. G. en el suyo, salvo renuncia a su derecho por los herederos fideicomisarios. Con fundamento en lo dispuesto por los causantes en sus respectivos testamentos y, que en la escritura de protocolización, los herederos intervinientes aprueban las operaciones realizadas «en los términos que resultan contenidos en el cuaderno particional que ha quedado unido a esta matriz, en cuyo total contenido se ratifican» y que en la escritura complementaria, no se hace mención alguna de la sustitución fideicomisaria establecida ni consta la renuncia a su derecho de los herederos fideicomisarios que lo son con carácter de puros, para poder practicar la inscripción de las adjudicaciones con el gravamen de las sustituciones fideicomisarias establecidas en las disposiciones testamentarias (única forma en que es posible practicar el correspondiente asiento registral) se requiere el consentimiento expreso de los herederos doña M. Y. y don R. G. B. o bien la renuncia a su derecho por parte de los herederos fideicomisarios. Contra esta calificación (...) Madrid, veintiséis de abril del año dos mil diecisiete. La Registradora (firma). Fdo.: Paloma Parra Martínez».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. Y. y don R. G. B. interpusieron recurso el día 26 de mayo de 2017 en el que, en síntesis, alegan lo siguiente: Primero.–Que la interpretación del testamento hecha por la registradora no es la correcta, ya que la

institución de herederos fideicomisarios tenía como objeto establecer un mecanismo que permitiera en el caso de premoriencia de los herederos directos de los causantes, el caudal relicto pudiera ser repartido de forma equitativa entre las respectivas ramas familiares a los efectos de que todos los bienes de los causantes fueran heredados por la familia del fallecido en segundo lugar, y Que dado que ambos hijos herederos han sobrevivido a sus padres, sus derechos hereditarios han quedado plenamente consolidados y no tiene sentido mantener el derecho fideicomisario a favor de familiares lejanos en contra del criterio de ambos herederos (sic); Segundo.—Que los testamentos de los causante fueron hechos antes de que los hijos del matrimonio contrajeran matrimonio o tuvieran descendencia, por lo que se estableció un fideicomiso de residuo cuyo objeto era prevenir una hipotética sucesión intestada, para el caso de que los herederos principales premurieran a sus padres sin tener descendencia; Que no fue afortunada la redacción de las cláusulas testamentarias pero que no tiene duda su interpretación: «los nombrados herederos tendrán como tales plena facultad de disponer de su herencia tanto por actos inter vivos como por causa de la muerte», por lo que su derecho es pleno y total, de vender bienes, o de otorgar disposiciones testamentarias en las que se transmitan los bienes mortis causa mediante la institución de heredero o legado; Que, a continuación añade «pero en los bienes que procedentes de la herencia del testador no hubieran dispuesto sus herederos que fallecieran sin descendencia, les sustituye por...», lo que debe ser interpretado como una sustitución fideicomisaria residual solo de «los bienes no dispuestos»; Que con la expresión «tales herederos fideicomisarios lo serán con carácter puro desde el fallecimiento del testador, de manera que en caso de premoriencia o incapacidad de los primeros herederos se entenderán como sustitutos vulgares», se indica que el mecanismo de sustitución fideicomisaria a favor de los hermanos de los testadores sólo está previsto para el caso de fallecimiento de ambos herederos antes que sus padres, y Que el sentido interpretado por la registradora contraviene las restantes cláusulas del testamento en la que instituye herederos a los hijos sustituidos vulgarmente por sus descendientes y con derecho de acrecer entre sí, por lo que no tiene sentido que en una disposición posterior se indique que en caso de fallecer uno de los hijos sin descendencia, se traslade ese derecho a unos familiares lejanos que ni siquiera tienen la condición de herederos en lugar de acrecer su parte a su hermano; Tercero.—Que, conforme al artículo 782 del Código Civil y los valores de los bienes inmuebles de la herencia, la inscripción de una carga fideicomisaria sobre tales bienes inmuebles que constituyen la mayor parte del caudal relicto implicaría someter a gravamen bienes imputables a la legítima y al tercio de mejora, con lo que la sustitución fideicomisaria imputable a esos dos tercios de la herencia sería contraria a Derecho; Cuarto.—Que la situación personal de los herederos ha variado desde el otorgamiento del testamento, ya que por un lado, el hijo heredero está ahora casado y tiene dos hijos, y por otro, la hija heredera, carece de descendencia pero ha otorgado testamento en el que dispone de sus bienes a favor de su hermano, por lo que la disposición testamentaria ha quedado sin efecto, ya que «los nombrados herederos tendrán como tales plena facultad de disponer de su herencia tanto por actos inter vivos como por causa de la muerte», y Quinto.—Por último, se había presentado la escritura a calificación y fueron subsanados los defectos, por lo que no cabe que la registradora ahora extienda otra calificación desfavorable con otros defectos que no se incluyeron en la primera.

