

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8504 *Resolución de 9 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Guadix a inscribir una escritura de donación.*

En el recurso interpuesto por doña M. M. M. contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Guadix, doña Pilar Martín Moya, a inscribir una escritura de donación.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 23 de agosto de 2013 ante el notario de Guadix, don Julián Santiago de Sebastián López, con el número 947 de protocolo, don E. M. M. donó a su hermana, doña M. M. M., la nuda propiedad de las fincas registrales número 6.515 y 6.889 de Registro de la Propiedad de Guadix.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Guadix, fue objeto de una primera calificación el día 2 de enero de 2014, que no fue impugnada. Posteriormente, el día 5 de febrero de 2015 se presentó de nuevo, y el día 18 de febrero de 2015 fue objeto de la siguiente calificación: «(...) Se acompaña copia auténtica del testamento otorgado en Granada, el día 27 de Junio de 2006, ante su Notario don Santiago Marín López, protocolo nº 1.938 de doña J. G. P. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos: I.—El documento objeto de la presente calificación, es el identificado anteriormente. II.—En dicho documento se contienen las cláusulas que a continuación se reseñan y que han sido objeto de calificación desfavorable: En el documento presentado don E. M. M. dona a su hermana doña M. M. M. las fincas registrales n.º 6.515 y 6.889 del término de La Peza, solicitándose la inscripción de dicha transmisión. Analizado el contenido del Registro resulta que tanto la finca registral n.º 6.515 como la 6.889 aparecen inscritas a favor del donante, por herencia de su esposa doña J. G. P., gravada dicha titularidad con una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a dos terceras partes la primera finca citada y una mitad indivisa la segunda finca, la cual ha sido establecida por la causante en su testamento en los siguientes términos: «...instituye heredero en pleno dominio y con facultad de disponer a su esposo, sustituido vulgar y fideicomisariamente de residuo por la prima hermana de su esposa, doña F. M. L., sustituida por sus descendientes caso de premoriencia o incapacidad». Por tanto nos encontramos ante la figura de la sustitución fideicomisaria llamada de residuo, que sin duda es una sustitución fideicomisaria pues tiene en común la nota esencial de toda sustitución fideicomisaria, el llamamiento plural y cronológicamente sucesivo al fiduciario y al fideicomisario, si bien la otra nota peculiar de la referida sustitución fideicomisaria, la obligación de conservar los bienes para fideicomisario, aparece dispensada; dispensa que puede ser total o parcial (Art. 783 C.C.) dependiendo de la voluntad manifestada por el testador (art. 546 C.C.), encontrándose en este supuesto que la testadora instituye heredero en pleno dominio y con facultad de disponer, al fiduciario, es decir, existe un fideicomiso de residuo conocido como «si aliquid supererit» —si queda algo—; no obstante cabe preguntar si la facultad de disponer concedida al fiduciario se puede entender en el más amplio sentido o si por el contrario dicha facultad ha de entenderse en sentido estricto; para ello no cabe olvidar que por un lado esta institución tiene su fundamento indudable en

la confianza y buena fe que merece al testador al heredero fiduciario en orden al cumplimiento de su voluntad, expresada en el testamento y que además como ya se ha señalado queda clara la voluntad del testador que los bienes que queden pasen al fideicomisario, por ello no cabe duda que la interpretación que se ha de dar es estricta, por lo cual el fiduciario no podrá disponer mortis causa de los bienes, pero tampoco cabe entender que lo pueda hacer ínter vivos a título gratuito, pues como tal acto de mera liberalidad a efectos prácticos sería equivalente a las disposiciones mortis causa, que implicaría burlar la voluntad de la testadora, de que referidas fincas pasen al fideicomisario, sin que ello conlleve beneficio al fiduciario. Por todo ello y teniendo en cuenta lo expuesto no procede el despacho del documentos en cuanto a las participaciones de que es titular el donante gravada con la reserva fideicomisaria de residuo, ya que la disposición efectuada por el fiduciario respecto de ellas, se ha realizado a título gratuito, extremo para el cual y según lo indicado anteriormente no se encuentra facultado el fiduciario, dado que además de la lectura del testamento no se extraen datos que permitan entender amparada dicha posibilidad y si quedaría burlada la voluntad del testador pues pasarían los bienes a persona distinta de la designada por ella. No obstante podrá practicarse la inscripción parcial respecto de las participaciones no gravadas con la reserva fideicomisaria de residuo siendo para ello necesario, conforme a lo previsto en el Art. 19 bis L.H. el consentimiento expreso del presentante o interesado. A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes. Fundamentos de Derecho: I.–Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el /la Registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los Art. 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento para su ejecución. II.–En relación a las concretas cláusulas o partes de las mismas reseñadas en el Hecho II) anterior, debe tenerse en consideración: Ar. 7, 81,783, 675 del Código Civil, STS de 7 de noviembre de 2008, 13 de mayo de 2010, 22 de julio de 1994, 8 de mayo de 1986, 12 de febrero de 2002, 13 de mayo de 2010.–III.–De conformidad con la regla contenida en el art. 322 de la Ley Hipotecaria, el/la Registrador debe proceder a la notificación de la calificación negativa parcial del documento presentado. En dicho caso, aun cuando se practique parcialmente la inscripción solicitada por haberlo consentido así el presentante o interesado, queda automáticamente prorrogado el asiento (...) En su virtud, Acuerdo: Suspender la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las cláusulas o partes concretas de las mismas expresamente consignadas en el Hecho II) de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II) de la misma nota, sin que proceda la extensión de anotación preventiva de suspensión, al no haberse solicitado. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los Art. 322 y 323 de la L.H. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el art. 42.9 de la L.H. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Contra la presente nota de calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Pilar Martín Moya, registrador/a de Registro Propiedad de Guadix, a día dieciocho de febrero del año dos mil quince».

III

Solicitada calificación sustitutoria, la misma fue emitida por el registrador de la Propiedad de Motril número 2, don César Alfonso Frías Román, el día 4 de marzo de 2015, quien confirmó la calificación del registrador sustituido con base en los mismos artículos y Sentencias del Tribunal Supremo expresados en la nota de calificación del registrador sustituido.

IV

El día 19 de marzo de 2015, la donataria, doña M. M. M., interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido, en el que alega, como motivo único, lo siguiente: «(...) La registradora ha hecho una interpretación en el sentido estricto de la facultad de disponer concedida al fiduciario, al entender que el fiduciario no puede disponer de los bienes ínter vivos a título gratuito. La voluntad del testador es que los bienes que queden pasen al fideicomisario, por lo cual, el fiduciario no podrá disponer mortis causa de los bienes. La causante en su testamento «instituye heredero en pleno dominio y facultad total de disponer a su esposo. La testadora, nada dice, de cómo el fiduciario debe disponer de los bienes ínter vivos, entendiéndose, que esa facultad de disponer debe hacerse en el más amplio sentido, es decir, que pueda hacerse a título oneroso como a título gratuito».

V

Mediante escrito, de fecha 23 de marzo de 2015, el registrador de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 781, 783 y 784 del Código Civil; 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de junio de 1998, 7 de noviembre de 2008, 14 de octubre de 2009, 13 de mayo de 2010, 20 de julio y 30 de octubre de 2012 y 25 de noviembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1925, 17 de octubre de 1928, 8 de febrero de 1957, 5 de octubre de 1966, 27 de marzo de 1981, 17 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2004 y 27 de mayo de 2009.

1. El título objeto de la calificación impugnada es una escritura de donación de dos fincas adquiridas –respecto de determinadas participaciones de las mismas– por el donante como heredero de su esposa instituido «en pleno dominio y con facultad de disponer (...) sustituido vulgar y fideicomisariamente de residuo» por la prima hermana de la testadora, sustituida a su vez «por sus descendientes caso de premoriencia o incapacidad».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la facultad dispositiva atribuida por la testadora al heredero fiduciario debe entenderse en sentido estricto, únicamente referida a la realización de actos de disposición ínter vivos a título oneroso.

La recurrente sostiene que el fiduciario ostenta dicha facultad dispositiva en el más amplio sentido, tanto a título oneroso como a título gratuito.

2. No debe sorprender que, habida cuenta de las dificultades que toda definición jurídica comporta (baste recordar que, como afirmara Javoleno en sus «Epistulae» –D.50.17.202–, *omnis definitio in iure civile periculosa est; parum es enim, ut non subverti possit*), el Código Civil ofrezca, más que una definición, una aproximación al concepto de sustituciones fideicomisarias, al referirse a ellas en el artículo 781 descriptivamente respecto de uno de los elementos que es considerado como natural y no esencial de dicha institución jurídica (la obligación de que el heredero «conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia»).

En efecto, frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitados, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida, siendo especialmente ilustrativas de las siguientes afirmaciones contenidas en la Resolución de este Centro Directivo de 17 de septiembre de 2003: «(...) hay un primer llamamiento pleno, total, e ilimitado en vida del beneficiario; el primer llamado es un heredero completo en el tiempo y en las facultades que adquiere, con una sola restricción que operará después de su muerte; la herencia fideicomitada (o el

patrimonio fideicomitado ya liquidado, si se aceptó a beneficio de inventario) se integra plenamente en el patrimonio del primer llamado y pasa a responder de las deudas de este como los demás bienes que integran hasta ese momento dicho patrimonio, sin ninguna relación de preferencia entre unos y otros, y esta responsabilidad persiste al fallecimiento de ese primer llamado; el llamamiento al residuo en modo alguno limita en vida las facultades del primer llamado, que es dueño pleno y con plenas facultades de disposición inter vivos. Ese llamamiento al residuo lo único que implica es que una vez fallecido el primer llamado y liquidadas sus deudas, los bienes que procedan del fideicomitente, quedan sustraídos a la ley que regulará la sucesión del primer llamado, y seguirán el orden sucesorio predeterminado por el fideicomitente».

El fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria con unos rasgos distintivos propios, pues aunque en él se mantiene lo que se suele considerar como esencial a su naturaleza jurídica de toda sustitución fideicomisaria, cual es el llamamiento múltiple, en ella el deber de conservar los bienes fideicomitados (no esencial sino natural, como ha quedado expuesto), puede adquirir diversas modalizaciones a la vista de las facultades dispositivas, más o menos amplias, que haya conferido el testador. Y tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor o menor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario da lugar a la aparición del fideicomiso «si aliquid supererit» («si queda algo») y del fideicomiso o «de eo quod supererit» («de lo que deba quedar»).

En el fideicomiso «si aliquid supererit» se exime totalmente al fiduciario del deber de conservación, de tal forma que se concede al mismo la facultad de disposición de los bienes de la herencia, de suerte que el fideicomisario sólo podrá enajenar o gravar aquellos bienes hereditarios de los que el fiduciario, pudiendo disponer, no haya dispuesto. Mediante el fideicomiso «de eo quod supererit» se exime del deber de conservación de los bienes hereditarios al fiduciario únicamente respecto de parte de la herencia, de modo que el fideicomisario tendrá derecho a todo lo que quede de la parte disponible de la herencia, si quedase alguna parte, y a la íntegra parte de la herencia que por expresa voluntad del testador debía conservarse para entregárselo a aquel.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, atendiendo al desenvolvimiento jurisprudencial de la figura (Sentencias de 13 de diciembre de 1974, 25 de abril de 1983, 22 de julio de 1994 y 29 de diciembre de 1997), describe su caracterización según los siguientes criterios: «A) En primer lugar debe señalarse que el fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador; resultando más o menos incierto el caudal o cuantía a heredar, según la modalidad del fideicomiso dispuesto. El fideicomisario, según el «ordo sucessivus», o llamamientos a sucesivos herederos como nota común y esencial en toda sustitución, trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviere ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (artículo 784 del Código Civil). B) En segundo lugar también debe señalarse que, aunque pueda aceptarse que la obligación de conservar los bienes hereditarios resulte una nota natural y no esencial al instituto, lo es sin detrimento de su valor conceptual y analítico, esto es, respecto de lo incierto del residuo en sí mismo considerado. Quiere decirse con ello, entre otras cosas, que aunque el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien mortis causa, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario; todo ello de acuerdo a los parámetros de las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos, o de la sanción derivada del abuso del derecho o de su ejercicio fraudulento. De esta forma se comprende mejor el juego conceptual de los artículos 781 y 783 del Código Civil. Así, por ejemplo, dentro de la previsión testamentaria, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo. En parecidos términos de lógica jurídica los límites, ya testamentarios o generales, al ejercicio de estas facultades de

disposición también determinarán la carga de la prueba, según la mayor o menor amplitud de las facultades concedidas. Así, por ejemplo, y dentro siempre de la previsión testamentaria, en los supuestos en que el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, la posible impugnación de la transmisión efectuada correrá a cargo del fideicomisario que deberá probar que, fuera del objeto del fideicomiso, el fiduciario vació el contenido del mismo actuando de mala fe o de forma fraudulenta o abusiva...».

Según la sentencia del mismo Tribunal de 7 de noviembre de 2008, «lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición mortis causa (sentencias de 13 noviembre 1948, 21 noviembre 1956 y 2 diciembre 1966, entre otras) y contemplada con recelo la facultad de disponer ínter vivos de forma gratuita (sentencia de 22 julio 1994), que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda...».

Es de especial interés la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de mayo de 2010, pues abordó directamente el alcance de las facultades del fiduciario de residuo. Empieza afirmando que «si bien no es del todo cierto que la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1994 se pronuncie sobre la exclusión de los actos de disposición a título gratuito en caso de no facultarse expresamente al fiduciario, ya que de lo que trata es, en rigor, de la subrogación cuando lo que autoriza la cláusula testamentaria es simplemente a “disponer en vida”, no lo es menos que la misma sentencia sí declara que las facultades del fiduciario “han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores”». Y añade, a continuación, que «sí es contundente, en cambio, la sentencia de 12 de febrero de 2002 cuando, en relación con una cláusula sobre los bienes “de que no hubiera dispuesto” la fiduciaria, declara que “en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente”. Y esta misma doctrina se sigue por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 al señalar que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición mortis causa, regla interpretativa que, por otra parte, es la plasmada en el apartado 2 del artículo 426.53 del Código Civil de Cataluña cuando dispone que “la facultad de disponer a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso».

3. En el presente caso, al determinar el alcance de la facultad dispositiva concedida al fiduciario, enseguida se alcanza a comprender que se refiere sólo a actos ínter vivos, dado el llamamiento sucesivo, si bien el nudo gordiano de la cuestión no es otro que determinar si esa facultad dispositiva permite únicamente realizar actos a título oneroso o también ampara las disposiciones a título gratuito.

Se debe, pues, interpretar la voluntad del testador plasmada en el tenor literal del testamento indicado, interpretación que si siempre es necesaria en cualquier disposición testamentaria adquiere un valor esencial cuando se trata de una sustitución fideicomisaria, y muy especialmente si esta lo es de residuo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil, el criterio básico para la interpretación de las disposiciones testamentarias es la intención del testador según el tenor del mismo testamento, si bien cuando la mera lectura del testamento no pone de relieve con toda la claridad deseable (y exigible en buena técnica notarial, si se trata de un testamento otorgado ante notario) cuál es la voluntad del testador, deben emplearse entonces algunas reglas de interpretación que, aun en sede contractual, son aplicables para los testamentos, como sucede paradigmáticamente con el llamado criterio de interpretación sistemática que consagra el artículo 1285 del Código Civil (Cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998 y 14 de octubre de 2009). Y es que, como afirmó la Sentencia del Alto Tribunal de 9 junio 1987 –y recuerda la sentencia

de 25 de noviembre de 2014— con referencia a la interpretación del testamento en general: «...dados los términos del artículo 675 del Código Civil puede deducirse, que el mismo se basa en un criterio subjetivo, que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de hermenéutica, e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento (sentencias de 8 de julio de 1940, 26 de marzo de 1983, 29 de febrero de 1984, 9 de marzo de 1984, etcétera)...».

En esa tarea de averiguación de la voluntad o intención del testador son útiles determinados elementos interpretativos, que cuando se trata de fideicomisos de residuo pueden ser de especial interés, como por ejemplo y cuando la cláusula se refiera a actos de disposición sin más, el que se haya consignado en el testamento una clara regla de exclusión del juego de la subrogación real respecto de los posibles actos dispositivos, ya que, de haber sido así, parecería de todo punto evidente que el fiduciario estaría autorizado para disponer también a título gratuito, pues al no fijarse barreras a la posible actuación del fiduciario el fideicomitente está rebajando de manera más que notable las expectativas del fideicomisario de recibir bienes del fideicomitente; en línea, por lo demás, con las modalidades de fideicomiso de residuo que antes se han expuesto.

Aplicadas tales consideraciones a la cláusula testamentaria debatida, pudiera pensarse que el testador ha conferido al fiduciario plenas facultades dispositivas *inter vivos*, sin restricciones, y que de ese modo la posible entrega —o tránsito— de los bienes fideicomitados al fideicomisario queda en manos del fiduciario, aunque hay que poner de relieve de nuevo que esa apreciación aparece vedada por la más reciente jurisprudencia anteriormente reseñada, según la cual las cláusulas testamentarias que simplemente autoricen al fiduciario a disponer de los bienes heredados del testador por actos *inter vivos*, sin más especificaciones, deben interpretarse como comprensivas únicamente de los actos de disposición a título oneroso, ya que para entender autorizados también los actos de disposición a título gratuito es necesario que el testamento lo declare expresamente; criterio, por lo demás, que también preside una de las más recientes codificaciones civiles realizadas en el Derecho español, como resulta del apartado 2 del artículo 426-53 del Código Civil de Cataluña anteriormente transcrito.

En definitiva, partiendo del indudable presupuesto fáctico de que la cláusula testamentaria invocada por la registradora en su calificación sólo autoriza la disposición mediante actos *inter vivos*, la regla de interpretación estricta que impone la más reciente jurisprudencia (que la limita a los actos onerosos y no a los gratuitos), no aparece desvirtuada por lo plasmado en un testamento que, sin duda, pudo y debió ser mucho más preciso a la hora de delimitar tanto el ámbito de poder de disposición del fiduciario como las expectativas del fideicomisario. Es más, el hecho de que el testador haya ordenado en primer término una sustitución vulgar en favor de quien sería fideicomisario de residuo, patentiza una voluntad clara de que el tránsito de los bienes no queda al completo arbitrio del fiduciario; algo que no sucedería si se le entendiera habilitado para disponer a título gratuito, por lo que procede confirmar una calificación recurrida que, ciertamente, se ajusta a la reciente jurisprudencia reseñada sobre la cuestión debatida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 9 de junio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.