

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10265 *Resolución de 16 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Llerena, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Juan José Pedraza Guerrero, notario de Peñarroya-Pueblonuevo, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Llerena, don José Ridruejo López, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Peñarroya-Pueblonuevo, don Juan José Pedraza Guerrero, de fecha 3 de abril de 2014, con el número 233 de protocolo, se otorgaron operaciones particionales por el óbito de doña E. N. M. y otros que no interesan a los efectos de este expediente.

Entre los bienes que forman en inventario de la herencia de la citada señora, se incluyen entre otros, varias fincas rústicas situadas en término de Azuaga, que aparecen gravadas con la siguiente carga que consta en los Libros del Registro: «Fideicomiso: en cuanto a la mitad indivisa que adquiere doña E. N. M. por herencia de su marido don C. C. G., lo hace con la cláusula testamentaria siguiente: doña E. N. M. podrá disponer libremente de los bienes de la herencia por actos inter vivos. Para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo don J. C. G. y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación». Esta inscripción del Registro procede de la cláusula del testamento de don C. C. G., otorgado ante el notario de Azuaga, don Emilio Iturmendi Bañales, el día 11 de septiembre de 1951, cuyas operaciones particionales fueron ya otorgadas en su día y causaron la mencionada inscripción, y es la siguiente: «Instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, así presentes como futuros, en pleno dominio, a su esposa E. N. M., que podrá disponer libremente de los bienes de su herencia por actos inter vivos. En defecto de ella, o para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo J. C. G., y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación».

Don C. C. G. –fideicomitente– había fallecido el día 8 de diciembre de 1981.

Don J. C. G. –heredero fideicomisario– falleció el día 25 de octubre de 1987 sin descendientes.

Doña E. N. M. –heredera fiduciaria– falleció el día 25 de abril de 2013.

En la citada escritura de herencia, objeto del expediente, en la letra E de la parte expositiva, se realiza un informe detallado sobre «el fideicomiso ordenado por don C. C. G., extinción del fideicomiso y purificación de la institución de heredero», en el que califica la sustitución fideicomisaria de residuo entre las de «si aliquid supererit». Aporta jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido interpretado y considera que el llamamiento fue condicional, de manera que el derecho del sustituto fideicomisario es expectante y se supedita al cumplimiento de la condición de que subsistan bienes. Que al fallecer don J. C. G. sin descendientes, no ha lugar a la sustitución vulgar del mismo. Y determina que el fideicomisario don J. C. G. sólo pudo adquirir su derecho al fallecimiento de la fiduciaria si la hubiese sobrevivido –momento del cumplimiento de la condición–, por

lo que al premorir a la misma y carecer de descendientes sustitutos vulgares, no adquiere ni transmite derecho alguno a sus herederos. Finaliza el informe en la escritura, con la conclusión de que se ha producido una purificación de la institución de heredera fiduciaria extinguiéndose el fideicomiso por aplicación del artículo 759 del Código Civil.

Y, en consecuencia, en la escritura, se adjudican las fincas a los herederos de doña E. N. M.

En la escritura, está representado uno de los herederos –don Antonio Daniel N. M.– que es menor de edad, sin que se exprese la edad que tiene. Posteriormente, en la escritura de ratificación otorgada por sus padres en ejercicio de la patria potestad se incorpora testimonio del libro de familia, donde consta su fecha de nacimiento.

II

La referida escritura, junto con varias ratificaciones, se presentó en el Registro de la Propiedad de Llerena el día 23 de febrero de 2015, y fue objeto de calificación negativa de fecha 16 de marzo de 2015, que se notificó el día 23 de marzo de 2015, y que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad de Llerena Entrada Nº: 720 del año: 2015 Asiento Nº: 1.135 Diario: 151 Presentado el 23/02/2015 a las 11:50 Presentante: S. N., F. Interesados: (...) Naturaleza: Escritura pública Objeto: herencia Protocolo Nº: 233/2014 de 03/04/2014 Notario: Juan José Pedraza Guerrero, Peñarroya-Pueblonuevo Hechos I El documento que consta en el encabezamiento, fue presentado en este Registro con los datos que resultan del mismo, existiendo una diferenciación en cuanto a la parte de las fincas no sujetas al Fideicomiso, en las que no hay designado Defensor Judicial, existiendo conflicto de intereses entre el declarado incapaz y su tutor, y no se ha hecho constancia de la edad de un menor; y las fincas que si están sujetas al fideicomiso. Fundamentos de Derecho Es necesario distinguir, entre los defectos que afectan a la parte de cada finca sobre las que no recae la sustitución fideicomisaria por estar inscritas con carácter de liquidación de gananciales y que sí serían objeto de la sucesión de doña E. N. M. a favor de sus herederos, de la parte de cada finca que sí están afectadas por estar inscritas con carácter sucesión testada de su cónyuge y que correspondería a los herederos del fideicomisario. Así, en cuanto a la parte de las fincas objeto de la sucesión de doña E. N. M. sobre las que no recae el fideicomiso, la heredera doña Consuelo N. M. fue declarada incapaz y le fue nombrada tutora de la misma a su hermana doña Manuela N. M., también heredera. Teniendo en cuenta que según la partición realizada no existe contraposición de intereses entre la tutora y su representada, pues los intereses que aquella defiende son concurrentes con los de esta, sí que sería necesario, sin embargo, la aprobación judicial de la partición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 272 del CC y Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2002. Don Antonio-Daniel N. M. es menor de edad por lo que a los efectos de la inscripción debe expresarse la edad que tiene de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51 del RH. “Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9 de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: Novena.–La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas: a) Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera...” En cuanto a la parte de las fincas que se recogen en el documento sobre las que recae la sustitución fideicomisaria, en sus respectivas inscripciones consta la siguiente cláusula: “Instituyó y nombró por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, así presentes como futuros, en pleno dominio, a su esposa E. N. M., la que podrá disponer libremente de los bienes de su herencia por actos intervivos. En defecto de ella, o para el caso para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo J. C. G. y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación”. De esta cláusula se desprende que el testador, don C. C. G., al carecer de descendientes, instituyó heredera universal a su esposa doña E. N. M. y estableció en primer lugar una sustitución vulgar

(‘en defecto’) a favor de su hermano don J. C. G., sustitución que evidentemente no operó. En segundo lugar, dispuso una sustitución fideicomisaria nombrando fiduciaria, con facultad para disponer por actos inter vivos, a doña E. N. M. y fideicomisario a don J. C. G. y en último lugar sustituyó vulgarmente (‘en defecto’) al fideicomisario por sus descendientes.» El fideicomitente (marido de la fiduciaria), don C. C. G., falleció el 8 de diciembre de 1981, la fiduciaria falleció el 25 de abril de 2013 y el fideicomisario el 25 de octubre de 1987. El fideicomisario por tanto, llegó a ser tal al fallecer con posterioridad al fideicomitente por lo que no opera la sustitución vulgar en fideicomiso a favor de sus descendientes, y al haber fallecido con anterioridad a la fiduciaria sería aplicable lo dispuesto en el art. 784 del CC “el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos”, por lo que la sucesión de la parte de estos bienes pasarían a los herederos del fideicomisario y no a los de la fiduciaria. El fideicomiso de residuo no es de carácter condicional (a no ser que estuviera pendiente de una condición expresamente puesta), por lo que no sería aplicable el art. 759 del CC. Así lo estableció claramente la STS 6 de junio de 2014 (y la de 2 de noviembre de 2010) al señalar que la esencia del fideicomiso es el ordo sucesivus, el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo, el fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitados, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente. Sin embargo, lo que no disponga (*si quid supererit*) se transmite directamente al heredero fideicomisario. Mientras no se ha producido la purificación del fideicomiso –que normalmente es la muerte del fiduciario (como en el presente caso)– el heredero fideicomisario a término, como es la muerte, certus, incertus quando, tiene el ius delationis, pero la adquisición efectiva de la posesión del patrimonio fideicomitado se produce a la muerte de la fiduciaria. La delación hereditaria al fideicomisario se producirá a la muerte del causante –fideicomitente– el fideicomiso es a término, momento en que aquél tiene el ius delationis. La adquisición de los bienes que forman el patrimonio hereditario –patrimonio fideicomitado– se produce cuando se cumpla el término –muerte de la fiduciaria–. Y recoge también la sentencia de esta Sala (de lo civil) de 1 de marzo de 2013 con carácter general: “el fideicomisario adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte (artículo 784 del Código Civil) “debe tenerse en cuenta, como se ha señalado, que técnicamente la transmisión de los derechos hereditarios del fideicomisario a sus propios herederos se produjo tras su muerte por aplicación directa del artículo 784 del Código Civil.” Acuerdo: El registrador que suscribe, previo examen y calificación del documento que precede ha suspendido la inscripción, por los motivos que constan en los fundamentos de derecho. Contra la precedente nota de calificación (...) Llerena, dieciséis de marzo del año dos mil quince El Registrador (firma ilegible). Fdo.: José Ridruejo López».

III

El día 22 de abril de 2015, don Juan José Pedraza Guerrero, notario de Peñarroya-Pueblonuevo, interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Que el primer defecto señalado no es objeto de recurso. «En cuanto al segundo defecto, relativo a la edad de un compareciente menor de edad, la nota de calificación pide que se exprese la edad que tiene (...) en la escritura sí que se expresa la fecha de nacimiento en el testimonio del Libro de Familia que se incorpora a la misma, cuando en la diligencia de ratificación de los padres que ejercen conjuntamente la patria potestad del menor, se hace constar expresamente lo siguiente: “lo que justifican con el Libro de Familia, que me exhiben en este acto, fotocopia del mismo incorporo a la presente con valor de testimonio”, y en efecto, varias páginas más adelante se lee en el testimonio del Libro de Familia que el compareciente menor de edad don Antonio-Daniel N. M. nació el día 17 Agosto 2003. Por ello, fundamento el recurso a este defecto al entender cumplida la exigencia del artículo 51 R. H. la constancia de la edad en el testimonio del Libro de Familia incorporado a la escritura, pudiéndose en consecuencia hacer constar tal dato en la inscripción (...) en cuanto al tercer defecto reseñado en la nota de calificación es el

relativo a las fincas que están sujetas al fideicomiso, sí es igualmente objeto del recurso y que a continuación pasa a analizarse en profundidad: Motivo central del recurso: discernir la correcta interpretación de la voluntad del testador. Como punto de partida quiero subrayar lo siguiente: “La voluntad del testador en materia de testamentos es ley suprema de sucesión”. Esta afirmación contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no admite discusión de ningún tipo ni puede dar lugar a segundas interpretaciones ni posibles arbitrariedades. La DGRN, siguiendo la jurisprudencia del T.S., sostiene que hay que atender primero a la voluntad del causante, que es la ley de la sucesión, y a las circunstancias del caso concreto. Ambos extremos se tratan a continuación: 1º. Voluntad del causante: El testamento de don C. C. G. contiene la siguiente cláusula: “Instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, así presentes como futuros, en pleno dominio, a su esposa E. N. M. que podrá disponer libremente de los bienes de su herencia por actos intervivos. En defecto de ella, o para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo J. C. G., y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación”, 2ª Circunstancias del caso concreto: Orden de fallecimientos. El testador falleció casado y sin descendientes en el año 1981; el fideicomisario falleció –soltero y sin descendientes, como luego se verá– en el año 1987; y, finalmente, la viuda fiduciaria falleció en el año 2013. ¿Se ha purificado el fideicomiso o los bienes fideicomitados corresponden a “los herederos” del fiduciario fallecido soltero y sin descendientes? Circunstancias familiares del testador don C. El testador don C. tenía tres hermanos más aparte de su hermano don J. (que fue al único al que nombró fideicomisario, y en su defecto “a sus descendientes”) como eran sus otros hermanos doña P., doña D. y doña I. C. G. Tan sólo su hermana doña I. tuvo descendientes, en concreto siete hijos, que vivían todos en el momento del otorgamiento del testamento. Las hermanas doña D. y doña P. fallecieron sin descendientes. (Estos datos pueden ser contrastados con la familia de don C. en cualquier momento). Estas circunstancias familiares no constan por razones obvias ni en el testamento ni en la escritura de partición de herencia, pero tienen relevancia a la hora de interpretar la voluntad testamentaria. 3º Nota de calificación. A)-. La cuestión que motiva el recurso no es la de determinar en abstracto si, habiendo premuerto el fideicomisario al fiduciario y habiendo sobrevivido al testador, se aplica el art. 759 C.C. o el artículo 784 C.C. o a la de si el fideicomiso de residuo es una sustitución condicional o a término o si lo condicionado es el quantum. En realidad con el presente recurso no se entra a discutir sobre esas cuestiones jurídicas sino sobre la cuestión fáctica de la purificación del fideicomiso. El Sr. Registrador en su nota de calificación cita dos sentencias del TS que, aunque no se refieren al mismo caso que estamos tratando (pues la de 1 de marzo 2013 se refiere a si los descendientes legítimos comprenden los adoptados y la de 6 junio 2014 se refiere a la sustitución preventiva de residuo) aplican el art. 784 C. Civil. B) -.De otro lado dice la nota de calificación que “la delación hereditaria al fideicomisario se producirá a la muerte del fideicomitente...” lo que, afinando mucho, no es exactamente así. Para la doctrina científica más cualificada, el fideicomisario, a partir de que muere el causante y durante la vida del fiduciario sólo tiene vocación a la herencia de aquél, que se transformará en delación a la muerte de éste, que es cuando se abre la sustitución y se ofrece ya para que lo tome inmediatamente al sustituto el puesto de segundo heredero. En rigor, lo que se adquiere al fallecimiento del causante no es la delación strictu sensu, sino una expectativa de delación. C) -.La nota de calificación omite que el fideicomisario don J. falleció abintestato, soltero y sin descendientes: 1-. Que murió soltero consta en el Certificado de Defunción incorporado a la escritura calificada. 2-. Que murió sin testar se acredita con el certificado negativo del RGAUV 3-. Y que murió sin descendientes, aparte de ser algo público y notorio en Azuaga (Badajoz), consta en la escritura que los señores comparecientes “manifiestan a efectos de acreditar la falta de descendientes de don J. C. G. que está tramitándose ante el Juzgado correspondiente la declaración de herederos abintestato, sin perjuicio de poder acreditar tal extremo por otros medios legales”. Al respecto, también ha omitido la nota que se acompaña a la escritura

de herencia el acta de notoriedad de declaración de inexistencia de descendientes autorizada bajo mi fe, en el que consta incorporado el edicto publicado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Azuaga. D) –Por último, la nota de calificación no contiene referencia alguna a la voluntad del testador, limitándose a afirmar que los bienes fideicomitidos corresponden a los “herederos” del fideicomisario, en base al art. 784 C. Civil. Que se entiende que el fideicomiso se ha purificado de acuerdo con la correcta interpretación de la voluntad del testador. No se entra a discutir si se transmiten o no los derechos del fideicomisario ni se discute si la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario es una condición, sino determinar de conformidad con la voluntad del testador don C. C. G. si el fideicomiso se ha purificado, como entiendo que así ocurre. Lo que el artículo 784 C. Civil –aplicado a este caso– quiere decir es que si el premuerto hermano don J. hubiera dejado descendientes, aquéllos adquirirían derecho a la sucesión desde la muerte del testador aunque don J. haya fallecido antes que la viuda fiduciaria, con lo que tales descendientes sí tendrían derecho a los bienes fideicomitidos. En este sentido sí sería acertada la interpretación que parece contener la nota. Quizá la nota de calificación está influenciada por el hecho de que los “herederos” de don J. son también parientes consanguíneos del testador, que ya vivían y que los conocía éste cuando testó, pero ¿y si la heredera de don J. hubiese sido su hipotética viuda? O ¿Y si don J. hubiere instituido herederos voluntarios a extraños? ¿Hubiese sido la misma postura la mantenida por el Registrador en su nota de calificación? 4º Purificación del fideicomiso: Considero que la calificación del Registrador va demasiado lejos al conceder la transmisión del derecho al fideicomiso a los «herederos», cualesquiera que sean, del fideicomisario. Ello por la razón de que si el nombramiento de fideicomisario significa que el testador se desinteresa de los herederos de la fiduciaria (por ejemplo, de los sobrinos de su viuda, a los que irían después de haber sido de ésta, los bienes si no se fideicomitiese la herencia), y se interesa por las personas que nombra fideicomisarios (así, sus propios parientes, en concreto uno sólo de sus cuatro hermanos y en su defecto sus descendientes) ¿no está claro que también hay que concluir que la preferencia que don C. ha mostrado por la fiduciaria (su esposa doña En.), siendo así que no alcanza a sus herederos, deja ver que menos ha de alcanzar a los herederos del fideicomisario la preferencia –subordinada a la del fiduciario– que mostró por aquél? El derecho sucesorio del fideicomisario no se extiende a la totalidad de los bienes del testador, sino al residuo existente al fallecimiento de la fiduciaria. En concreto, el testador don C. quiere su herencia para su viuda (a la que quiso favorecer al máximo, dándole plena autonomía y libertad para usar y disponer de todos los bienes intervivos), y después el residuo pase a su hermano don J., o en su defecto a sus descendientes, con lo que excluye que pase a los herederos de la viuda. Con lo que se ve que el paso de la expectativa fideicomisaria a los “herederos” del fideicomisario don J. no debe entenderse sino cuando conste que el testador lo quiso, y resulta que el testador sólo quiso nombrar fideicomisario a su hermano don J. –no a sus otros hermanos ni sobrinos, que ya existían cuando testó– y en su defecto a sus descendientes. Por esta razón, el fideicomiso se purifica cuando don J. premuere soltero y sin descendientes a la fiduciaria. El testador sólo nombró fideicomisario a su hermano don J. y en su defecto a sus descendientes. Es decir, el testador ha efectuado una designación explícita de un círculo de posibles fideicomisarios, lo cual revela la exclusión del fideicomiso de las personas que están fuera de él. Se menciona expresamente a los “descendientes” de su hermano don J. como posibles fideicomisarios en defecto de aquél. Entonces, si en defecto a su vez de los descendientes de su hermano don J. se quisiese que el fideicomiso fuese a los sobrinos y resobrinos – que son quienes en la actualidad viven y reclaman “su derecho”– parece que se habría dicho como se dijo para el caso de los descendientes de su hermano don J. Sin embargo, no se hizo. Por tal razón considero que al premorir el fideicomisario soltero y sin descendientes a la fiduciaria se ha purificado el fideicomiso: porque se produce la desaparición del fideicomisario una vez seguidas todas las previsiones del causante. En conclusión, no tienen derecho al fideicomiso los “herederos” del fideicomisario don J. premuerto al fiduciario no por el carácter condicional del fideicomiso sino por el “intuitu personae” del llamamiento fideicomisario: don Cándido sólo llamó a su hermano don J. y

en su defecto a sus descendientes, y no llamó a otros hermanos ni sobrinos (que ya vivían cuando testó), pudiendo hacerlo. Esos sobrinos son los que ahora y después de treinta años pretenden basar su derecho al fideicomiso en el artículo 784 Código Civil, olvidando que como dice la misma STS citada en la nota de calificación registral “el principio, aceptado unánimemente de que la voluntad del testador, voluntad soberana, es la ley imperativa (rectius, ley suprema) en derecho sucesorio”. No parece tampoco tener mucho sentido que, habiendo un fideicomisario designado en el testamento y en su defecto sus descendientes, –previsión por naturaleza hecha para excluir la sucesión de otros parientes–, se abra precisamente la sucesión a favor de esos parientes o herederos voluntarios de ellos que el testador no quiso llamar en su testamento. Ello no guarda congruencia con la redacción dada al conjunto de la cláusula que establece el fideicomiso de residuo (criterio este último contenido en la Resolución DGRN de 25 marzo 2003). Dice la sentencia TS (Sala Civil), de 29 Diciembre 1997 que: “...Interpretación del testamento, sobre la que tanta jurisprudencia ha recaído, tan escasa la normativa (artículo 675 C. Civil) y tan pocos y valiosos estudios monográficos ha merecido, conviene destacar la sentencia de 31 diciembre 1992 que dice: (...) Con la interpretación del testamento se busca el sentido y alcance de la voluntad del testador. Siendo el testamento un negocio jurídico mortis causa, que se perfecciona con la emisión de la voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de su muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, cuando otorgó el testamento; tras ese momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo” Conforme a la voluntad del testador, el fideicomiso se purificó por la premoriencia del fideicomisario a la viuda fiduciaria al haber fallecido aquél soltero y sin descendientes. Al purificarse el fideicomiso se extingue el gravamen fideicomisario y los herederos de la fiduciaria reciben tales bienes libres del fideicomiso, bienes sobre los que ya no pesa ninguna carga de conservación o restitución de los mismos. La conclusión anterior se sustenta en los siguientes argumentos para la interpretación de la real “voluntas testatoris” en el momento en que se otorgó el testamento: a)-. La interpretación literal de la cláusula testamentaria, que es la primera regla interpretativa, 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. Yendo al presente caso concreto, lo esencial es acreditar la verdadera “voluntad de testador”, y ésta aparece en el texto literal. Ni están indeterminados ni están innominados los fideicomisarios. Antes al contrario, el testador sólo designó al hermano del testador don J. y en su defecto su descendencia. Como se apuntó antes, el testador ha efectuado una designación explícita y exclusiva de un círculo de posibles fideicomisarios, lo cual revela la exclusión del fideicomiso de las personas que están fuera de él. No hay colisión de los derechos de los herederos de la esposa fiduciaria y otros eventuales colegitimarios. Doctrina y jurisprudencia interpretan la “descendencia”, considerada en conjunto (hijos y nietos). Y la DGRN interpreta la falta de descendencia como falta absoluta de descendientes, como ocurre en el presente caso. Y la redacción de la cláusula testamentaria hace perfectamente inteligible el supuesto de hecho. La expresión “y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo” debe entenderse en el sentido literal de las palabras (art. 675 C.civil). La correcta redacción gramatical de la cláusula testamentaria, las inequívocas expresiones utilizadas y el empleo del tiempo verbal correspondiente, hacen que, prestando total atención al contenido de la cláusula, no haya dificultad –aun no existiendo herederos forzosos– en averiguar la voluntad del testador. En este sentido dice la RDGRN 19 de mayo de 2005. “Las disposiciones del testamento han de ser interpretadas conjuntamente, y ha de estarse a su literalidad, dándose a las palabras el sentido que de ellas se desprende”. La verdadera voluntad del causante no puede ser más explícita, tanto más cuanto era una persona lega en derecho y expresa lo que siente y desea, lo que jurídicamente es disponer mortis causa de su patrimonio. Tal como dicen las sentencias de 22 junio 2010 y 9 junio 2011, “debe primar el

sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto”. No se dice en el testamento “que la herencia vaya al viudo y luego a todos los sobrinos del causante”, por lo que no se transmite a ellos ningún derecho. b) La interpretación sistemática por lo que, aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad, según la Resolución DGRN 22 Junio 2005, 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)”. Y los elementos extrínsecos en el presente caso son los otros tres hermanos que tenía el testador aparte de don J., llamados doña P., doña D. y doña I. C. G. De esos cuatro hermanos, tan sólo tuvo descendencia su hermana I., que dejó siete hijos, que vivían en el momento de testar. En consecuencia, pudiendo el testador haber nombrado e instituido fideicomisarios a otros hermanos y/o sobrinos, no lo hizo. Y tampoco revocó el testamento pudiendo haberlo hecho, por lo que al morir soltero y sin descendientes antes que la fiduciaria, en este caso concreto ha de considerarse más acorde con lo expresado en el testamento que el fideicomiso se ha purificado. c) Y la interpretación lógica. No se trata tanto de interpretar un texto, sino que, partiendo de la claridad del mismo (“...nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo J. C. G., y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación...”), estas palabras claras sean calificadas como disposiciones de última voluntad, que coincide con el concepto de testamento que da el artículo 667. No se trata de analizar las exactas palabras, en su sentido gramatical o, mucho menos, jurídico, sino ver la intención que se desprende del texto Siguiendo la RDGRN 17 Septiembre 2003, la solución del problema interpretativo ha de partir de dos principios básicos: a)-. Cada caso habrá de resolverse en función de una interpretación específica del respectivo supuesto. b)-. La solución vendrá dada en función de lo que se estime, a la vista del caso examinado, si puede llegarse a la conclusión de que se ha querido (teniendo en cuenta las limitaciones que nuestro Código Civil impone a la interpretación del testamento, según la doctrina jurisprudencial) que sólo el hermano don J. y en su defecto sus descendientes sean llamados como fideicomisarios, en cuyo caso estaríamos dentro de los límites de la interpretación testamentaria, o por el contrario llegar a dicha conclusión supondría entrar en el campo de la integración de la voluntad del testador y en consecuencia tal conclusión excedería de la labor interpretativa. En el presente supuesto, la realidad de las cosas llega a concluir que admitir que los “herederos” del fideicomisario tengan derecho a heredar los bienes fideicomitados –como defiende la nota de calificación registral– lleva a resultados no deseados por el testador, el cual nombró como “heredero sustituto a su hermano de doble vínculo don J. y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación”. En congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. Art. 739 C. Civil) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria (...). La Resolución DRGN 26 Noviembre 1998 afirma “...según reiterada doctrina del Tribunal Supremo la interpretación del testamento ha de hacerse con un criterio subjetivista porque aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquél, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (Sentencias TS 3 Abril 1965, 12 Febrero 1966, 29 Enero 1985, 6 Abril 1992, 29 Diciembre 1997, y 23 Junio 1998, entre otras citadas en ellas)”. En consecuencia «el fideicomiso contenido en el testamento se ha purificado, por lo que se extingue el gravamen fideicomisario y los herederos de la

fiduciaria reciben tales bienes libres del fideicomiso, bienes sobre los que ya no pesa ninguna carga de conservación o restitución de los mismos».

IV

Mediante escrito, de fecha 7 de mayo de 2015, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 739, 759, 781, 783, 784 y 799 del Código Civil; 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento Hipotecario; 158 del Reglamento Notarial; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 26 de junio de 1951, 11 de noviembre de 1955, 21 de noviembre de 1956, 6 de febrero de 1958, 7 de enero de 1959, 24 de noviembre de 1960, 9 de junio de 1962, 29 de enero, 3 y 20 de abril, 5 de junio y 18 de diciembre de 1965, 12 de febrero y 9 de noviembre de 1966, 5 de octubre de 1970, 9 de junio de 1971, 8 de mayo de 1979, 24 y 26 de marzo y 25 de abril de 1983, 29 de febrero y 9 de marzo de 1984, 1 de diciembre de 1985, 10 de febrero de 1986, 9 de junio de 1987, 6 de abril, 6 de junio y 31 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1994, 29 de enero de 1995, 30 de enero, 24 de abril y 29 de diciembre de 1997, 23 de junio de 1998, 6 de febrero de 2002, 19 de diciembre de 2006, 7 de noviembre de 2008, 14 de octubre de 2009, 13 de mayo, 22 de junio y 2 de noviembre de 2010, 9 de junio de 2011, 20 de julio y 30 de octubre de 2012, 1 de marzo de 2013 y 6 de junio 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, 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 y 9 de junio de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: las fincas están sometidas a una sustitución fideicomisaria de residuo cuya cláusula es la que sigue: «Instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, así presentes como futuros, en pleno dominio, a su esposa E. N. M., que podrá disponer libremente de los bienes de su herencia por actos inter vivos. En defecto de ella, o para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo J. C. G., y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación»; en el Registro figura inscrita de la siguiente forma: «Fideicomiso: en cuanto a la mitad indivisa que adquiere doña E. N. M. por herencia de su marido don C. C. G., lo hace con la cláusula testamentaria siguiente: doña E. N. M. podrá disponer libremente de los bienes de la herencia por actos inter vivos. Para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo don J. C. G. y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación»; el orden de fallecimientos se ha producido de la forma siguiente: el fideicomitente falleció en 1981, el heredero fideicomisario falleció en 1987 sin descendientes, y la heredera fiduciaria falleció en 2013; el notario autorizante hace en la escritura de herencia, un informe con los razonamientos jurídicos por los que entiende está purificado el fideicomiso y se adjudican las fincas a los herederos de la fiduciaria: considera que es un fideicomiso condicional y por lo tanto, en virtud del artículo 759 del Código Civil, al producirse el fallecimiento del fideicomisario antes de cumplirse la condición, y carecer de descendientes sustitutos vulgares, nada adquiere ni transmite a sus herederos; que en consecuencia, en la escritura se adjudican las fincas los herederos de la fiduciaria; interviene representado uno de los herederos, menor de edad, sin que se señale de forma expresa en la intervención su edad o fecha de nacimiento, pero se incorpora a la diligencia

de ratificación de sus padres un testimonio del libro de familia en el que consta esa fecha de nacimiento.

El registrador señala tres defectos en la calificación, pero sólo dos son objeto de recurso: uno, relativo a la falta de expresión de edad del menor; el otro, relativo al fideicomiso de residuo: que no se trata de un fideicomiso condicional sino a término y que por lo tanto no es de aplicación el artículo 759 sino el artículo 784 del Código Civil; en consecuencia, al fallecer el fideicomisario con posterioridad a la apertura de la sucesión del fideicomitente, no opera la sustitución vulgar a favor de sus descendientes, y por aplicación del artículo 784, adquiere su derecho y lo transmite a sus herederos y son estos los que deben adjudicarse los bienes fideicomitados.

El notario recurre el segundo y tercer defectos señalados en la nota de calificación; respecto al primer defecto recurrido, esto es el segundo de la nota, señala que está incorporado por testimonio el libro de familia, del que resulta claramente que el menor nació el día 17 de agosto de 2003 por lo que se ha cumplimentado la exigencia del artículo 51 del Reglamento Hipotecario; respecto al otro defecto que se recurre, alega que se trata de un fideicomiso condicional debido a la expectativa de la subsistencia de bienes al fallecimiento de la fiduciaria, y al margen de los razonamientos expuestos en el informe contenido en la escritura, al producirse el fallecimiento del fideicomisario antes del de la fiduciaria y sin descendientes sustitutos vulgares, ha quedado purificado el fideicomiso; que la interpretación del testamento del fideicomitente, en sus diversas variables de literal, sistemática y lógica, nos lleva a la comprensión de que la voluntad del testador fue que los bienes fueran de la fiduciaria y solo en el residuo del fideicomisario sustituido por sus descendientes, con independencia de la fecha de su muerte, por lo que al carecer de tales descendientes, el fideicomiso se ha purificado.

2. Respecto al primero de los defectos recurridos, esto es, la falta de expresión de la edad del menor, el artículo 158 del Reglamento Notarial, en sede de comparecencia, establece que «la edad de los menores se expresará por indicación de la fecha de nacimiento (...) Los datos relativos a la edad se harán constar por lo que figure en el documento de identificación del compareciente, del que resulte la representación, o tratándose de menores de edad por lo que resulte de las declaraciones de los comparecientes, acreditándose esta circunstancia, si hubiere duda sobre ello, con su documento de identificación, con certificación del Registro civil o con el Libro de Familia». En consecuencia, ya que la edad del menor se deduce de uno de los documentos incorporados por testimonio a la escritura calificada, se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, por lo que se debe revocar este defecto señalado en la calificación.

3. Centrados en el objeto central del recurso, esto es, la naturaleza y efectos del fideicomiso de residuo, se debe establecer previamente, que uno de los principales problemas que plantean los fideicomisos de residuo es si son o no verdaderas sustituciones fideicomisarias, y aunque la doctrina tradicional antigua venía decantándose por la postura negativa, hoy, la jurisprudencia y la doctrina de este Centro Directivo («Vistos») reconocen tal carácter, en base a que la posición anterior fue importada de la doctrina francesa, en la que al estar prohibidas las sustituciones fideicomisarias, se trataron de legalizar las sustituciones de residuo a base de negarles tal carácter; pero tal argumentación no tiene sentido en el derecho español al estar admitidas las sustituciones fideicomisarias.

Ciertamente, la sustitución fideicomisaria lleva consigo la obligación de conservar en el sentido de no disponer, y esta obligación se debe dar en el fideicomiso de residuo si queremos conceptualarlo como una forma de sustitución fideicomisaria. El Tribunal Supremo ha adoptado en esta cuestión una postura vacilante: en las antiguas Sentencias del Alto Tribunal de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955, 21 de noviembre de 1956 y 24 de noviembre de 1960, no lo identificó con la genuina sustitución fideicomisaria y lo diferenció de ella, calificándolo como una institución condicional.

Pero ha determinado la posterior jurisprudencia (en «Vistos») que la obligación de conservar no es característica esencial de la sustitución fideicomisaria, y puede ser

dispensada, porque el artículo 783.2 al referirse a las deducciones autorizadas al fiduciario, inserta la expresión salvo que es testador haya dispuesto otra cosa. Por lo tanto, si es la voluntad del causante la que determina la extensión de la sustitución fideicomisaria, de la misma forma podrá dispensar de la obligación de conservar: si lo que define la esencia de la sustitución fideicomisaria es la existencia de una vocación o llamamiento sucesivo, este se da también en el fideicomiso de residuo, por lo que no hay obstáculo para admitirlo como una modalidad de sustitución fideicomisaria.

4. Sentado que nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria de residuo, como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 9 de junio de 2015), 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 «conserva y transmite 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 intervivos. 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».

Es posible una sustitución fideicomisaria de residuo en la que la muerte del fiduciario actúe bien como término, bien como condición. Será a plazo si la sobrevivencia del sustituto o la muerte del instituido no fue señalada como evento condicionante de la sustitución, sino que se configuraron simplemente como términos suspensivos de la efectividad de la restitución del residuo que quedare. Si es a término, actúa la muerte del fiduciario como término incierto, por lo que el fideicomisario adquiere el derecho a la muerte del fideicomitente, por aplicación del artículo 784 del Código Civil, porque la sustitución no está condicionada en sí misma sino en su contenido. Si es condicional, lo condicionado no es el contenido del llamamiento sino el propio llamamiento.

5. Sentado que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, y que en la teoría admite dos categorías distintas -condicional o no- con distintos efectos en una y otra, se trata de establecer si nos encontramos ante uno u otro de los fideicomisos de residuo. La determinación de la naturaleza condicional del fideicomiso de residuo, es una de las cuestiones sobre las que más se ha debatido en la doctrina y jurisprudencia, esto es, si dada cierta redacción de la cláusula, nos encontramos ante una institución condicional per se o no, siendo lo condicionado la hipotética adquisición de bienes por el segundo o sucesivo llamado.

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha llevado, quizás por las circunstancias concurrentes en los casos, a una postura que no admita ciertas fisuras. En

la doctrina de las Sentencias tradicionales, se considera habitualmente el fideicomiso de residuo como condicional mientras que en las más modernas resulta la posibilidad de un fideicomiso puro. Por otra parte, en muchos casos recogidos por estas Sentencias, no tienen derecho al fideicomiso los herederos del fideicomisario premuerto al fiduciario, no por el carácter condicional del fideicomiso sino por el *intuitu personae* del llamamiento fideicomisario o por la existencia de una verdadera condición que había sido impuesta por el testador (como por ejemplo la sobrevivencia del fideicomisario al fiduciario).

Hasta el nuevo milenio, el Tribunal Supremo había mantenido, con la crítica de la mayor parte de la doctrina, la naturaleza condicional del fideicomiso de residuo. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994 -por todas las tradicionales en «Vistos»-, se afirma: «que sea cual sea el concepto que merezca el fideicomiso de residuo, no cabe duda que en él, el fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente; esto es, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el artículo 759 del Código Civil “el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”, sin que contra dicho precepto pueda prevalecer lo ordenado en el artículo 799, que se refiere al heredero instituido a término incierto, en el cual el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore. Como al fideicomisario no le corresponde la herencia hasta que muera el fiduciario, que es cuando hereda y sólo a partir de entonces es heredero, no ha de ser citado para la práctica del inventario, como pide el artículo 1057 para los que ya son coherederos».

Por el contrario, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1983 – antecedente de la doctrina moderna– se había partido del carácter no condicional, si bien de la lectura del texto de la misma no queda claro que dicha característica sea predicable en todos los casos: «Es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o fideicomiso de residuo, supuesto que permite el artículo 783 en su párrafo 2, donde, después de establecer que el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, añade “salvo en caso en que el testador haya dispuesto otra cosa”: que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de “fideicomiso de si queda” o de si *aliquid supererit* a la manera contemplada en la Sentencia de 23 diciembre 1982 ajeno a la institución condicional en sentido estricto del artículo 790 que, consiguientemente no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son ciertos desde la muerte del testador ya que a nada están condicionados, como tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único incierto es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso de *eo quod supererit*), que sólo podrá saberse en el momento del fallecimiento del fiduciario único que es justo, lo que indujo a la jurisprudencia a declarar que hasta entonces los fideicomisarios tienen una simple expectativa a adquirir el concepto de heredero, que se perfecciona cuando dicho fallecimiento tiene lugar –SS. de 28 junio 1947, 13 noviembre 1948, 1 diciembre 1951, 10 julio 1954, 7 enero 1959 y 29 enero 1962, entre otras–; razones todas, por las que este motivo tiene que desestimarse».

Así pues, la doctrina y la jurisprudencia se han encontrado divididas sobre la cuestión de la pretendida condicionalidad o no de estas figuras.

Los partidarios de la condicionalidad parten de la creencia de que en el fideicomiso de residuo, la voluntad del testador expresa que el fideicomisario sólo sea heredero si el fiduciario deja bienes no dispuestos. De esta forma, bajo esta premisa cabe entender que el fideicomiso de si *aliquid supererit*, a su juicio, es condicional porque sería heredero el fideicomisario bajo la condición de que quedasen bienes. Condición que se da si quedan bienes, y que no se da si no quedan, y en este caso no resulta llamado el fideicomisario,

porque la condición de que quedasen no se cumplió. Así no toma los bienes, no porque, a pesar de ser heredero, no los hay, sino porque no se le quiso por heredero si no los había.

Frente a esta postura, se alza la de quienes entienden que no hay llamamiento condicional. El fideicomisario es llamado como heredero y tomará los bienes que hayan quedado (si quedaron o los que debieran quedar y los que pudieron no haber quedado, pero quedaron).

6. La postura doctrinal crítica -hasta entonces- de que el fideicomiso no está sometido a condición, comienza a recogerse por la jurisprudencia del Alto Tribunal a principios de siglo. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo número 718/2002, de 6 de febrero, en su fundamento jurídico cuarto señala que: «Y con la mejor doctrina, si bien, alguna Sentencia habla de que en este fideicomiso de una u otra especie, se incorpora una condicionalidad, ha de precisarse que en la especie en litigio “Si...” la misma sólo se refiere no a los llamamientos, sino al alcance del residuo relicto en cuanto a su existencia o conjunto de bienes».

Se recoge con más claridad aún en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, donde aparece un cambio de postura, que 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 si 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...».

Esta postura ha sido reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo número 323/2014, de 6 de junio de 2014, que establece que la esencia del fideicomiso (rectius, sustitución fideicomisaria) es el ordo sucessivus, el nombramiento de un preheredero (el fiduciario) y, sucesivamente, de un postheredero (el fideicomisario) pero en el residuo; el

