

### III. Otras disposiciones

## MINISTERIO DE JUSTICIA

*RESOLUCION de la Direccion General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por los hermanos Hernando Rosuero contra la calificación del Registrador de la Propiedad número 9 de Madrid*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por los hermanos Hernando Rosuero contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 9 de Madrid a inscribir una escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales, pendiente en este Centro en virtud de apelación de los recurrentes;

Resultando que el 20 de marzo de 1935, doña Francisca Urosa Pieg otorgó testamento abierto ante el Notario de Madrid don Emilio Marcos Salvador, en el que dispuso lo siguiente: «Instituye únicos y universales herederos de todos sus bienes, derechos y acciones a su madre, doña Matilde Pieg Cuenca, en la mitad de su herencia, y en la otra mitad a su marido, don Benjamín Rosuero Rodríguez. Si su citada madre fallece primero que la testadora, en este caso será único heredero su marido en pleno dominio, pudiendo, por tanto, disponer libremente de ellos por contratos intervivos. Al fallecimiento de su citado marido, los bienes que éste conserve de los que adquiriera de la testadora pasarán en pleno dominio a su hermano, don Simón Urosa Pieg, y, a falta de éste, a sus hijos legítimos, sin que ni uno ni otros tengan intervención alguna en las operaciones divisorias de la herencia, pues su derecho queda limitado a recibir los bienes que procedentes de la otorgante pueda dejar su marido»; que don Simón Urosa Pieg falleció soltero el 4 de noviembre de 1935; que doña Matilde Pieg Cuenca falleció el 13 de mayo de 1942; que doña Francisca Urosa Pieg falleció el 9 de noviembre de 1961; que el 22 de julio de 1963 se otorgó ante el Notario de Madrid don Blas Piñar López el correspondiente cuaderno particional, en virtud del cual se inscribieron en el Registro de la Propiedad número 9 de Madrid siete fincas procedentes de la causante, haciéndose constar los particulares del testamento de doña Francisca, y que el 9 de agosto de 1963 falleció don Benjamín Rosuero Rodríguez, bajo testamento abierto otorgado en Madrid el 26 de marzo del mismo año ante el Notario de la capital don Javier Gaspar Alfaro, en el que instituyó herederos universales de todos sus bienes a sus sobrinos, don Pacífico Aurelio, doña María Paz y don Diodoro Hernando Rosuero, los cuales otorgaron en Riiza el 2 de diciembre del mismo año, ante el Notario de Sepúlveda, don Alberto Llobell Muedra, escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales de la herencia de don Benjamín Rosuero Rodríguez, en la que se incluían las siete fincas anteriormente aludidas procedentes de doña Francisca Urosa Pieg, de las que el causante no había dispuesto por actos intervivos.

Resultando que presentada en el Registro de la Propiedad número nueve de Madrid primera copia de la anterior escritura, junto con los correspondientes documentos complementarios fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto consistente en que habiendo adquirido el ahora causante, don Benjamín Rosuero, los inmuebles objeto del mismo por herencia de su esposa, doña Francisca Urosa Pieg, en pleno dominio y con facultad de disponer pero únicamente por contratos intervivos, habiendo de pasar los bienes de que no dispusiera al hermano de la testadora, don Simón Urosa Pieg, y a falta de éste a sus hijos legítimos, y aunque se dice que este heredero de residuo premurió a la testadora, en estado de soltero, hechos que además no se justifican, no dándose el supuesto que originó el derecho de acrecer ni el que justifica su adquisición, no pudo don Benjamín Rosuero haber adquirido los bienes con libertad absoluta para poder transmitirlos, también «mortis causa», a sus herederos, a no ser que al abrirse la sucesión legítima de doña Francisca Urosa, por estar en una de las hipótesis del artículo 912 del Código Civil, fuese declarado heredero de tal señora el hoy causante. El defecto se considera insubsanable. Se suspende además la inscripción por no justificarse el pago del precedente arbitrio de plusvalía o la presentación de la declaración jurada al efecto; y en cuanto a la finca número ocho, por falta de inscripción previa al causante. Estos dos últimos defectos se consideran subsanables. No procede tomar anotación preventiva caso de pedirse.»

Resultando que los hermanos Hernando Rosuero interpusieron recurso contra la anterior calificación y alegaron: Que es-

timan la fórmula utilizada por doña Francisca Urosa Pieg para instituir a sus herederos como un fideicomiso de residuo amparado en el artículo 783 del Código Civil y reconocido por la doctrina y jurisprudencia; que basta leer las cláusulas testamentarias para poder afirmar que la voluntad de la causante fué nombrar heredero puro y simple de todos sus bienes a su marido, si bien con la limitación de que si a su fallecimiento quedasen bienes procedentes de la testadora y viviera su hermano don Simón o su descendencia legítima, no dispusiera de ellos a favor de otras personas, sino que pasaran tales bienes a su dicho hermano o descendencia legítima; que al morir antes que ella, en estado de soltero, el hermano de doña Francisca Urosa Pieg, desapareció tal limitación; que la causante quiso regular por sí misma la sucesión de todo su patrimonio evitando de este modo que por incuria o dejadez tuviera que acudir en algún momento, en el destino de sus bienes, a las frías normas del Código Civil sobre sucesión intestada; que en ratificación de las anteriores afirmaciones conviene resaltar como la testadora se preocupa previsora de otorgar su testamento en el año 1935, que no considera necesario variar cuando van desapareciendo determinados familiares, por estimar clara y completa su última voluntad; que después de estas consideraciones de hecho y pasando a razonamientos jurídicos, no se puede atribuir a don Simón Urosa la cualidad de heredero de la testadora, puesto que no se le asignaba el caudal de la causante a título universal, sino el simple remanente de unos bienes, ni la testadora lo llamó como heredero, sino que la voluntad de la causante fué todo lo contrario, como lo demuestra el hecho de prohibirle intervenir en las operaciones particionales; que por tanto, su cualidad era la de un legatario condicional de residuo, o destinatario de una sucesión modal, o el favorecido por una limitación de disponer «mortis causa», o incluso el beneficiario de una especie de «mortis causa-capio» al estilo del derecho romano; que la premoriencia del fideicomisario al testador no origina ninguna porción vacante ni, en consecuencia, obliga a acudir a las normas de la sucesión intestada, no sólo porque desaparecido aquél se expande el derecho del fiduciario, sino porque es absurdo intentar completar la figura del fideicomiso con las normas del Código Civil sobre sucesión intestada; que si el fideicomisario premuere al testador, renuncia o es incapaz, no por eso hay que acudir a la sucesión intestada, sino que el primer llamado extiende su derecho y si excepcionalmente hubiera de acudir a la sucesión intestada por falta absoluta de fiduciarios y de fideicomisarios, quien recibiera la herencia la recibiría no como heredero fiduciario o fideicomisario, sino como heredero legítimo; que cuando los artículos 783 y 785 del Código Civil exigen bajo pena de nulidad que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria sean expresos, lo que realmente persiguen es defender los derechos del instituido de toda limitación no clara y explícita; que si como se ha dicho alguna vez el derecho de representación es incompatible con la sucesión testada, podría afirmarse a la inversa que la sustitución fideicomisaria no admite mezcla con la sucesión intestada; que si el testador nombra sustituto a una persona, sólo ésta tiene derecho a sus bienes, pero si no existe tal nombramiento el derecho del fiduciario se expande y adquiere plenamente lo recibido con posibilidad de transmitirlo a sus propios herederos; que en cuanto al derecho de acrecer, aunque no se da «estricto sensu» en el presente caso por no haber identidad de condición jurídica ni conjunción de llamamientos entre fiduciario y fideicomisario, es indudable que se produce un acrecimiento impropio o expansión del derecho del fiduciario; que si el problema se contempla desde el punto de vista de las restricciones impuestas a la facultad dispositiva del fiduciario, se llega a la misma conclusión, puesto que toda limitación tiene una razón de ser que, en este caso, era que el remanente de los bienes fuese al fideicomisario con preferencia a otra persona, por lo que al fallecer antes que el fiduciario, desaparece esta restricción; que participan del criterio expuesto las Resoluciones de 27 de enero de 1934 y 13 de febrero de 1907, así como las opiniones doctrinales más autorizadas; que aunque el razonamiento expuesto se ha hecho en términos abstractos y con referencia a la sustitución fideicomisaria «post-mortem», hay que tener en cuenta que en el presente caso estamos ante un fideicomiso de residuo con facultad de disponer intervivos incluso a título gratuito, figura ésta en que la posición jurídica del fiduciario se refuerza de tal modo que casi escapa del ámbito de la sustitución modal; y que, como a raíz del fallecimiento de doña Francisca Urosa Pieg se operó el tránsito de todo su patrimonio al de su marido, si no se estimasen las anteriores alegaciones, lo que procedería es abrir la sucesión abintestado de éste, lo que es absurdo, pues murió bajo testamento en que instituyó herederos a los hoy recurrentes;