IV

Mediante escrito, de fecha 7 de junio de 2017, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Dado trasladado el día 31 de mayo de 2017 del recurso interpuesto al notario autorizante de las escrituras de aceptación de herencia y de complemento calificadas, no se ha producido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 667, 675, 715, 739, 743, 767, 773, 774 y siguientes, 786, 792, 793 y 1284 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2010, 19 de octubre de 2015 y 19 de abril de 2017.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: en el testamento de cada uno de los esposos causantes se reconoce al cónyuge el usufructo universal y vitalicio, en la cláusula segunda se instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos sustituidos vulgarmente por sus descendientes y en otra cláusula cuarta, separada de la anterior, se establece lo siguiente para ambos testamentos: «Los nombrados herederos tendrán como tales plena facultad de disponer de su herencia tanto por actos inter vivos como por causa de la muerte. Pero en los bienes que procedentes de la herencia del/de la testador/ra no hubiera(n) dispuesto sus herederos que fallecieran sin descendencia, les sustituye por sus hermanos del/de la testador/a (mencionan varios designados por cada uno de los cónyuges entre sus hermanos respectivos), por iguales partes, sustituidos por sus respectivos descendientes. Tales herederos fideicomisarios lo serán con carácter puro desde el fallecimiento del/dela testador/a, de manera que en caso de premoriencia o incapacidad de los primeros herederos se entenderán como sustitutos vulgares»; otorgan la escritura los dos herederos hijos de los causantes.

La registradora señala como defecto que no se hace referencia alguna a que las adjudicaciones a favor de los herederos se realizan en cuanto a una mitad con el gravamen fideicomisario establecido por el causante a favor de las personas que se indican en su testamento (sobre los bienes procedentes de la herencia del testador que no hubieran dispuesto sus herederos que fallecieran sin descendencia), y en cuanto a la otra mitad, con el mismo gravamen fideicomisario a favor de las personas que se indican en el testamento de su esposa; teniendo en cuenta que los herederos fideicomisarios nombrados lo son con carácter puro desde el fallecimiento de los testadores, respecto de los bienes de la herencia de que no hayan dispuesto los herederos que fallecieran sin descendencia, la inscripción ha de practicarse necesariamente con el gravamen de la sustitución fideicomisaria establecida, en cuanto a una mitad a favor de los nombrados por el causante en su testamento y en cuanto a la restante mitad indivisa a favor de los nombrados por su esposa en el suyo, salvo renuncia a su derecho por los herederos fideicomisarios.

Los recurrentes alegan que de la interpretación de los testamentos se deduce que la voluntad de los causantes era que el caudal relicto pudiera ser repartido de forma equitativa entre las respectivas ramas familiares a los efectos de que todos los bienes de los causantes fueran heredados por la familia del fallecido en segundo lugar y solo tras los hijos ya a falta de descendientes; que la redacción de los testamentos indica que el mecanismo de sustitución fideicomisaria a favor de los hermanos de los testadores solo está previsto para el caso de fallecimiento de ambos herederos antes que sus padres; que la carga somete a gravamen bienes imputables a la legítima y al tercio de mejora, con lo que la sustitución fideicomisaria imputable a esos dos tercios de la herencia sería contraria a derecho; que la situación personal de los herederos ha variado desde el otorgamiento del testamento, ya que por un lado, el hijo heredero está ahora casado y tiene dos hijos, y por otro, la hija heredera, carece de descendencia pero ha otorgado testamento en el que dispone de sus bienes, por lo que ya no procede la sustitución de residuo; que ya fue calificada anteriormente la escritura sin que se hubiera señalado ese defecto.

2. En primer lugar hay que determinar la interpretación que hay que dar a la cláusula de residuo que se repite en ambos testamentos si bien a favor de distintos fideicomisarios de residuo.

La doctrina reiterada de este Centro Directivo, entre otras las Resoluciones de 18 de enero de 2010 y 19 de octubre de 2015, ha dicho que los principios que han de regir la interpretación de las cláusulas testamentarias son: que la voluntad del testador es la ley de

la sucesión (cfr. artículos 667 y 675 del Código Civil); que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. artículo 739 del Código Civil) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria. Ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias. Que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793, así como, «ex analogía», el 1284).

En consecuencia, hay que entender que en un testamento autorizado por notario, las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento puesto que la preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad del lenguaje.

Centrados en el supuesto de este expediente y la vista de las cláusulas testamentarias segunda y cuarta resulta lo siguiente: en primer lugar, en cuanto a la cláusula segunda, en ella se ordena de forma clara y expresa una sustitución vulgar a favor de los descendientes de los herederos instituidos –hijos de los causantes–.

Pues bien, esta sustitución vulgar ha devenido completamente inefectiva o inoperante, puesto que, dispuesta para los casos de premoriencia o incapacidad de los herederos instituidos, no habiéndose producido ninguno de los dos supuestos a los que se supedita la efectividad de la sustitución vulgar, ha sido efectivo el llamamiento a los herederos, ya que ni los herederos han premuerto al causante ni han estado ni están incurso en incapacidad para suceder.

En segundo lugar, y en relación con la cláusula cuarta, que es la que suscita la cuestión que plantea el recurso, sin entrar en la discutida deficiencia de la redacción que alegan los recurrentes, esto no impide apreciar e interpretar la verdadera voluntad del testador con arreglo a los criterios que establece el artículo 675 del Código Civil. Lo que en la cláusula cuarta –totalmente separada de la anterior– se establece, es una sustitución fideicomisaria de residuo respecto de los bienes que integren el caudal relicto del testador –no cabría respecto de otros– [«(...) pero en los bienes que procedentes de la herencia del testador no hubieran dispuesto sus herederos (...)]. El «residuo» serán los bienes de aquellos herederos que fallecidos sin descendencia –lo que se determinará al tiempo de la apertura de la sucesión de esos herederos– no hayan sido dispuestos inter vivos o mortis causa. En consecuencia, y conforme al concepto de sustitución (fideicomisaria) de residuo, ésta tendrá lugar sólo en el caso de que los herederos instituidos (fiduciarios) hubieran fallecido sin descendencia y no hubiesen dispuesto de los bienes heredados de los causantes bien por actos «inter vivos», bien por actos «mortis causa».

3. Así pues, además de quedar supeditada la efectividad de la sustitución de residuo a que queden bienes de la herencia del testador y de la testadora de los que no hayan dispuesto sus herederos –lo que es inherente al concepto de esa figura– queda también subordinada, de acuerdo con lo previsto en la propia cláusula, a que los herederos falleciesen sin descendencia. Esta circunstancia es relevante puesto que la sustitución de residuo se dispone para el caso de que los herederos falleciesen sin descendencia, por lo que no puede entenderse, contrariamente a lo que argumentan los recurrentes, que la sustitución de residuo ha quedado extinguida y que, por tanto, resulta inoperante, ya que no sabremos de la existencia efectiva de descendencia sino hasta el fallecimiento de los herederos.

En el escrito de recurso se indica que la heredera doña M. Y. G. B. carece de descendencia; así las cosas en modo alguno puede excluirse la posibilidad de que esta heredera fallezca careciendo de descendencia, que es el supuesto desencadenante de la sustitución. No desvirtúa este criterio la circunstancia de que esta heredera haya otorgado testamento en el que dispone de sus bienes a favor de su hermano, porque lo que se indica en la cláusula cuarta del testamento de los causantes es que el heredero fallezca sin descendencia y a este supuesto no puede equipararse a haber otorgado testamento a favor de su hermano. Puesto que se trata de sustitución de residuo, es obvio que si la heredera dispone de todos sus bienes, la sustitución quedará extinguida; ahora bien, no puede descartarse que el testamento otorgado por la heredera sea revocado, o que el instituido en él renuncie o premuera. En consecuencia, no puede considerarse extinguida la sustitución fideicomisaria por la sola circunstancia de que el heredero otorgue testamento, ya que siendo disposición «mortis causa» no produce efectos sino hasta la apertura de su sucesión.

Por lo que se refiere a la alegación de que uno de los herederos tiene descendientes, esta circunstancia tampoco impide considerar extinguida la sustitución de residuo, ya que, aunque tenga descendientes, no puede excluirse la posibilidad de que éstos le premueran y que, por tanto, aquél fallezca sin descendientes y es que, independientemente de que la sustitución fideicomisaria de residuo se extinga y quede inoperante si el heredero dispone de todos sus bienes, es el momento fallecimiento del heredero el tiempo al que ha de estarse para determinar si tiene o no descendientes.

4. En cuanto a la previsión hecha en los testamentos de que «tales herederos fideicomisarios lo serán con carácter puro desde el fallecimiento del testador, de manera que en caso de premoriencia o incapacidad de los primeros herederos se entenderán como sustitutos vulgares», responde a la evitación de dudas sobre si la sustitución de residuo supone la vulgar tácita o no. Pues bien, tratándose de una sustitución preventiva de residuo y no una sustitución fideicomisaria ordinaria, se quiso establecer la sustitución vulgar tácita a favor de los fideicomisarios de residuo, de manera que todo el mecanismo de sustitución a favor de los hermanos de los testadores está previsto para el caso de fallecimiento de ambos herederos antes o después que sus padres y sin descendientes, dado que, por una parte, para el caso de premoriencia (y lo mismo puede decirse para el caso de incapacidad para suceder de los herederos), se previó la sustitución vulgar de los instituidos por sus respectivos descendientes en la cláusula segunda y, por otra parte, en el caso supervivencia a sus padres y a falta de descendientes, si no se dispuso de los bienes inter vivos o mortis causa, se distribuirán en la forma establecida por los padres causantes a favor de los mismos hermanos señalados respectivamente, como sustitución vulgar tácita tal como si de una fideicomisaria ordinaria se tratase.

Así pues, de la interpretación lógica y sistemática del testamento –por consideración del conjunto de las cláusulas– resulta que para el caso de que los hijos falleciesen antes que los testadores o resultasen incapaces para suceder, se dispuso, cubriéndose así este primer supuesto, la sustitución vulgar a favor de sus descendientes y, caso de que alguno de los herederos careciese de descendientes, derecho de acrecer a favor del otro heredero; que como supuesto de hecho distinto del anterior, los testadores previeron el caso de que los herederos falleciesen sin descendencia y sin haber dispuesto «inter vivos» o «mortis causa» de los bienes, disponiendo para esta hipótesis una sustitución de residuo a favor de sus respectivos hermanos.