fiduciario tiene poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos, en la medida que haya ordenado el testador fideicomitente. Así pues la esencia es el orden sucesorio y no el quantum de bienes que subsistan. Según la doctrina contenida en esta Sentencia: «... han tratado directamente del fideicomiso de residuo, las sentencias de 13 marzo 1989 (“aún sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias”), la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados de 27 octubre 2004 (“modalidad de la sustitución fideicomisaria”). Comprende los actos a título oneroso o gratuito, si así lo dispone el causante (Sentencia de 13 mayo 2010). En el caso presente, comprende los actos inter vivos y a título oneroso (a título gratuito, o mortis causa, sólo a favor de la fundación fideicomisaria). Sin embargo, lo que no disponga (si quid supererit) se transmite directamente al heredero fideicomisario... En conclusión, mientras no se ha producido la purificación del fideicomiso –que normalmente es la muerte del fiduciario (como en el presente caso)– el heredero fideicomisario... a término, como es la muerte, certus an, incertus quando, tiene el ius delationis, pero la adquisición efectiva de la posesión del patrimonio fideicomitado se produce a la muerte (en el presente caso) de la fiduciaria... La delación hereditaria al fideicomisario se producirá a la muerte del causante –fideicomitente– si el fideicomiso es a término, momento en que aquél tiene el ius delationis. La adquisición de los bienes que forman el patrimonio hereditario -patrimonio fideicomitado- se produce cuando se cumpla el término –muerte de la fiduciaria–.... La sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2013, sí afirmó, con carácter general: “el fideicomisario adoptado adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte (artículo 784 del Código Civil)... debe tenerse en cuenta, como se ha señalado, que técnicamente la transmisión de los derechos hereditarios del fideicomisario adoptado a sus propios herederos se produjo tras su muerte por aplicación directa del artículo 784 del Código Civil... El motivo primero del recurso de casación se formula por infracción del artículo 784 del Código civil y del artículo 14 de la Constitución española. En el desarrollo del motivo mantiene el carácter de heredero (fideicomisario) del causante (fideicomitente) desde la muerte del mismo y a la muerte de la heredera (fiduciaria) adquiere los derechos y acciones retroactivamente al momento de la apertura de la sucesión que no es otro que el de la muerte del fideicomitente. Lo cual lo dice expresamente la sentencia de 12 febrero 2002, aunque es a sensu contrario ya que se ejercieron acciones antes de purificarse el fideicomiso, es decir, antes de la muerte de fiduciaria y no se trataba de fideicomiso de residuo. La especialidad de éste alcanza al contenido de los bienes. Estos tendrán mayor o menor entidad según haya dispuesto la fiduciaria, pero los conceptos esenciales de la sustitución fideicomisaria se mantienen. En el fideicomiso de residuo el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante, pero el contenido de la herencia será mayor o menor según haya dispuesto la fiduciaria, que lo puede haber dispuesto del todo (si quid supererit). En este sentido tiene una mera expectativa, pero heredero sí lo es (a no ser que se trate de fideicomiso condicional, que no es el caso); es lo que se ha denominado “postheredero”, tras el fiduciario, “preheredero” en ordo sucesivus».

7. Toda la discusión sobre la cuestión de la condicionalidad o no del fideicomiso, tiene su trascendencia en el caso de que el llamado al residuo fallezca con anterioridad al primer llamado. Con la interpretación de la cláusula podemos considerar que si el llamamiento fue efectivo al fallecimiento del testador o, en general, ordenante de la cláusula, en consecuencia el llamado al residuo adquirió en esa fecha un derecho perfectamente transmisible a sus herederos; o, por el contrario, considerar que su llamamiento dependía de la sobrevivencia al primer llamado y que, en consecuencia, su premoriencia, le hace decaer en sus derechos. Cuestión aparte pero ligada con la anterior sería la de resolver si en este último supuesto deben ser llamados los herederos del testador o los del primer llamado y, en el primer caso, si deben ser los existentes en el momento de su muerte o en el momento de la muerte de este primer llamado.

Por esto, en casi toda la jurisprudencia vista, la figura de la interpretación de la voluntad testamentaria había sido elemento básico para determinar si nos encontrábamos ante un

fideicomiso -que fuera o no denominado como condicional- hiciese pender la vocación de la condición de que existiesen o no bienes.

Ciertamente se trata de interpretar lo que realmente quiso el causante, si condicionar o no la sustitución fideicomisaria. Así pues, en la jurisprudencia se introdujo el criterio de la interpretación para determinar si un fideicomiso en cuestión, era o no condicional.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2008, aparece la interpretación como criterio esencial para la apreciación de la condicionalidad de la sustitución fideicomisaria de residuo y el Alto Tribunal dio prioridad a la interpretación que se había realizado en instancia. Señala en su fundamento jurídico tercero que: «Así, en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y ordena que el resto que quedare en el momento de la restitución –generalmente a la muerte del fiduciario– pase a otras personas a las que llama sucesivamente a la herencia. La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el ahora contemplado, de fideicomiso si aliquid supererit, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo de la herencia del fideicomitente. 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. 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”...».

8. La interpretación de las cláusulas de los testamentos puede resultar dificultosa en múltiples ocasiones pues esas cláusulas pueden ser a veces oscuras, ambiguas, imprecisas, incompletas, equívocas, excesivamente rígidas o drásticas, de significado dudoso, etc., si bien, como ha recogido la jurisprudencia («Vistos»), la mayor parte de los testamentos se otorgan en forma abierta ante notario y hallándose el testador en condiciones normales de capacidad, por lo que la inteligencia de estas cláusulas no debería suscitar dudas ni problemas aun cuando en numerosas ocasiones son productoras de mucha jurisprudencia.

El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código Civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Lo que confirman otras disposiciones del Código Civil, como el artículo 773 para el nombre y apellidos de los designados como herederos o legatarios. En cualquier caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1985 establece que «a diferencia de lo que ocurre con los actos inter vivos, en los que el intérprete debe tratar de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tiene su punto de partida en las declaraciones del testador, su principal finalidad es investigar la voluntad real, o al menos probable, del testador en sí misma, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación -causante y herederos- sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de las circunstancias, incluso externas del testamento -como ya se dijo en sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944 y 3 de junio de 1947 y se reitera en las de 20 de abril y 5 de junio de 1965, en el sentido precisado por las de 12 de febrero de 1966 y 9 de junio de 1971- y de completar aquel

tenor literal con el elemento lógico, el teleológico y el sistemático». En definitiva, en el núcleo de la interpretación de los testamentos debe prevalecer un criterio distinto de la interpretación de los contratos. Con todo, el artículo 675 del Código Civil no excluye la posible aplicación de algunos de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos contenidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil.

9. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento. En este sentido, la Sentencia de 9 de noviembre de 1966: «atendiendo fundamentalmente a la voluntad del testador, para la que ha de tomarse en consideración todo cuanto conduzca a interpretar la voluntad verdadera, captando el elemento espiritual sin limitarse al sentido aparente o inmediato de las palabras y basándose para tal indagación en los elementos gramatical, lógico y sistemático, más sin establecer entre ellos prelación o categorías». En consecuencia, la interpretación debe dirigirse fundamentalmente a interpretar la voluntad del testador con los límites de que el que puede aclararla en primera persona ya no vive, y el carácter formal del testamento, que exige partir de los términos en que la declaración aparece redactada o concebida.

La jurisprudencia ha empleado como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman el sentido espiritual de la voluntad del testador, esto es su voluntad real. La Sentencia de 5 de octubre de 1970 exige para la interpretación matizada de la literalidad del testamento, que existan otros datos o elementos que claramente demuestren que fue otra la voluntad del testador, y que si bien debe partirse del elemento literal, debe serlo siempre que la intención no parezca la contraria.

Así, en la Sentencia de 6 de febrero de 1958, tras afirmar que se ha de estar a los términos del testamento, indica que las palabras empleadas por el testador no han de entenderse siempre conforme el común sentir de la comunidad en el sector social «en el que se hallaba rodeado el agente» sino «en el propio y peculiar de este al referirse concretamente a sus bienes y derechos». En esta jurisprudencia se trataba de un huerto que consideraba la testadora cuando se refería a él, que incluía la edificación dentro del mismo. En parecido sentido la Sentencia de 24 de marzo de 1983: «aunque el criterio prioritario deba ser el literal, hay que dar a aquellas palabras el significado que proceda en relación con las circunstancias personales y sociales concurrentes».

La Sentencia de 26 de junio de 1951 se fija fundamentalmente en el elemento teleológico, que establece que en la duda, debe preferirse la interpretación del testamento que le permita surtir efecto. El elemento lógico se destaca en la de 18 de diciembre de 1965. La Sentencia asevera que el tenor del testamento a que se refiere el artículo 675 del Código Civil alude al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentimiento de una cláusula dudosa, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad.

La combinación armónica de los elementos gramatical, lógico y sistemático luce en la Sentencia de 9 de noviembre de 1966. Pero en la de 9 de junio de 1962 se había forjado la prevalencia de la interpretación espiritualista: se antepone la voluntad del testador a toda expresión errónea o incompleta. En la de 8 de mayo de 1979, no sólo se admite la prueba extrínseca, es decir, en hechos o circunstancias no recogidas en el testamento, sino que conductas posteriores pudieron constituir medios de prueba.

Por último, la elocuente Sentencia de 10 de febrero de 1986, que ante la existencia de ambigüedad y consiguiente duda entre la voluntad del testador, su intención y el sentido literal de las palabras, da paso a los elementos lógico, sistemático y finalista, que no se pueden aislar de los otros, ni ser escalonados como categorías o especies distintas de interpretación, por lo que el artículo 675 no pone un orden de prelación sin que se excluya acudir a los medios de prueba extrínsecos, o sea, a circunstancias exteriores al testamento mismo, de muy diversa índole, «con tal que sean claramente apreciables y tengan una

expresión cuando menos incompleta en el testamento, o puedan reconocerse dentro del mismo de algún modo». En este sentido la Sentencia de 6 de junio de 1992, que permite hacer uso «con las debidas precauciones de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta». En el mismo sentido las de 31 de diciembre de 1992, 30 de enero y 24 de abril de 1997 y 19 de diciembre de 2006.

10. 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 ésta lo es de residuo.

Así pues, a falta de albaceas, contadores-partidores u otras personas o circunstancias que puedan interpretar la voluntad del testador, 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 literal 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)...».

11. Y centrados en la interpretación de la cláusula de este expediente, es reseñable que el recurrente en su escrito de recurso, lejos de sostener la inaplicación del artículo 784 del Código Civil, lo que ya había sostenido en su informe hecho en la escritura de herencia, ahora basa su argumentación en la interpretación de la cláusula testamentaria. Hace una interpretación en la que señala, entre otras cosas, que al ser el fideicomitente una persona lega en derecho en el momento de otorgar testamento, no ha quedado reflejada exactamente su voluntad. Pero, precisamente, la intervención notarial en el otorgamiento de un testamento abierto garantiza la conducción de la voluntad del testador a las fórmulas jurídicas permitidas. Ciertamente, ante las vacilaciones de la jurisprudencia expuesta y los dispares criterios de la doctrina, no sólo es aconsejable sino que es necesario redactar el testamento, de modo que con independencia de la solución jurídica que se adopte, la voluntad del testador quede clara e inequívoca.

También presenta el recurrente en su escrito, una descripción detallada de la familia del fideicomitente, y se plantea qué hubiera pasado si la voluntad del testador hubiera sido otra designando heredero a tal o cual persona. Pero en la calificación registral no está comprendida la elucubración de las diferentes voluntades que hubiera tenido el testador. Del mismo modo, tampoco entra en el ámbito de la calificación examinar los antecedentes familiares del testador aunque no estén llamados como herederos. Ciertamente, esto corresponde a los tribunales de Instancia.

No cabe duda que en toda interpretación siempre hay un elemento subjetivo, pero ello no debe desvirtuar ni prescindir de todo elemento objetivo del supuesto que se trate y que nos permita determinar la interpretación. La cláusula testamentaria reza así: «Instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, así presentes como futuros, en pleno dominio, a su esposa E. N. M., que podrá disponer

libremente de los bienes de su herencia por actos intervivos. En defecto de ella, o para el caso de que a su fallecimiento conservase algunos bienes procedentes de esta herencia, nombra heredero sustituto a su hermano de doble vínculo J. C. G. y en su defecto a los descendientes legítimos del mismo en su representación». Es reseñable, que en la inscripción de la carga del fideicomiso en el Registro de la Propiedad se ha omitido la frase «en defecto de ella», que hace alusión a la sustitución vulgar que está implícita en la fideicomisaria. Lo que indica que la voluntad del testador era que a falta de su esposa, su hermano don J. —y no otro— heredase las fincas. Como quiera que la fiduciaria sobrevivió al fideicomitente, no funcionó esa sustitución vulgar, pero esta frase sirve para interpretar la disposición del testador: la voluntad del fideicomitente-causante originario era que efectivamente su hermano sucediese a falta de su esposa —sustitución vulgar— y no sólo esto, sino que de ser heredera fiduciaria ella, sucediese como fideicomisario en las fincas fideicomitidas en lo que no se hubiese dispuesto de ellas, y que por lo tanto, a la muerte de la fiduciaria adquiriese el quantum que quedase. Es evidente que no fue puesta la vocación en condición, sino la cuantía de lo que constituya el caudal heredado por el fideicomisario.

Así pues, la voluntad del testador (fideicomitente) es clara y delimita los bienes que son objeto de la sucesión de la causante de los que no lo son por estar sujetos a fideicomiso. Como el fideicomisario llegó a ser tal, es indiferente la existencia o no de descendientes de este como sustitutos vulgares del mismo. Lo fundamental es determinar quiénes son sus herederos, a los cuales pasarían sus bienes por aplicación del artículos 784 y 1006 del Código Civil. Y precisamente en la tramitación de la declaración judicial de herederos abintestato del fideicomisario, lo que se ha manifestado en el escrito de recurso, resultarán los herederos de los bienes sometidos al fideicomiso.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto respecto del primero de los defectos recurridos y desestimarlos respecto del otro de acuerdo con los fundamentos de Derecho anteriormente expuestos y conformar en este punto la calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de julio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.