Resultando que el Registrador informó: Que el testamento de doña Francisca Urosa Pieg resulta de una claridad meridiana, pues dice que si falleciera su madre antes que ella será único heredero su marido, en pleno dominio, pudiendo por tanto disponer libremente de los bienes dejados por contrato inter vivos, y que los bienes que conserve procedentes de la testadora pasarán al fallecimiento de su esposo al hermano de aquella, don Simón Urosa Pieg, o a falta de éste, a sus hijos legítimos; que habiendo fallecido antes que ella la madre de la testadora y también su hermano, cuya certificación de defunción sólo hace prueba sobre este hecho, pero no sobre su soltería e inexistencia de hijos legítimos, quieren los recurrentes oscurecer lo que gramatical y literalmente está claro; que la Ley y la Jurisprudencia sostienen que cuando las disposiciones testamentarias estén claras se esté a la letra de las mismas (artículo 675 del Código Civil y sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1912, 30 de abril de 1913, 16 de enero de 1915 y 5 de enero de 1925); que la Dirección de los Registros tiene declarado que cuando haya oscuridad tampoco se debe inscribir hasta que no resuelven los Tribunales (Resolución de 13 de octubre de 1909); que conforme a la letra del testamento, el viudo heredero no pudo transmitir «mortis causa» los bienes procedentes de su esposa, por existir una institución de residuo cuya finalidad es impedir, que los bienes vayan a rama distinta de su origen (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1943, 13 de septiembre de 1946 y 21 de septiembre de 1956); que algunos de los razonamientos de los recurrentes pueden llevar a conclusiones contrarias de las que ellos mantienen, pues si tan previsoramente fué el causante y no atribuyó a su marido después del fallecimiento de su hermano la facultad de disponer mortis causa de los bienes que le dejara, es que prefería para el posible residuo a sus propios parientes a los de su marido; que el hermano de la titular originaria de los bienes cuestionados no puede considerarse legatario de residuo, pues si hubiera llegado a heredar habría quedado como único tenedor de los bienes de la testadora, lo que le convertiría en una especie de heredero menos pleno, aun en el supuesto de que se le hubiera nombrado legatario; que en algunas legislaciones como la mejicana, los legatarios sin herederos son considerados herederos efectivos representantes del causante (artículo 3.369 de su Código); que aun considerando como legatario al hermano de la testadora, al fallecer éste, no se refunden los bienes en la masa hereditaria, pues no habían salido de ella, pero entonces varían los posibles destinatarios que se beneficiarán con el residuo de los bienes no enajenados en vida por el heredero; que la doctrina que de un modo indirecto y tangencial pudiera deducirse de la Resolución de 27 de enero de 1934 no tiene aplicación al caso por referirse a supuestos distintos; que el sucedáneo del derecho de acrecer que se inventan los recurrentes por fenómenos de «comprensión» y «expansión» es más propio de la física de los gases que del orden jurídico, que tiene ya cerrada la lista de sus instituciones; que lo realmente cierto es que la testadora no previó todos los supuestos posibles y quedó corta en la institución de heredero, por lo que no hay más remedio que abrir la sucesión intestada, en la que es posible fuera beneficiario el mismo marido; y que lo que resulta absurdo es la insinuación de los recurrentes de que de tenerse que abrir alguna sucesión legítima sería la del recurrente;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe;

Vistos los artículos 675, 781, 783, 784, 786, 791 y 805 del Código Civil, las Resoluciones de 13 de diciembre de 1934, 16 de noviembre de 1944 y 8 de febrero de 1957 y las sentencias de 13 de noviembre de 1948, 10 de julio de 1954, 30 de marzo y 21 de noviembre de 1955, 7 de enero de 1959, 25 de noviembre de 1960 y 22 de diciembre de 1961,

Considerando que la lectura de la cláusula testamentaria transcrita en el resultando primero revela claramente la voluntad de la testadora de establecer una sustitución fideicomisaria con cláusula de residuo o fideicomiso de residuo, ya que instituye heredero en pleno dominio de toda la herencia a su marido, para el caso de que la madre de aquella le premuera, como así ha sucedido, y faculta al heredero para disponer libremente de todos los bienes por contratos inter vivos, con la particularidad de que a su fallecimiento los bienes que éste conserve, de los que adquiera de la testadora, pasarán en pleno dominio a un hermano de ésta y, en su defecto, a sus hijos legítimos, y se recalca, incluso, que ni el segundo llamado ni sus hijos tendrán intervención alguna en las operaciones divisorias de la herencia al quedar limitado su derecho a «recibir los bienes que procedentes de la otorgante pueda dejar su marido»;

Considerando que si bien la doctrina se muestra vacilante en cuanto a la naturaleza del fideicomiso de residuo e incluso la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo suele negar su total encuadre dentro de los límites de la genuina sustitución fideicomisaria (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955 y 25 de noviembre de 1960, entre otras) por considerar que el derecho del fideicomisario es eventual, al depender de que resten bienes al fallecimiento del fiduciario y que no recae sobre éste la típica obligación de conservar los bienes, ya que está tan sólo obligado a restituir los que queden al tiempo de su muerte, es evidente que esta diferencia afecta a los derechos de los fideicomisarios que aparecen notablemente merdados, en tanto que el fiduciario tiene la misma posición jurídica e idénticos

derechos que los que tendría de haber sido llamado sin cláusula de residuo, pero ampliados con las facultades de disponer inter vivos y a veces, por especial concesión del testador, incluso mortis causa;

Considerando que puede ser doctrinalmente opinable la calificación del fideicomisario como heredero o legatario puro o condicional—lo que suele sostener nuestro más Alto Tribunal (sentencias de 13 de noviembre de 1948 y 22 de diciembre de 1961, entre otras)—, o bien solamente condicional en el supuesto de que así lo estableciera el testador, condicionando su adquisición a cualquier evento, como el de que sobreviva el fiduciario—lo que excluiría la aplicación del artículo 784 del Código Civil—o el de que queden bienes de los que éste no haya dispuesto en el momento de su fallecimiento o a ambos conjuntamente;

Considerando que la doctrina e incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 7 de enero de 1959) suele distinguir dos modalidades de fideicomiso de residuo: la primera, en el supuesto de que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución, sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia («si aliquid supererit»), y la segunda, en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél («de eo quod supererit»), con lo que resulta evidente que el que es objeto de este recurso debe encuadrarse dentro de la primera modalidad, ya que los actos que el fiduciario pueda realizar no tienen límite cuantitativo y sólo pasarán bienes al fideicomisario «si algo quedare»;

Considerando que en la sustitución fideicomisaria normal tienden los preceptos del Código Civil a restringir las limitaciones que al fiduciario se le pueden imponer, bien al evitar que los llamamientos fideicomisarios pasen de un determinado grado—artículo 781 del Código Civil—, bien al prohibir que graven la legítima o incluso la mejora si no es en favor de descendientes—artículo 782—, bien al exigir que los llamamientos de los fideicomisarios sean expresos—artículo 783—o, por último, incluso al liberar de restitución al fiduciario, si la sustitución fuese nula, en cuyo caso, según el artículo 786, la cláusula fideicomisaria «se tendrá por no escrita»;

Considerando que en el presente caso se observa que el segundo llamamiento no puede tener lugar por haber fallecido antes que la testadora todos los posibles fideicomisarios, en cuyo supuesto se plantea el problema de encontrar el destino de los bienes que proceden de su herencia, lo que hace necesario optar, o por entender llamados tácitamente como fideicomisarios a otras personas, tales como los herederos «abintestato» del fideicomisario—lo que prohíbe el artículo 783—, o por entender que la testadora no dispuso suficientemente de todos sus bienes y abrir la sucesión intestada de aquella, o finalmente considerar que al no poder tener lugar el segundo llamamiento queda liberado el primer llamado de la cláusula fideicomisaria y, en consecuencia, en libertad de poder disponer de los bienes, incluso «mortis causa»;

Considerando que en la sustitución fideicomisaria normal o sin cláusula de residuo la nulidad de la sustitución—artículo 786 del Código Civil—libera integralmente al fiduciario de las obligaciones de restitución, supuesto al que hay que asimilar el de pre-moriencia de los fideicomisarios, ya que para poder heredar han de tener capacidad «al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate» —artículo 758 del Código Civil—y adquieren derecho a la sucesión «desde la muerte del testador» —artículo 784 del Código Civil—, habiendo, incluso, sostenido el Tribunal Supremo de los fideicomisarios de residuo no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que desaparecido el fiduciario por muerte pueda saberse si hay o no residuo (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 10 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1960, 22 de diciembre de 1961);

Considerando que si en la sustitución fideicomisaria normal, al no ser posible la entrada del fideicomisario nombrado por el testador, queda liberado el fiduciario de la restitución y adquiere el carácter de heredero pleno por purificarse el fideicomiso, con mucha más razón sucederá lo mismo en la sustitución fideicomisaria con cláusula de residuo, en la que la posición del fiduciario resulta considerablemente reforzada y en donde a mayor abundamiento, en este caso concreto, la voluntad de la testadora, ley de la sucesión en todo aquello que no se oponga a normas de derecho imperativo, aparece claramente manifestada al gravar de restitución a su marido solamente en favor de personas determinadas—su hermano o los hijos legítimos de éste—y no en favor de cualesquiera otras: como podrían ser los herederos intestados de aquella,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

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

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 5 de octubre de 1966.—El Director general, Francisco Escrivá de Romani.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid