

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12636 *Resolución de 30 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Negreira, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencias.*

En el recurso interpuesto por doña D. G. B. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Negreira, doña María del Pilar Rodríguez Bugallo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencias.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Santiago de Compostela, don José Antonio Cortizo Nieto, de fecha 6 de febrero de 2013, con número 168 de protocolo, doña D., don J., don M., doña M.C., doña M. y don J. A. G. B., otorgaron la partición de las herencias de sus padres, don J. G. B. –fallecido el día 15 de julio de 2006– y doña M. B. E. –fallecida el día 7 de mayo de 2012–. De esta escritura, de los testamentos de los causantes y de la sentencia que se dirá, resulta lo siguiente: Primero.–Con fecha 26 de noviembre de 1993 se había otorgado por los dos causantes conjuntamente, escritura de protocolización de operaciones particionales ante el notario de Santiago de Compostela, don José Antonio Montero Pardo, con el número 1.545 de su protocolo. En ésta, se hace en la adjudicación séptima de la partición protocolizada, una adjudicación al nieto don M. R. G. condicionada a la atención de sus abuelos: «que este legatario ha de vivir en casa y compañía de sus abuelos J. G. B. y M. B. E., cuidándolos con todo respeto y cariño hasta que ocurra el fallecimiento del último que le sobreviva»; Segundo.–Don J. G. B. falleció el día 15 de julio de 2006. Del testamento de don J. G. B., otorgado el día 13 de enero de 1994 ante el notario de Santiago de Compostela, don José Antonio Montero Pardo, número 59 de su protocolo, ratifica la partición protocolizada y mencionada antes, y entre otras disposiciones, interesa a efectos de este expediente una de ellas, en la cláusula tercera, por la que instituye herederos a sus hijos y a su nieto don M. R. G., para lo que adiciona la partición mencionada antes por la que se adjudica a éste un prado, y la cláusula séptima, en la que se impone una condición, de manera que la citada disposición a favor de su nieto don M. R. G., «la hace con la condición de que este cuide al testador y a su esposa, así en salud como en la enfermedad, hasta el fallecimiento del último. Esta obligación es transmisible, en su caso, a los descendientes del citado nieto, y en caso de incumplimiento pasará el cupo asignado a dicho nieto a cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos, con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla. Si ninguno la cumpliera, tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testador». Tercero.–Por sentencia de fecha 11 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santiago de Compostela en procedimiento ordinario número 369/2009, confirmada íntegramente por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña por sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, dictada en recurso de apelación número 164/2010, se declaró: «1.º) Que el demandado [don M. R. G.] ha incumplido la condición impuesta por su abuelo en la cláusula séptima del testamento de fecha 13 de enero de 1994, en relación con la declaración final cuarta de la partición protocolizada ante el notario de fecha 26 de noviembre de 1993, consistente en cuidar del testador y a su esposa, así en la salud como en la enfermedad, hasta el fallecimiento del último y, por lo tanto, 2.º) Que es ineficaz

la cláusula tercera del testamento de J. G. B. en lo que se refiere a la institución de heredero de M. R. G. y la cláusula quinta del mismo testamento en lo que se refiere a la adjudicación de una finca como legado al mismo, así como la adjudicación séptima de la partición protocolizada ante notario de fecha 26 de noviembre de 1993». En el fundamento de Derecho segundo de la sentencia de Primera Instancia, confirmada en apelación, consta lo que sigue: «...recordar el testimonio de la Sra. O. G., nieta del testador, que afirmó que, una vez que M. abandonó el domicilio de los abuelos, se ofreció la posibilidad de ocupar su lugar en el cuidado de los mismos al resto de los nietos, sin que ninguno de ellos hubiera aceptado, circunstancia que determinó que los hijos se hubieran organizado para atender a su padre y a su madre hasta el fallecimiento del primero, manteniendo la atención en el mismo significado, a favor de la segunda en la actualidad, una situación que, por muchas vueltas que se quieran dar, no tiene más que una lectura», y Cuarto.–Doña M. B. E. falleció el día 7 de mayo de 2012. De su testamento, otorgado el día 26 de noviembre de 1993 ante el notario de Santiago de Compostela, don José Antonio Montero Pardo, número 1.547 de su protocolo, entre otras cláusulas interesa para este expediente la institución de heredero a favor de su nieto don M. R. G. y la condición de la cláusula quinta: «la hace con la condición de que éste cuide al testador y a su esposa, así en salud como en la enfermedad, hasta el fallecimiento del último. Esta obligación es transmisible, en su caso, a los descendientes del citado nieto, y en caso de incumplimiento pasará el cupo asignado a cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos, con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla. Si ninguno la cumpliera, tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testadora».

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Negreira el día 17 de junio de 2015, y fue objeto de calificación negativa de fecha 8 de julio de 2015, notificada el día 14 de julio de 2015, que, a continuación, se transcribe: «Documento: Escritura otorgada ante el Notario de Santiago de Compostela, don José Antonio Cortizo Nieto, el seis de febrero de dos mil trece, número 168 de protocolo. Presentante: J. O. S. Asiento de presentación número 605 del Diario 113. En relación con el documento reseñado se le comunica que, previa calificación del mismo con fecha de hoy de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, se suspende su inscripción por los siguientes defectos: 1) Falta el consentimiento de don M. R. G. en su condición de heredero de doña M. B. E. 2) Falta acreditar la ineficacia del llamamiento que, para el supuesto de que el nieto M. R. G. incumpla la condición establecida en las cláusulas 7.^a y 5.^a, respectivamente, de los testamentos de los causantes, se hace a favor de «cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos, con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla», ya que únicamente «si ninguno la cumpliera, tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testador». Hechos: 1) La referida escritura fue presentada en este Registro el día diecisiete de junio de dos mil quince, bajo el asiento número 605 del Tomo 113 del Diario, acompañada del acta de protocolización de operaciones particionales de los causantes don J. G. B. y doña M. B. E., autorizada por el Notario de Santiago, don José Antonio Montero Pardo, el 26 de noviembre de 1.993, número 1545 de protocolo, y a la que se incorporan los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad de los citados causantes, así como copias autorizadas de los testamentos de los mismos y testimonio de la sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el Recurso de Apelación número 164/2010, dimanante de los autos de Juicio Ordinario n.º 369/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santiago de Compostela, expedido el siete de septiembre de dos mil doce por el Secretario de la citada Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña; solicitándose únicamente la inscripción de una sexta parte de la finca 295 de la Concentración Parcelaria de Ameixenda del cupo de doña D. G. B. o finca registral número 12.792 que figura inscrita a favor de los causantes «sin atribución de cuotas y para

su sociedad conyugal» por título de compra, figurando con carácter ganancial en el inventario. Se acredita la presentación de los Impuestos correspondientes mediante notas al pie de la copia presentada en fecha diecisiete de junio de dos mil quince. Presentada para el pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, según justificante con fecha de entrada en el Servicio Provincial de Recaudación-Zona 03-Santiago el mismo día de la presentación. 2) Mediante dicha escritura, los hermanos doña D., don J., don M., doña M. C., doña M. y don J. A. G. B., hijos de los causantes, manifestando que son los únicos interesados en las herencias deferidas por sus padres don J. G. B. y doña M. B. E., las aceptan pura y llanamente, y a continuación, «ultimando las operaciones particionales de las herencias de sus padres don J. G. B. y doña M. B. E., y la distribución entre ellos de los bienes relacionados en la escritura de partición de herencia protocolizada el día veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, ante el Notario que fue de Santiago, don José Antonio Montero Pardo, núm. 1545 de su protocolo, y otros no incluidos en dicho documento, así como los del sobrino don M. R. G., al ser ineficaz la cláusula tercera y quinta del testamento de don J. G. B., en lo que se refiere a la institución de heredero de don M. R. G., así como la adjudicación séptima de la partición protocolizada ante notario en fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, declaradas por sentencia de 11 de diciembre de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santiago en el procedimiento ordinario número 369/2009 confirmada íntegramente por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, por Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011, dictada en el Recurso de Apelación número 164/2010, convienen formar una sola masa con las herencias paterna y materna, y se adjudican los bienes descritos anteriormente, por entero». 3) En la cláusula 7.ª del testamento del causante don J. G. B. se dispone que «La disposición a favor de su nieto M. R. G. la hace con la condición de que éste cuide al testador y a su esposa, así en salud como en enfermedad, hasta el fallecimiento del último. Esta obligación es transmisible, en su caso, a los descendientes del citado nieto, y en caso de incumplimiento pasará el cupo asignado a dicho nieto a cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos, con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla. Si ninguno la cumpliera tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testador». Y en la 5.ª del testamento de doña M. B. E., se dispone igualmente que «la disposición a favor de su nieto M. R. G. la hace con la condición de que éste cuide al testador y a su esposa, así en salud como en enfermedad, hasta el fallecimiento del último. Esta obligación es transmisible, en su caso, a los descendientes del citado nieto, y en caso de incumplimiento pasará el cupo asignado a dicho nieto a cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos, con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla. Si ninguno la cumpliera tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos de la testadora.». Fundamentos de Derecho: artículos 759, 790 a 805, 1054, 1058 y 1059 del CC, Resoluciones de la DGRN de 11-5-98 y 14-8-14 y Resoluciones de la DGRN de 21-5-03, 13-12-07 y 24-10-08. En el presente caso, se acredita la ineficacia del llamamiento hecho a favor del nieto don M. R. G. (por incumplimiento de la condición impuesta, según la sentencia referida) solamente respecto de la herencia de su abuelo, pero no respecto de la herencia de su abuela doña M. B. E. Por lo tanto, siendo la finca de carácter ganancial y, en todo caso teniendo en cuenta que los interesados han hecho «una sola masa con las herencias paterna y materna» y el carácter global que debe revestir la calificación del negocio jurídico particional (Rs. 11-5-98 y 14-8-14) así como el principio de unanimidad de la partición, se requiere la concurrencia de todos los interesados en la herencia. Por otra parte, tampoco se acredita la ineficacia del llamamiento subsiguiente a favor de los demás nietos, previo a la refundición del correspondiente cupo en la herencia. Como tiene señalado la DGRN, acreditado el cumplimiento (incumplimiento, en este caso) de la condición que determina el segundo llamamiento, habrá que probar la razón por la cual los incluidos en dicho llamamiento no intervienen en la partición de la herencia (Rs. 21-5-2003, 13-12-2007, 24-10-2008) Así, en el presente caso, habrá que justificar, bien, que no existen otros nietos (entre otros medios admitidos en Derecho, a través del acta de notoriedad prevista en el artículo 82 del R. H.) o bien que, existiendo, no quieren (renuncian) o no

pueden (también incumplen la condición o son incapaces por otra razón) heredar. En consecuencia, siendo dichos defectos subsanables, se suspende, la inscripción solicitada. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.º de la Ley Hipotecaria. Contra esta calificación (...) Negreira, a ocho de julio de dos mil quince. La registradora Fdo. doña María del Pilar Rodríguez Bugallo. Registradora de la Propiedad de Negreira».

III

El día 12 de agosto de 2015, doña D. G. B. interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «Alegaciones: Primera.—(...) De los documentos aportados con la escritura objeto de inscripción, tal como se relaciona en el Hecho 1 de la calificación impugnada, se encuentra testimonio de la sentencia de fecha 24.02.2011, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de A Coruña, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm. 369/2009, del Juzgado de la Instancia núm. 3 de Santiago de Compostela, cuyo fallo dice, como recoge el Hechos 2: «Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don M. A. R. G., contra la sentencia de fecha 11.12.2009, dictada en los autos de Juicio Ordinario núm. 369/2009, del Juzgado de la Instancia núm. 3 de Santiago de Compostela, que confirmamos íntegramente,...», lo que implica que el contenido de esta sentencia tiene plena eficacia jurídica, sentencia que no hemos aportado, quizás, por descuido o por creer que la de la Audiencia Provincial, que la confirma íntegramente, sería suficiente, por ser de un órgano superior. Entendemos que si la Sra. Registradora la hubiese conocido, su dictamen no sería negativo, pues aclara los extremos en que se basa la calificación (...) Segunda.—El primer defecto de la calificación negativa se basa en la «falta de consentimiento de don M. R. G., en su condición de heredero de doña M. B. E.». Señala el 4.º párrafo del fundamento de derecho Segundo de esta sentencia (al final del folio 5): «...Es por ello que si el testamento litigioso (de don J. G. B.) se hace la institución de heredero, así como la atribución de un concreto legado al demandado (don M. R. G.) con la condición de que cuide al testador y a su esposa, así como en la salud como en la enfermedad, hasta el fallecimiento del último, es porque el testador quiso establecer una condición suspensiva y, si así lo hizo, teniendo hijos, tuvo que ser para asegurarse una asistencia y cuidados o solamente a condición de recibirlos con su esposa en lo que le quedaba de vida específicamente del nieto instituido, en primer término. El párrafo 5.º del citado fundamento de derecho segundo (folio 6) dice: «...Así en lo que aquí interesa, resulta absolutamente incontrovertido el hecho de que el día 30 de julio de 2005 M. R. G. abandonó voluntariamente y de manera definitiva el domicilio de sus abuelos, en el que residía desde 1.993, y ello, al margen de que durante los años anteriores se hubiera ocupado o no de ellos por hecho de trabajar fuera acudiendo a aquel, durante ciertas temporadas, solamente los fines de semana. Lo que es Incuestionable en cualquier caso, es que el cumplimiento real de la condición no se llevó a cabo.» En definitiva, ha quedado acreditado que M. R. G. no ha cumplido la condición de cuidar al testador J. G. B. y a su esposa desde el día 30 de julio de 2005 en que abandonó voluntariamente el domicilio de sus abuelos. Como bien recoge la calificación recurrida en el Hecho 3, la cláusula 5.ª del testamento de doña M. B. E. es idéntica a la cláusula 7.ª del testamento de don J. G. B., al referirse que la disposición a favor de su nieto don M. R. G., se hace con condición de que este cuide al testador y a su esposa así como en la salud como en la enfermedad, hasta el fallecimiento del último. Si bien esta disposición en el testamento de doña M. B. E. sufre un error material de transcripción y ha de entenderse con la condición de que cuide a la testadora y a su esposo. De lo expuesto, hay que concluir que aunque don M. R. G. hubiera cuidado hasta la muerte a su abuela Dª M. B. E., lo que no hizo, tal como recoge la sentencia al final de párrafo 6.º del fundamento de derecho segundo (folio 7), tampoco podía tenerse por cumplida la condición, pues ya ha quedado acreditado que no ha cuidado a su abuelo don J. G. B., y ésta se refiere al cuidado y a la atención de los dos abuelos, no de uno solo, tal como indica la sentencia en su párrafo 10.º del reseñado fundamento de derecho segundo (folio 9): «...Procede, entonces, dado el incumplimiento de la condición impuesta, aún cuando viva la abuela del demandado, pues

la condición se refería al cuidado y a la atención de los dos». El mero hecho de que don M. R. G. no haya cuidado a su abuelo don J. G. B., es suficiente para que no se tenga cumplida la condición, surtiendo ello todo sus efectos jurídicos también respecto de su abuela doña M. B. E., resultando que la ineficacia del llamamiento a heredar a favor de nieto, por incumplimiento de la condición impuesta declarada en las sentencias de fechas 11-09-2009 y 24-02-2011, no es solamente respecto de la herencia de su abuelo sino también respecto de la de su abuela. Por ello, entendemos que plantear ante el Juzgado la ineficacia del llamamiento a heredar a favor de M. R. G. respecto de la herencia de su abuela doña M. B. E., sería cosa juzgada, por lo que no tendría sentido un nuevo pronunciamiento de los tribunales respecto al incumplimiento de la condición del nieto de cuidar y atender a su abuela hasta su muerte, porque, como hemos dicho, la condición exige el cuidado de los dos, no de uno solo, y con la declaración del incumplimiento de las sentencias de fechas 11-09-2009 y 24-02-2011 respecto de uno sería suficiente para tener por incumplido el del otro, no siendo, por tanto, necesario el consentimiento de don M. R. G., en su condición de heredero de doña M. B. E., tal como indica la calificación que se recurre. Tercera.—El segundo defecto de la calificación negativa se basa en la «falta de acreditación de de la ineficacia del llamamiento que, para el supuesto de que el nieto M. R. G. incumpla la condición establecida en las cláusulas 7.^a y 5.^a respectivamente, de los testamentos de los causantes, se hace a favor de cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla, ya que únicamente si ninguno la cumpliera, tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testador». Señala el párrafo 6.º del fundamento de derecho segundo de la sentencia adjunta (final folio 6 inicio 7): «...pues lo esencial es que no hubo cumplimiento de la condición, condición que, por lo demás, debió conocer, pues era casi de dominio público en la aldea, tal y como manifestaron los vecinos que depusieron en el acto del juicio, de cuyas palabras razón alguna existe para dudar, y, de forma meridianamente clara, en el ámbito familiar; basta a estos concretos efectos, recordar el testimonio Sra. O. G., nieta del testador, que afirmó que, una vez que M. abandonó el domicilio de los abuelos, se ofreció la posibilidad de ocupar su lugar en el cuidado de los mismos al resto de sus nietos, sin que ninguno de ellos hubiera aceptado, circunstancia que determinó que los hijos se hubieran organizado para atender a su padre y a su madre hasta el fallecimiento del primero, manteniendo la atención en el mismo significado, a favor de la segunda (doña M.) en la actualidad, una situación que, por muchas vueltas que se quieran dar, no tiene más que una lectura». Es evidente, pues, tal como indica el párrafo de la sentencia transcrito, también queda acreditada la ineficacia del llamamiento que se hace a favor cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla, ya que únicamente si ninguno la cumpliera, tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testador, por lo el defecto señalado queda desvirtuado».

IV

Notificado el escrito de recurso al notario autorizante, hasta la fecha no ha habido alegación o informe alguno.

Mediante escrito, de fecha de 20 agosto de 2015, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En su informe, respecto al defecto señalado en cuanto al tipo de documentación aportada, esto es, la fotocopia de la sentencia citada, se reitera en el mismo, señalando que no obstante, no se paraliza la tramitación del recurso pendiente de la aportación de la documentación.

En cuanto al defecto relativo al cumplimiento de la condición del cuidado de la testadora y de su esposo, dado que ha quedado resuelto por la sentencia de 24 de febrero de 2011 que la citada condición no se ha cumplido por parte del demandado, don M. R. G., y habida cuenta la identidad de las cláusulas de los testamentos, la registradora rectificó la calificación por lo que se refiere a ese defecto señalado y consideró acreditada la ineficacia del llamamiento a favor del citado don M. R. G.

Pero se mantiene y ratifica la segunda parte del defecto «por no estimar justificada la ineficacia del subsiguiente llamamiento a favor de «cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos»».

El 24 de septiembre de 2015, se incorporó al expediente, por parte de la registradora, el testimonio de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santiago de Compostela, aportado al Registro por la recurrente, que coincide plenamente con la copia que había sido presentada en su momento. Del citado testimonio completo de la sentencia confirmada, resulta lo siguiente: Primero.—Que la demanda fue entablada contra don M. R. G.; Segundo.—Que la sentencia declara que el demandado no cumplió la condición, y Tercero.—Que del fundamento de Derecho segundo de la sentencia resulta lo siguiente: «...pues lo esencial es que no hubo cumplimiento de la condición, condición que, por lo demás, debió conocer, pues era casi de dominio público en la aldea, tal y como manifestaron los vecinos que depusieron en el acto del juicio, de cuyas palabras razón alguna existe para dudar, y, de forma meridianamente clara, en el ámbito familiar; basta a estos concretos efectos, recordar el testimonio de la Sra. O. G., nieta del testador, que afirmó que, una vez que M. abandonó el domicilio de los abuelos, se ofreció la posibilidad de ocupar su lugar en el cuidado de los mismos al resto de sus nietos, sin que ninguno de ellos hubiera aceptado, circunstancia que determinó que los hijos se hubieran organizado para atender a su padre y a su madre hasta el fallecimiento del primero, manteniéndose la atención en el mismo significado, a favor de la segunda en la actualidad, una situación que, por muchas vueltas que se quieran dar, no tiene más que una lectura. Por lo tanto, la cuestión se limita a determinar si, ciertamente, en función de los antecedentes expuestos, puede tenerse por cumplida ficticia o legalmente la condición surtiendo todos sus efectos jurídicos. Y la respuesta, lógicamente, tiene que ser negativa (...) lo supiera o no el demandado, lo cierto es que el hecho al que el testador condicionó o del que hizo depender la eficacia de la institución como heredero de aquél, así como su nombramiento de legatario, no se cumplió, ni de modo propio o real o verdadero o impropio o ficticio o legal (...) dado el incumplimiento de la condición impuesta, aun cuando viva la abuela (...) pues la condición se refería al cuidado y a la atención de los dos...».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 759, 791, 797, 798, 799, 1114 y 1119; la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1990, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 2003, 13 de diciembre de 2007, 24 de octubre de 2008 y 14 de agosto de 2014.

1. Son hechos relevantes a los efectos de este expediente los siguientes:

a) La idéntica condición impuesta en el testamento de los dos causantes, que a efectos de la resolución se reproduce literalmente la de la última fallecida: «...con la condición de que éste cuide al testador y a su esposa, así en salud como en la enfermedad, hasta el fallecimiento del último. Esta obligación es transmisible, en su caso, a los descendientes del citado nieto, y en caso de incumplimiento pasará el cupo asignado a cualquier otro nieto, hijo de cualquiera de sus hijos, con preferencia del mayor sobre el menor y sin distinción de sexo, que la cumpla. Si ninguno la cumpliera, tal cupo se refundiría en la herencia y se distribuiría a partes iguales entre los hijos del testadora».

b) En el informe de la registradora se ha desistido de la primera parte del defecto, esto es, si se ha cumplido o no la condición por parte de don M. R. G.; se ha acreditado con documento auténtico el completo contenido la sentencia del Juzgado y su confirmación por la Audiencia, en la que se declara el incumplimiento de la condición. Por lo que el único punto que queda por debatir en este expediente, es el del cumplimiento o no de la citada condición por parte de otros nietos de la causante.

c) Del texto de los fundamentos de Derecho de la sentencia firme que resolvió la demanda para determinar la falta de cumplimiento de la condición por el nieto don M. R. G., resulta lo siguiente: «...lo esencial es que no hubo cumplimiento de la condición, condición que, por lo demás, debió conocer, pues era casi de dominio público en la aldea, tal y como

manifestaron los vecinos que depusieron en el acto del juicio, de cuyas palabras razón alguna existe para dudar, y, de forma meridianamente clara, en el ámbito familiar; basta a estos concretos efectos, recordar el testimonio de la Sra. O. G., nieta del testador, que afirmó que, una vez que M. abandonó el domicilio de los abuelos, se ofreció la posibilidad de ocupar su lugar en el cuidado de los mismos al resto de sus nietos, sin que ninguno de ellos hubiera aceptado, circunstancia que determinó que los hijos se hubieran organizado para atender a su padre y a su madre hasta el fallecimiento del primero, manteniéndose la atención en el mismo significado, a favor de la segunda en la actualidad, una situación que, por muchas vueltas que se quieran dar, no tiene más que una lectura. Por lo tanto, la cuestión se limita a determinar si ciertamente, en función de los antecedentes expuestos, puede tenerse por cumplida ficticia o legalmente la condición surtiendo todos sus efectos jurídicos. Y la respuesta, lógicamente, tiene que ser negativa (...) lo supiera o no el demandado, lo cierto es que el hecho al que el testador condicionó o del que hizo depender la eficacia de la institución como heredero de aquél, así como su nombramiento de legatario, no se cumplió, ni de modo propio o real o verdadero o impropio o ficticio o legal (...) dado el incumplimiento de la condición impuesta, aun cuando viva la abuela (...) pues la condición se refería al cuidado y a la atención de los dos...».

2. La cuestión a debatir es por lo tanto, si puede considerarse cumplida o no la condición respecto a los demás descendientes.

La voluntad de los dos causantes era que ellos fuesen atendidos tanto en la salud como en la enfermedad hasta el final de sus días, de forma simultánea y sucesiva –hasta el fallecimiento del último de ellos– pero además, debería cumplirse la condición copulativamente respecto de ambos, de manera que la falta de asistencia respecto de uno solo de ellos llevaría al incumplimiento de la condición. Ha sido acreditado que se incumplió respecto del primer fallecido, lo que determina el incumplimiento de la condición completa, como sostiene la recurrente y se reconoce en el informe de la registradora rectificando este punto de la calificación.

El cumplimiento debe serlo por el llamado o cualquiera de los demás nietos, de forma que el que cumpliera adquiriría el cupo de legado y herencia del llamado condicional, de manera que el llamamiento está sometido a una condición suspensiva de que se cumpla tal asistencia, condición cuyo cumplimiento se determinará al fallecimiento de los dos testadores, pero que puede quedar patente en cuanto al incumplimiento en el momento del fallecimiento del primero, por no haberse producido la asistencia respecto del mismo. Así ha ocurrido y ha sido determinado por una sentencia recaída en juicio ordinario.

3. Queda ahora, ante el defecto mantenido por la registradora, determinar si está acreditado el incumplimiento de la condición por parte de los restantes nietos de los causantes. Ciertamente la demanda fue entablada contra uno de los nietos, pero también es cierto que de los fundamentos de Derecho de la sentencia y a la vista de los mismos, se desprende de forma clara el incumplimiento de la condición por parte de todos los descendientes, de manera que el cupo se refunde en la herencia y se distribuirá por partes iguales entre los hijos de los testadores. No siendo titulares registrales (cfr. artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria) demandar a cada uno o todos los nietos de los causantes, que no han hecho reclamación alguna sobre los bienes de la herencia, cuando de la lectura de la sentencia firme reseñada, resulta, que se consideró su incumplimiento y fue aceptado como tal, deviene innecesario. Es evidente, como dice la juez, el incumplimiento de la condición. En consecuencia, debe refundirse ese cupo y repartirse entre los hijos de los causantes.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 30 de octubre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.