Se trata, por tanto, de supuestos distintos y que, como consecuencia de su diferenciación y a los efectos de la sustitución de residuo, ha de entenderse que el momento que ha de tomarse en consideración para dilucidar la extinción del derecho de los fideicomisarios de residuo, es el del fallecimiento de los instituidos herederos. Es en este momento cuando si los herederos fiduciarios fallecen sin descendientes y sin haber dispuesto de los bienes, se habrá confirmado la condición de los herederos fideicomisarios, sin que el hecho de descendencia de los herederos o de que uno de los herederos haya otorgado testamento en el que dispone de sus bienes, permitan entender, que la sustitución de residuo ha quedado extinguida, pues los testadores dispusieron dos sustituciones: en

primer lugar una sustitución vulgar y en segundo lugar una sustitución fideicomisaria de residuo, para supuestos diferentes sin que pueda concluirse que la inoperancia de la primera tenga como consecuencia la extinción de la segunda.

5. Respecto de la cuestión de si la sustitución de residuo grava la totalidad de los bienes excediéndose de las porciones de legítima que corresponden a los herederos hijos de los causantes, ciertamente nos encontramos ante un posible perjuicio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, pero no se ha señalado esto como defecto en la nota de calificación. El ejercicio de las acciones por parte de los legitimarios pertenece a otro ámbito de actuación, y además, no se ha impedido la inscripción de los bienes heredados a favor de ellos en su totalidad, sino que se ha exigido su asentimiento en la escritura para que se haga constar en la inscripción, la existencia del gravamen de la sustitución de residuo y las circunstancias en las que se produce, exclusivamente como cautela para el día en que abierta la sucesión de alguno de los dos herederos, pueda saberse a ciencia cierta si procede la sucesión en algo por parte de los herederos fideicomisarios de residuo.

6. En cuanto a la alegación de los recurrentes de que el hecho de que existiera una primera calificación desfavorable que se emitió en unos términos concretos impide que, que una vez subsanados los defectos detectados inicialmente, la registradora de la Propiedad pueda emitir una segunda calificación desfavorable en la que alegue la existencia de otros defectos que no se incluyeron en la primera calificación, es preciso aclarar que la nota de calificación impugnada de fecha 26 de abril de 2017, se refiere a la calificación de la escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales que se presentó en unión de una escritura complementaria autorizada por el mismo notario que causó un asiento de presentación distinto al que motivó la calificación negativa anterior, cuyo asiento de presentación había caducado, pues emitida la nota de calificación desfavorable con fecha 18 de noviembre de 2016, fue notificada al notario autorizante de la escritura y al presentante por fax el día 18 de noviembre de 2016, quedando prorrogado el asiento de presentación por sesenta días a contar desde la última notificación practicada, es decir desde el día 18 de noviembre de 2016, y retirada la escritura por su presentante el día 28 de noviembre sin que se aportara de nuevo en unión de la escritura de complemento reseñada del día 4 de abril de 2017, por lo tanto, una vez caducado el asiento de presentación, da lugar al nuevo asiento de presentación de fecha 7 de abril de 2017.

Este Centro Directivo ha recordado su doctrina reiteradísima sobre esta cuestión, en Resolución de 19 de abril de 2017: «(...) el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito. Y ello, porque, caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos y, de la misma forma que el registrador no puede tener en cuenta en modo alguno títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, tampoco puede verse vinculado por las calificaciones anteriormente efectuadas aun cuando sean propias. En definitiva, la nueva presentación significa el inicio –«ex novo»– de todo el procedimiento registral. Así pues, el registrador no está vinculado por las calificaciones de sus predecesores, ni siquiera por las realizadas por él mismo respecto de documentos similares –Resolución de 18 junio de 2010–. En consecuencia no procede esta alegación hecha en el escrito del recurso».

Así pues, habiendo caducado el primer asiento de presentación y habiendo causado la escritura de aprobación y adjudicación de herencia mencionada un nuevo asiento de presentación en unión de otra escritura de complemento que dio lugar a la nota de calificación que se impugna, y de conformidad con la doctrina citada, no procede la alegación hecha en el escrito recurso de haberse emitido una segunda calificación desfavorable.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la 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, 20 de julio de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo