

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16803 *Resolución de 6 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Castellón de la Plana n.º 4 a inscribir una escritura de donación.*

En el recurso interpuesto por don David Romanos Gomara, notario de Morella, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Castellón de la Plana número 4, doña Sheila Arroyo Grau, a inscribir una escritura de donación.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 1 de marzo de 2022 por don David Romanos Gomara, notario de Morella, con el número 59 de protocolo, doña F. M. M. donó a don J. G. R. y doña M. B. T. la finca registral número 4.688 del Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana número 4; gravada, en cuanto a una mitad indivisa, con una sustitución fideicomisaria de residuo, según la cual, tal y como constaba en la correspondiente inscripción, la heredera fiduciaria, doña F. M. M., no podría disponer por actos *mortis causa* de los bienes, pues los que quedasen a su fallecimiento, que no hubieran sido enajenados en vida por ella, pasarían por iguales partes a sus dos hermanos de doble vínculo don F. y doña F. R. G., a quienes sustituían vulgarmente sus respectivos descendientes por estirpes.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana número 4, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Documento y hechos:

Se presenta telemáticamente el día 1/3/2022, a las 14:15 horas, bajo el Asiento 1616 del Diario 25, escritura otorgada en Morella, el día uno de marzo del año dos mil veintidós, ante su Notario don David Romanos Gomara, número de protocolo 59/2022, por la que, F. M. M. dona a J. G. R., y M. B. T. finca número 2/4688. Suspendida la calificación por falta de liquidación del Impuesto por los Artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria el uno de marzo del año dos mil veintidós, aportando el documento, junto con el justificante de pago del impuesto el 31 de marzo de 2022.

Defecto:

La finca registral donada se encuentra gravada con una sustitución fideicomisaria de residuo, donde, tal y como consta en el registro, la fiduciaria, doña F. M. M., no podrá disponer por actos *mortis causa*, pues los que queden a su fallecimiento, que no hubieran sido enajenados en vida por ella, pasarán por iguales partes a sus dos hermanos de doble vínculo don F. R. G. y doña F. R. G., a quienes sustituye vulgarmente por sus respectivos descendientes por estirpes. Dada la doctrina de la Dirección General

de Seguridad Jurídica y de Fe Pública y del Tribunal Supremo, la obligación de conservar los bienes por el fiduciario puede ser dispensada por el testador, total o parcialmente, conforme a los artículos [sic] 783 y 546 del código civil. En este supuesto, el testador instituye heredera a doña F. M. M. con facultad de enajenar en vida, pero no disponer *mortis causa*, e instituye fideicomisarios a sus hermanos, don F. R. G. y doña F. R. G., sustituyéndoles vulgarmente por sus descendientes por estirpes, por lo que manifiesta una intención de que subsista la sustitución. Existe, pues un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*; no obstante la facultad de enajenar en vida de la fiduciaria debe interpretarse en sentido restrictivo, como reconoce la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en la resolución de 9 de junio de 2015 y el Tribunal Supremo en sentencias como las siguientes 13 de mayo de 2010, 12 de febrero de 2012 y 7 de noviembre de 2008, debiendo ser expresa la facultad de disponer *mortis causa* y contemplada con recelo la facultad de disponer *inter vivos* a título gratuito, imponiendo una interpretación contraria a ello en caso de duda.

Realizando una interpretación de la voluntad del testador, si el fiduciario no puede disponer *mortis causa* de los bienes, tampoco cabe entender que pueda disponer *inter vivos* a título gratuito, sin beneficio para el fiduciario, pues a efectos prácticos tal acto de liberalidad tendría un resultado equivalente a disponer de ellos *mortis causa*.

Fundamentos de Derecho:

Artículo 787 y 783 del Código Civil.

Resolución de la Dirección general de seguridad jurídica y fe pública de 9 de junio de 2015 que la misma expresa que “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, 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 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”.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2010, “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'. Como hemos indicado y menciona la sentencia antes expresada, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002 y la de 7 de noviembre de 2008, que impone una interpretación contraria a la facultad de disponer *inter vivos* a título gratuito en caso de duda, ya que las facultades de disponer del fiduciario deben interpretarse con carácter restrictivo porque lo normal en la sustitución fideicomisaria es el deber de conservar los bienes.

En su virtud, acuerdo con fecha de hoy

Suspender la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en los Hechos de esta nota de calificación, por la concurrencia de los defectos subsanables que igualmente se indican en los Fundamentos de Derecho de las mismas.

Contra la anterior calificación, podrá (...)

Castellón de la Plana a veintiséis de abril de dos mil veintidós. La Registradora (firma ilegible): Sheila Arroyo Grau.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don David Romanos Gomara, notario de Morella, interpuso recurso el día 10 de junio de 2022 mediante escrito con los siguientes fundamentos de Derecho:

«En primer lugar, debemos partir de la base de que la cuestión que ahora nos ocupa se circunscribe única y exclusivamente a la interpretación que realicemos de la cláusula testamentaria relativa a los actos de disposición que pueden ser realizados por la persona del fiduciario, sin que, desgraciadamente, norma alguna de Derecho positivo pueda servirnos de ayuda en este sentido, ya que el Código Civil, legislación aplicable en este caso, no contiene una previsión expresa que permita resolver el supuesto concreto, y sin que en ningún caso puedan invocarse preceptos de otros cuerpos legales, como por ejemplo del Libro IV del Código Civil de Cataluña; que nos ayuden a clarificar esta materia.

Por su parte, los preceptos citados por la Señora Registradora al inicio de los Fundamentos de Derecho de la calificación que ahora se recurre, no sirven para ofrecernos guías ni pautas que puedan resolver el problema planteado, ya que el artículo 783 del Código Civil en su párrafo 2.º se limita a disponer que "El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa", sin que ese último inciso ofrezca criterio interpretativo alguno para dicho supuesto, es decir, el caso en que el testador, tal y como ocurre con la escritura que ahora nos afecta, haya establecido y contemplado medidas dispositivas en torno a los bienes sujetos a la sustitución fideicomisaria. Mientras que el artículo 787 del Código Civil no guarda relación alguna con la cuestión que ahora es preciso abordar.

Como consecuencia de todo ello, y tal y como se ha señalado con anterioridad, es preciso centrarse en el ámbito de la interpretación de la citada cláusula testamentaria, y en los efectos que de la misma se derivan.

Así, en el testamento autorizado por el Notario de Castellón de la Plana, don Jorge Sos Ansuategui, el día 30 de octubre de 2007, y bajo el número 181 de Protocolo, el testador establece: "Instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a su esposa, doña F. M. M., de los cuales sin embargo no podrá disponer por actos *mortis causa*, pues los que queden a su fallecimiento, que no

hubieran sido enajenados en vida por ella, pasarán por iguales partes a sus dos hermanos de doble vínculo don F. R. G. y doña F. R. G., a quienes sustituye vulgarmente por sus respectivos descendientes por estirpes”.

Por lo tanto, es evidente que fue voluntad expresa del testador excluir cualquier tipo de acto dispositivo de carácter *mortis causa* dentro de las facultades dispositivas atribuidas a la fiduciaria.

Es en consecuencia el ámbito de las disposiciones *inter vivos* en el que debemos centrar nuestro análisis, y más en concreto, en las palabras empleadas por el testador para delimitar dichas facultades dispositivas. Así se habla de los “bienes que no hubiesen sido enajenados en vida por la fiduciaria”.

¿Pero cuál es entonces el alcance del término enajenación? En este sentido, la Real Academia de la Lengua Española define enajenar como “Vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos”.

El tenor literal de esta definición no deja duda alguna de cuáles son los actos dispositivos incluidos en la misma: tanto los actos a título oneroso (“vender”) como los actos a título gratuito (“ceder”).

El artículo 675 de nuestro Código Civil señala que “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento”, sin que de las disposiciones establecidas por el testador se desprenda en caso alguno que fuese su intención impedir los actos de disposición *inter vivos* a título gratuito, ya que en tal caso así lo hubiese manifestado expresa mente al notario autorizante en el momento de redactar el testamento, en los términos previstos específicamente en el artículo 695 del Código Civil, tal y como hizo con los actos de disposición de carácter *mortis causa*.

Es además doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tal y como se estableció en la Resolución de fecha 20 de julio de 2017, la de que “hay que entender que en un testamento autorizado por notario, las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento puesto que la preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad del lenguaje”. En consecuencia, debe atribuirse al término enajenar el sentido jurídico que dicha palabra ostenta, conocido sin duda alguna por el Notario autorizante, y por lo tanto también por el propio testador, dentro de la necesaria y obligada labor de información y asesoramiento prestada a tal efecto por el colectivo notarial con carácter previo a la formalización de cualquier instrumento público, y comprendiendo por consiguiente el término enajenar todo acto de disposición con carácter *inter vivos*, tanto oneroso como gratuito.

En este mismo sentido, la Resolución de la Dirección general de seguridad jurídica y fe pública de fecha 22 de junio de 2015 señaló que “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 para desvirtuar dicha afirmación no pueden invocarse preceptos de otros cuerpos legales, como el artículo 426-53 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, al que hace referencia la Resolución de la Dirección general de seguridad jurídica y fe pública de fecha 9 de junio de 2015, usada por la Señora Registradora en su calificación, puesto que tal y como estableció la propia Dirección General en su Resolución de fecha 22 de junio de 2015, dicha “legislación no es aplicable, como dice la propia registradora, ni con carácter supletorio, ni por analogía”.

Tampoco resulta de aplicación en este caso otro de los argumentos utilizados por la precitada Resolución de la Dirección general de seguridad jurídica y fe pública de fecha 9 de junio de 2015, invocada por la Señora Registradora, como es “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”, puesto que en el testamento otorgado por el causante en el caso que ahora nos ocupa dicha sustitución vulgar no se establece en primer término, sino única y exclusivamente de un modo residual.

En resumen, y tal y como señaló expresamente la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 mayo de 1989, “Por lo que respecta al alcance de las facultades dispositivas conferidas a los fiduciarios,... no es de olvidar que la jurisprudencia recomienda atender a cada caso concreto”, sin que en consecuencia puedan establecerse una serie de criterios hermenéuticos generales que resuelvan todo supuesto planteado, sino que será necesario atender a las circunstancias específicas de cada caso y a las concretas palabras empleadas por el testador para poder dilucidar de una forma clara y convincente cual era la verdadera intención del mismo.»

IV

La registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo mediante escrito de fecha 15 de junio de 2022.

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 de la Sala Primera del Tribunal Supremo 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; 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, 31 de diciembre de 1992, 29 de diciembre de 1997, 26 de noviembre de 1998, 25 de marzo y 17 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2004, 19 de mayo y 22 de junio de 2005, 27 de mayo de 2009, 9 y 22 de junio, 16 de julio y 6 de noviembre de 2015, 26 de mayo de 2016 y 20 de diciembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de julio de 2020 y 14 de julio de 2022.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se dona una finca de la cual una mitad indivisa está sujeta a una sustitución fideicomisaria de residuo, pues fue adquirida por la donante como heredera universal de su esposo, quien ordenó respecto de todos los bienes de su herencia que aquélla «no podrá disponer por actos *mortis causa*, pues los que queden a su fallecimiento, que no hubieran sido enajenados en vida por ella, pasarán por iguales partes a sus dos hermanos de doble vínculo don F. R. G. y doña F. R. G. a quienes sustituye vulgarmente por sus respectivos descendientes por estirpes».

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 *inter vivos* a título oneroso. Considera que, aunque se trata de un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, «(...) la facultad de enajenar en vida de la fiduciaria debe interpretarse en sentido restrictivo, como reconoce la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en la resolución de 9 de junio de 2015 y el Tribunal Supremo en sentencias como las siguientes 13 de mayo de 2010, 12 de febrero de 2012 y 7 de noviembre de 2008, debiendo ser expresa la facultad de disponer *mortis causa* y contemplada con recelo la facultad de disponer *inter vivos* a título gratuito, imponiendo una interpretación contraria a ello en caso de duda».

El notario recurrente alega:

a) que, respecto de la voluntad del testador, para delimitar facultades dispositivas atribuidas a la fiduciaria alude a los «bienes que no hubiesen sido enajenados en vida por la fiduciaria»; y según la Real Academia de la Lengua Española define la palabra enajenar como «vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos», de modo que los actos dispositivos incluidos en esta definición son tanto los actos a título oneroso («vender») como los actos a título gratuito («ceder»).

b) que el artículo 675 del Código Civil establece que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento»; sin que de las disposiciones del testador se desprenda en caso alguno que fuese su intención impedir los actos de disposición *inter vivos* a título gratuito, ya que en tal caso así lo hubiese manifestado expresamente al notario autorizante, en los términos previstos específicamente en el artículo 695 del Código Civil, tal y como hizo con los actos de disposición *mortis causa*.

c) que, según la doctrina de esta Dirección General (Resolución de fecha 20 de julio de 2017), «hay que entender que, en un testamento autorizado por notario, las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento (...)». En consecuencia, debe atribuirse al término enajenar el sentido jurídico que dicha palabra tiene, conocido sin duda alguna por el notario autorizante, y por lo tanto también por el propio testador; y en la 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.

d) que no pueden invocarse preceptos de otros cuerpos legales, como el artículo 426-53 de la Ley 10/2008 de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, al que hace referencia la Resolución de esta Dirección General de 9 de junio de 2015, puesto que, tal y como estableció la propia Dirección General en su Resolución de 22 de junio de 2015, dicha «legislación no es aplicable, como dice la propia registradora, ni con carácter supletorio, ni por analogía».

e) que tampoco resulta de aplicación en este caso otro de los argumentos utilizados por la Resolución de 9 de junio de 2015, como es «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», puesto que en el testamento otorgado por el causante en el presente caso dicha sustitución vulgar no se establece en primer término, sino única y exclusivamente de un modo residual.

2. 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 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 ínter 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 la 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 aquél.

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 *inter 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, para determinar el alcance de la facultad dispositiva concedida al fiduciario, es razonable entender que no se permite a la fiduciaria realizar actos gratuitos *inter vivos*, si bien el término «enajenados» empleado en la disposición testamentaria plantea problemas de interpretación.

Si la expresión enajenar se entiende por regla general referida a actos onerosos (en especial como habilitación para la venta, que es lo que suele estar presente en la intención del testador), no es menos cierto que el Código Civil la emplea también con referencia a actos gratuitos (cfr. párrafo primero del artículo 1297 del Código Civil). Este es el nudo gordiano de la cuestión planteada: determinar si esa facultad de enajenar permite únicamente realizar actos a título oneroso o también ampara las disposiciones a título gratuito.

Para ello se debe 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 al 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 de junio de 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 el presente caso la voluntad del causante debe interpretarse de forma restrictiva, atendiendo al criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia, entre otras, de 30 de octubre de 2012, según la cual: «dentro de la previsión testamentaria, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo».

4. 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 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 sentido favorable a la subrogación real se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de octubre de 2012, según la cual la obligación de conservar no desaparece en el fideicomiso de residuo, dentro de la general interpretación restrictiva de las facultades dispositivas del fiduciario: «(...) 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 (...) De lo afirmado se infiere que el mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso de residuo, inclusive en su modalidad *si aliquid supererit* (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador».

No obstante, hay alguna Sentencia contraria a la aplicación del principio de subrogación real al fideicomiso de residuo, como la número 1042/2008, de 7 de noviembre de 2008, según la cual, en un fideicomiso con facultades de disposición a título oneroso e *inter vivos*, no cabe aplicar como regla general dicho principio, pues equivaldría a convertirlo en un fideicomiso íntegro en cuanto al valor de los bienes, y se trataba de un fideicomiso de residuo en la modalidad *si aliquid supererit*, en el que se autorizaba al fiduciario, la esposa del testador, a «disponer, gravar y enajenar los bienes heredados, sean muebles o inmuebles, por actos entre vivos a título oneroso». Afirma lo siguiente: «También ha de entenderse que la contraprestación adquirida por el fiduciario al enajenar no se entiende que subroga al bien salido del patrimonio, sujeta por tanto a restitución, salvo voluntad contraria del testador (sentencia de 10 julio 1954) pues en caso contrario se trataría en realidad de una sustitución íntegra en cuanto a su valor económico y no «de residuo»». Y según la sentencia de 22 de junio 2010, acogiendo lo expresado en la sentencia impugnada: «En la naturaleza del fideicomiso de residuo

instituido en la modalidad *si aliquid supererit* no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario, sin que conste en éste la voluntad de perjudicar a su hermanastro (fideicomisario) ni ánimo defraudatorio de la voluntad del testador (fundamento de derecho duodécimo)».

5. Aplicadas las anteriores consideraciones a la cláusula testamentaria debatida, no puede entenderse que el testador haya conferido al fiduciario plenas e indiscriminadas facultades dispositivas *inter vivos*, sin restricciones.

También es más que dudoso que haya excluido la subrogación real; más bien resulta lo contrario, a la vista de la redacción de la disposición testamentaria, pues, de otro modo, la posible entrega -o tránsito- de los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios quedaría absolutamente en manos del fiduciario, algo que no tiene amparo en el tenor de la cláusula testamentaria en cuestión. Y no solo porque 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).

Además, y dada la redacción de la cláusula fideicomisaria, debe concluirse que la intención del testador es amparar la venta o actos de disposición, a título oneroso, que pueda realizar el fiduciario; pero no los gratuitos, pues no tiene ningún sentido que se le veden las disposiciones *mortis causa* y se le deje la puerta abierta a disponer en vida gratuitamente en favor de quien no podría hacerlo por testamento. Entender lo contrario supondría dejar absolutamente inoperante la cláusula de sustitución prevista y el principio de subrogación real que en este caso es razonable entender que rige.

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*, vedando los *mortis causa*, la regla de interpretación estricta que impone la más reciente jurisprudencia la ciñe y la limita, claramente, a los actos onerosos y no a los gratuitos. Es más, implicando la sustitución fideicomisaria la vulgar, el hecho de que el testador haya previsto una sustitución vulgar en favor de los descendientes de los fideicomisarios patentiza una voluntad clara de que el tránsito de los bienes no quede 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 más reciente jurisprudencia y a anteriores pronunciamientos de esta Dirección General.

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, 6 de septiembre de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.