

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9066 *Resolución de 22 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Paterna n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sobre fincas de las que el hipotecante es titular registral afectado por un fideicomiso de residuo.*

En el recurso interpuesto por don Jorge Antonio Milz Ramón, notario de Valencia, contra la nota de calificación de la registradora de Propiedad de Paterna número 1, doña Marta Gozalbes Fernández de Palencia, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sobre fincas de las que el hipotecante es titular registral afectado por un fideicomiso de residuo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Valencia, don Jorge Antonio Milz Ramón, en fecha 22 de julio de 2014, protocolo 1.212, se formalizó un préstamo hipotecario a favor de la entidad «Caixabank, S.A.» sobre la finca registral número 4.681 de Benimámet, por la titular registral de dicha finca bajo un fideicomiso de residuo.

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Paterna número 1, bajo el asiento 1.295 del Diario 83, el día 10 de febrero de 2015, entrada 297/2015, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos: Se presenta escritura autorizada por el notario de Valencia don Jorge A. Milz Ramón en fecha 22 de julio de 2014, protocolo 1.212, en la cual don D. A. L. constituye hipoteca a favor de la entidad Caixabank, S.A. sobre la finca registral número 4.681 de Benimámet. Dicha finca fue adjudicada a don D. A. L. por herencia de su padre, con sujeción a una sustitución fideicomisaria en los términos siguientes: «a) Hecho determinante del llamamiento: el fallecimiento del fiduciario sin descendientes. b) Fideicomisarios: sería llamada como fideicomisaria la otra hija del testador L. A. G. o en el caso de que existieran más hijos, serían llamados como fideicomisarios todos ellos por partes iguales, y, en su defecto, sus hijos o descendientes, los primeros por cabezas los segundos por estirpes, dándose en este supuesto el derecho de acrecer. Y, en defecto de cualquier descendencia y sin perjuicio de la legítima correspondiente a su madre doña V. E. D. A. T., sería llamada su esposa doña M. J. G. P. El derecho de sustitución vulgar entre los así llamados prevalecerá en todo caso sobre el de transmisión. c) Enajenación de bienes: No obstante la existencia del fideicomiso, los fiduciarios podrán enajenar los bienes gravados en concepto de libres, y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación.» En el apartado de cargas de la citada escritura de constitución de hipoteca se hace constar lo siguiente: «siendo de destacar que conforme a la letra c) de la cláusula fideicomisarios el fiduciario ‘podrá enajenar los bienes gravados en concepto de libres y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación,’ Constituyendo en consecuencia el fiduciario hipoteca sobre el inmueble con los efectos que resultan de dicha garantía inmobiliaria.» Fundamentos de Derecho: Calificado el precedente documento conforme al art. 18 de la L.H. y concordantes del R.H., la Registradora que suscribe ha decidido suspender la inscripción en cuanto al primer defecto y denegarla en cuanto al segundo por observar lo siguiente: I.–Como hemos visto en los antecedentes de hecho, la finca se encuentra gravada con una sustitución fideicomisaria

condicional -si sine liberis decesserit-. Esta sustitución es condicional porque depende de que el fiduciario fallezca sin descendencia, suceso futuro e incierto que solo podrá saberse con certeza al fallecimiento del fiduciario. Por otra parte, la cláusula de sustitución fideicomisaria faculta expresamente al fiduciario para enajenar en concepto de libre del gravamen fiduciario, pero no para hipotecar como libre, sin perjuicio de la posibilidad de constituir hipoteca sobre su derecho como fiduciario con sujeción a lo establecido por el testador en la «cláusula de sustitución fideicomisaria condicional». A la vista de lo expuesto, no está clara la extensión del derecho hipotecado ya que de los términos en los que se encuentra redactada la escritura, don D. A. L. está constituyendo hipoteca sobre la finca 4.681 de Benimámet en concepto de libre del gravamen fideicomisario, cuando, sin embargo, la hipoteca queda supeditada a la plena eficacia de la sustitución fideicomisaria, de tal modo que la hipoteca quedaría extinguida en el caso de hacerse efectiva la sustitución fideicomisaria. Artículos 51.6, 9.2 y 107.10 de la Ley Hipotecaria y artículos 759, 783 y 784 del Código Civil, artículo 1.281 del Código Civil; Resoluciones de la DGRN de fecha 9 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2008, 12 de septiembre de 2012, y de 9 de junio de 2012, y la Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 1994, 13 de mayo de 2010 y 22 de junio de 2010. II.—Se deniega la inscripción de las siguientes cláusulas por los siguientes motivos: 1. Causas de vencimiento anticipado: «Si, por cualquier causa, disminuyera en la cuarta parte o más el valor de la garantía que en esta escritura se constituye...». Por sen contrario al artículo 1.256 del Código Civil, 85.3 LGDCU de 16 de noviembre de 2007 y por la supresión del artículo 5.3 LHH por Ley 1/2013. «Si esta escritura no llegare a inscribirse en el Registro de la Propiedad, dentro del plazo de 6 meses...» por ser rechazado por la STS 12 de diciembre de 2009. «Si la parte deudora o cualquier de sus integrantes o de los fiadores, en su caso: a), b)...». Por ser una prestación accesoria y vincular el vencimiento a causas ajenas al contrato de hipoteca. SAP Málaga de 22 de mayo de 1998. «Si la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o fiadores fuesen declarados en concurso o presentasen solicitud de concurso...». De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.3 de la Ley Concursal 22/2003; «Si, cuando la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de sus fiadores sean personas jurídicas o físicas que hayan concertado el presente contrato en su condición de empresarios... supuestos: a) si incumpliesen las obligaciones de información económica; c) Si incurriesen en causa legal; d) Si los resultados de su explotación arrojasen pérdidas..., e) Si los actuales socios o partícipes en el capital...». Quedan excluidos por ser una prestación accesoria y vincular el vencimiento a causas ajenas al contrato de hipoteca. SAP Málaga de 22 de mayo de 1998, y por infringir normas imperativas como el artículo 27 y 107.3 LH y ser contrario al principio de libre contratación y libre circulación de los bienes. 2. Por carecer de transcendencia real según el artículo 51.6 del Rh y 98 de la Ley Hipotecaria: Pacto séptimo; pacto noveno, desde «el hipotecante» hasta «si lo hubiere»; pacto décimo a partir de «en caso de optar»; y pacto duodécimo, decimocuarto y siguientes. A los efectos oportunos se le notifica que contra esta decisión (...) El asiento de presentación se prorroga por un plazo de sesenta días a contar desde la fecha de la notificación conforme al artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Paterna, 3 de marzo de 2015 (firma) Marta Gonzalbes Fernández Palencia La registradora de la Propiedad».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Jorge Antonio Milz Ramón, notario autorizante de la escritura, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 8 de abril de 2015, que se presentó en el Registro de la Propiedad de Paterna número 1 el día 9 de abril de 2015, en base a los siguientes argumentos: «(...) Hechos 1) En escritura por mi autorizada el día 24 de julio de 2014, con el número 1.212 de protocolo (...) el prestatario constituyó hipoteca a favor de la entidad «Caixabank, S.A.» sobre dos fincas de su propiedad, entre ellas la inscrita en el Registro de la propiedad de Paterna-1, al tomo 2483, libro 202 de Benimamet, folio 175, finca número 4.681. De la nota simple registral informativa, que figura unida a dicha escritura, resulto estar la finca gravada con sustitución fideicomisaria, con el tenor literal siguiente: los fiduciarios «podrán enajenar los bienes

gravados en concepto de libres y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación». (...) 3) La escritura que motiva el presente recurso, en sus apartados cargas y constitución de hipoteca, respectivamente, expresa: «Gravada con sustitución fideicomisaria a su hijo D. A. L, según consta en la nota simple registral unida y que las partes declaran conocer, siendo de destacar que conforme a la letra c) de la cláusula fideicomisarios el fiduciario 'podrá enajenar los bienes gravados en concepto de libres y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación, Constituyendo en consecuencia el fiduciario hipoteca sobre el inmueble con los efectos que resultan de dicha garantía inmobiliaria.... Pacto octavo. Constitución de hipoteca. En garantía del pago a 'la Caixa': a) del capital prestado, según la distribución de responsabilidad por capital que resulta del cuadro incorporado como anexo número dos de esta escritura; b) del pago de sus intereses por el plazo de seis meses, a razón del tipo inicial pactado o del que resulte, hasta el tope máximo establecido, de las variaciones, al alza o a la baja, convenidas; c) del pago de los intereses de demora por el plazo de dieciocho meses, a razón del tipo convenido, y d) de la cantidad para costas pactada también en el anexo número dos de esta escritura y gastos, don..., sin perjuicio de su responsabilidad personal e ilimitada, constituye hipoteca a favor de 'la Caixa' sobre las fincas anteriormente descritas». A la vista de los expuestos hechos, el recurrente alega: Fundamentos de Derecho: Artículos 675, 781, 783, 785, 1.158, 998, 1.003, del Código civil; Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, artículo 426-51 y 426-53, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2010. Primero.—No hay duda de la claridad de los términos de la cláusula fideicomisaria en cuanto al hecho determinante del llamamiento a los nombrados fideicomisarios, esto es, «el fallecimiento del fiduciario sin descendientes»; sería pues a la muerte del fiduciario cuando se concretarían los efectos de dicha cláusula. Pero no es el motivo de este recurso las consecuencias o efectos del cumplimiento de dicha condición, y las facultades que sobre su derecho tendría el fiduciario, sino que estando además ante un fideicomiso de residuo, deberemos centrarnos, por ser previo, en la interpretación que debe darse al término «enajenación» dentro de la sustitución fideicomisaria ordenada por el causante y por tanto si el fiduciario puede no solo transmitir sino también gravar los bienes fideicomitados. Segundo.—Es también claro que la interpretación de todo testamento, y por tanto la del que nos ocupa, debe partir, como prima regla, de cuál fue la voluntad del testador (artículo 675 C.c.), Ley de la sucesión, para además, en nuestro caso, determinar cuál es el alcance que, en sede del fideicomiso, deberá darse al vocablo «enajenar». La norma fundamental interpretativa de la cláusula fideicomisaria será atender a la voluntad del testador, deduciéndola del tenor de sus palabras, pero buscando en ellas, más allá de su letra, su verdadera intención. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2010 recuerda que la intención del testador es el elemento de interpretación, que en todo caso ha de prevalecer incluso frente a la propia literalidad del testamento. El causante, en su testamento, bajo el apartado c) de la sustitución fideicomisaria ordenada, nos dice: «c) Enajenación de bienes: No obstante, la existencia del fideicomiso, los fiduciarios podrán enajenar los bienes gravados en concepto de libres, y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación». Claramente el testador establece una cláusula de residuo en el fideicomiso, al permitir «enajenar» los bienes gravados «sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación», estableciendo claramente que el fiduciario hará suyo el precio o contraprestación. Así, la cuestión a plantear será, si permitiendo el testador al fiduciario enajenar con total libertad la cosa ¿podrá también gravarla aun cuando no lo haya recogido literalmente? Tercero.—Conocido es el axioma de que «Quien puede lo más, puede lo menos», axioma que sabido es no es absoluto, y por tanto deberá atemperarse en su aplicación a la concreta institución jurídica. En sede de mandato, cierto es que la facultad de enajenar permitirá la venta del objeto pero no su gravamen. Es más, la facultad para vender el todo no facultara tampoco para vender la parte. Más distinto debe ser en el supuesto que nos ocupa: si el testador faculto al fiduciario para enajenar libremente, sin extenderse el fideicomiso al precio obtenido, deberá también considerarse facultado para gravarlo mediante hipoteca en garantía de un préstamo concedido al propio fiduciario, argumentando: - Mientras en el

mandato prima el interés del mandante, al que deberá rendir cuentas el mandatario, cuya actuación deberá ir siempre dirigida a la satisfacción de aquel interés, en el fideicomiso prima la voluntad del testador, y de la naturaleza de la fijada cláusula de residuo debe derivarse ser la voluntad del causante que al fideicomisario llegue solo e «in natura» aquellos bienes de que no haya dispuesto el fiduciario, primando pues el interés de este frente al de los fideicomisarios. - La constitución del gravamen hipotecario, caso de impago del préstamo garantizado, conllevará la posible futura enajenación en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pudiéndose considerar el importe del préstamo obtenido por el fiduciario y el sobrante que, en su caso, resultare de la subasta, la contraprestación a favor de aquél. Así, si el fiduciario puede vender el bien, haciendo suyo el precio obtenido, sin quedar este sujeto al gravamen fideicomisario, de igual modo deberá poder hipotecario en garantía del préstamo obtenido a su favor. Es más, nada impedirá al fiduciario, incluso constituida ya la hipoteca, vender el bien, subrogándose el comprador en la obligación personal, recibiendo aquél la diferencia, si la hubiere, entre el precio de venta y el importe adeudado. Por tanto, siendo la voluntad del causante favorecer al fiduciario, en cuanto estableció cláusula de residuo con dispensa de subrogación real, la facultad de enajenar deberá comprender no solo la voluntaria sino también la que se derivaría de un procedimiento de ejecución hipotecaria consecuencia del incumplir el fiduciario/deudor las obligaciones derivadas del préstamo por el obtenido y garantizado con hipoteca voluntaria sobre la finca fideicomitida. Así, deberemos concluir que la facultad de enajenar comprenderá, en este caso de sustitución de residuo, conforme al citado axioma, la de gravar o hipotecar. - Además, la constitución del gravamen en nada perjudicará a los fideicomisarios, quienes: caso de fallecer el fiduciario sin descendientes, y satisfecha la deuda y cancelada la hipoteca antes de dicho hecho, recibirán el bien libre de gravamen; de otra parte, y de ocurrir la defunción estando pendiente de pago el préstamo, en nada quedarán aquellos obligados personalmente por la deuda, a salvo la responsabilidad real de la propia finca hipotecada, puesto que los fideicomisarios no suceden al fiduciario sino al causante. Ciertamente es que podrían verse privados del bien objeto del fideicomiso, caso de que los herederos del fiduciario no abonaren el préstamo garantizado, pero ello no significaría sino una «enajenación», aun cuando fuera por adjudicación en subasta, del bien sujeto a la sustitución fideicomisaria de residuo. Es más, si los fideicomisarios decidieren evitar la ejecución, pagando lo adeudado, y, a su vez, los herederos del fiduciario hubieran aceptado pura y simplemente su herencia, cabría incluso que aquellos repitiesen de estos lo satisfecho, conforme al artículo 1.158 del Código civil. - Finalmente, así parece desprenderse de otras legislaciones, como la catalana, cuando en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, artículo 426-51, expresa, después de definir el fideicomiso de residuo y en cuanto a las facultades del fiduciario, que en el fideicomiso de residuo el fiduciario, además de tener las facultades reconocidas a todo fiduciario, puede hacer los siguientes actos: a) Enajenar, gravar o disponer de otra forma de los bienes fideicomisos y de sus subrogados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos a título oneroso. Y en su artículo 426-53: Interpretación, que 1. Si el fideicomiso faculta solo para vender, se entiende que faculta también para hacer otros actos de disposición a título oneroso. En parecido sentido, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su Ley 239, bajo la rúbrica «De la sustitución de residuo», y en orden a la disposición de bienes por el instituido, expresa que «En las sustituciones de residuo, si no se hubiere ordenado otra cosa, el instituido solo podrá disponer de los bienes por actos inter vivos y a título oneroso». No es objeto de impugnación la nota de calificación en cuanto a los defectos alegados de las distintas cláusulas del préstamo hipotecario suspendidas.

IV

La registradora emitió informe el día 16 de febrero de abril de 2015 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 675, 759, 783, 784, 785, 998, 1003, 1158 y 1281 del Código Civil; 9.2.^a, 51.6 y 107.10.º de la Ley Hipotecaria; la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (artículos 426-51 y 426-53); la Ley 239 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994 y 13 de mayo, 22 de junio y 2 de noviembre de 2010, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2008 y 9 de junio y 12 de septiembre de 2012.

1. En el presente expediente, se presenta escritura de préstamo hipotecario sobre una finca de la que el hipotecante es titular registral afectado por la siguiente cláusula de fideicomiso de residuo: «c) Enajenación de bienes: No obstante la existencia del fideicomiso, los fiduciarios podrán enajenar los bienes gravados en concepto de libres, y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación»; alegando la registradora que dicha cláusula sólo permite al fiduciario enajenar los bienes fideicomitados a título oneroso e intervivos, pero no gravarlos en concepto de libres y que sólo podría hipotecarlos si el derecho objeto del gravamen fuere su derecho como fiduciario con sujeción a lo establecido por el testador en la «cláusula de sustitución fideicomisaria condicional», dando a entender que si la sustitución fideicomisaria llega a ser efectiva la hipoteca se extinguiría. Frente a ello, argumenta el notario recurrente que del testamento resulta claramente la voluntad del causante de autorizar al fiduciario todo tipo de actos de disposición sobre los bienes vinculados y no simplemente su enajenación. Por tanto, la cuestión que se ha de resolver en este recurso consiste en desentrañar cuál ha sido la verdadera voluntad del testador.

Por otra parte, también han sido objeto de suspensión de inscripción una serie de cláusulas de la hipoteca de variada índole, pero dado que este defecto no ha sido impugnado, en cuanto a ninguna de las estipulaciones rechazadas, por el notario recurrente, no procede entrar en este expediente en su análisis.

2. La registradora calificante argumenta en favor la suspensión de la inscripción que la expresión «enajenar» contenida en la cláusula de sustitución fideicomisaria literalmente considerada sólo faculta al fiduciario para transmitir las fincas libre del gravamen fideicomisario, pero no para gravarlas o hipotecarlas en concepto de libres de tal sustitución, ya que ambos términos «enajenar» y «gravar» tienen un significado jurídico-técnico distinto y si la voluntad que debe prevalecer en la sucesión es la del causante, en este caso esa voluntad es clara en cuanto a los actos o negocios que el fiduciario está autorizado a realizar, autorización que considera debe ser interpretada de forma restrictiva (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994 y 13 de mayo y 22 de junio de 2010).

El testador, señala la registradora, no faculta ampliamente al fiduciario para disponer sino que utiliza el término enajenar, lo que restringe las facultades dispositivas del fiduciario ya que la facultad de enajenar comprende únicamente los actos traslativos en sentido estricto (vid. Resolución de 9 de junio de 2012).

Finalmente, en defensa de su calificación, la registradora hace referencia a la legislación foral catalana que en el artículo 426-52 del Libro Cuarto de Sucesiones señala como facultades legales del fiduciario de residuo las de «enajenar, gravar o disponer de otra forma de los bienes fideicomisos y de sus subrogados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos a título oneroso», y no tan sólo enajenar, lo que refuerza su tesis de que no puede entenderse comprendida la facultad de gravar dentro del término enajenar.

3. Pero según el artículo 675 del Código Civil de Derecho Común, la interpretación de las cláusulas testamentarias «deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», añadiendo que «en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento», lo que obliga al análisis y deducción de cuál ha sido esa intención del testador en este supuesto concreto.

Por tanto, en esa búsqueda de la intención más probable del testador, no se puede aplicar de forma automática, como hace la registradora, el criterio de la interpretación

restrictiva de los términos concretos utilizados, sino el de interpretación teleológica (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2010), debiendo atenderse especialmente al significado que esas palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate y, como acertadamente señala el notario en su recurso, al interés cuya protección debe primar en cada caso.

En este sentido se debe partir, como reconocen ambas partes, del hecho de encontramos ante la figura de un fideicomiso de residuo y, además, condicional para el caso de fallecimiento del fiduciario sin descendientes –*si sine liberis decesserit*–, disintiendo únicamente en cuanto al contenido o amplitud de las facultades del fiduciario en orden a la disposición y, en su caso, extinción del patrimonio fideicomitado.

Es doctrina comúnmente admitida que, como regla general, la facultad de disponer –en términos amplios– a título oneroso y por actos inter vivos es connatural a los fideicomisos de residuo, si bien el testador es libre de ampliar la misma a los negocios a título gratuito intervivos o incluso mortis causa, o de restringir y modalizar dicha facultad dispositiva del fiduciario, como puede ser la imposición del consentimiento de terceros, la concurrencia de una situación de necesidad o la limitación a unos negocios determinados, como entiende la registradora calificante que ha ocurrido en este caso.

Por otra parte, atendiendo a las expectativas de los fideicomisarios acerca de la adquisición de bienes procedentes del fideicomitente, la doctrina y la jurisprudencia distinguen dos clases de fideicomiso de residuo: a) el conocido como *eo quod supererit*, en el que los herederos fideicomisarios tienen derecho a recibir un mínimo del caudal hereditario cuyo quantum o composición dependerá de lo dispuesto en el testamento, supuesto caracterizado por una restricción mayor o menor del poder dispositivo del fiduciario y por operar, como regla general, el principio de subrogación real del dinero o de los bienes que hayan reemplazado a los bienes relictos dejados por el causante como consecuencia del ejercicio de la facultad dispositiva del fiduciario, al menos dentro del perímetro de lo que deba quedar.

Y b) el conocido como *si aliquid supererit* en el que los herederos fideicomisarios sólo adquirirán en su día lo que quede si es que efectivamente queda algo de la herencia, supuesto caracterizado por unas amplias facultades dispositivas del fiduciario y por no operar el citado principio de subrogación real sino únicamente el derecho del fideicomisario al posible residuo que pudiera quedar, ya consista éste en bienes relictos o en su contraprestación no consumida.

La determinación de cuándo nos encontramos en uno o en otro supuesto dependerá del sentido que se infiera del conjunto de las cláusulas testamentarias que se refieran al fideicomiso y, a su vez, una vez decidido, conforme al conjunto de medios y elementos de interpretación de los testamentos, qué clase de fideicomiso de residuo se trata, dichas cláusulas testamentarias deberán integrarse y ser interpretadas atendiendo a la finalidad propia de ese concreto tipo y al interés que en cada caso deba primar de acuerdo con la voluntad del testador.

4. Pues bien, en el supuesto objeto del recurso que motiva esta resolución, la concreta cláusula objeto de interpretación dispone que: «c) Enajenación de bienes: No obstante la existencia del fideicomiso, los fiduciarios podrán enajenar los bienes gravados en concepto de libres, y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación», lo que en los términos antes señalados implica que nos encontramos en presencia de un fideicomiso de residuo del tipo *si aliquid supererit*, ya que no sólo se permite al fiduciario la enajenación de todos los bienes afectados por el fideicomiso en concepto de libres sino que también se dispone que la contraprestación que se obtenga en reemplazo de los mismos no quedará afectada por dicho fideicomiso, es decir, un efecto más radical que el que la doctrina postula con carácter general, que grava en favor de los fideicomisarios la parte no consumida de la contraprestación.

En consecuencia, las facultades del dispositivas del fiduciario deben ser interpretadas de forma extensiva ya que nos hallamos ante un tipo de fideicomiso de residuo en que el interés del fiduciario parece ser el prioritario para el testador y no el de los fideicomisarios; lo que lleva a considerar que, en este concreto supuesto, la expresión «podrá enajenar»

del testamento debe entenderse en sentido amplio como comprensiva no sólo de los negocios de transmisión en sentido estricto sino también de los de gravamen, en especial lo que puedan implicar una enajenación, como los derechos de hipoteca o de opción de compra, y, en general, cualquier acto dispositivo.

Además, ante la exclusión expresa por el testador de la subrogación real respecto del precio de la enajenación de los bienes fideicomitidos, en nada perjudica la constitución de hipoteca a las expectativas de los fideicomisarios al posible residuo, ya que de enajenar el fiduciario dichos bienes, nada recibirían a cambio, mientras que al obtener efectivo por medio de la financiación hipotecaria en vez de con la venta de la finca hipoteca, esas expectativas, limitadas testamentariamente a los propios bienes relictos, quedan intactas; y si posteriormente tiene lugar la ejecución del bien hipotecado por impago, esta circunstancia nos reconduce a la enajenación para lo que no cabe duda que se encuentra facultado el fiduciario.

Alega la registradora en defensa de su nota de calificación que el artículo 426-52 del Libro Cuarto de Sucesiones de Cataluña, establece que las facultades del fiduciario de residuo comprende las de «enajenar, gravar o disponer de otra forma de los bienes fideicomisos y de sus subrogados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos a título oneroso», legislación que no es aplicable, como dice la propia registradora, ni con carácter supletorio, ni por analogía, pero añade además, como norma interpretativa general en su artículo 426-53 que «si el fideicomiso faculta sólo para vender, se entiende que faculta también para hacer otros actos de disposición a título oneroso».

En conclusión, no resultando de los términos del testamento ser otra la voluntad del testador, el fiduciario se encontrará facultado para constituir hipotecas sobre los bienes relictos del causante en concepto de libres del gravamen fideicomisario.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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