

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8593 *Resolución de 26 de junio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Linares, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña M. D. F. S., abogada, en nombre y representación de doña M. V. G. L., contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Linares, doña Juana María Arroyo Fernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Linares, don Francisco Javier Ríos Valverde, el día 24 de noviembre de 2016, con el número 990 de protocolo, se otorgaron las operaciones particionales ocasionadas por el óbito de los cónyuges don A. A. G. -fallecido el día 14 de junio de 2014- y doña A. L. B. -fallecida el día 18 de junio de 2016-, interviniendo en las mismas: los hermanos L. F. -doña A., don R., doña O., don J. y doña M. M.-; don G. L. M.; las hermanas L. B. -doña M. P., doña A., doña R., y doña A. I.-, y los hermanos G. L. -doña A., doña J., doña M. C., doña R. M., doña A., doña M. V., y don F.-. Todos estos intervinientes son los herederos y descendientes de los herederos de la causante, doña A. L. B. que son sus hermanos, don G. y doña C. L. B. siendo la causante doña A. L. B., a la vez, transmitente de la herencia de su esposo, don A. A. G. En el testamento del primer fallecido, don A. A. G., sin descendientes, nombra e instituye heredera universal a su esposa -doña A. L. B.-, en pleno dominio y con libre disposición; para el caso de que la nombrada heredera, no llegare a serlo, o siéndolo no dispusiera del todo o parte de la herencia por actos «inter-vivos» o «mortis-causa», la sustituye y en su lugar instituye herederos don M., doña A., doña I., doña F., doña J. y doña C. A. G., hermanos todos del testador, por partes iguales en pleno dominio y con libre disposición, con derecho de representación a favor de sus descendientes legítimos y con el derecho de acrecer entre ellos en su defecto. En el testamento de la segunda fallecida, la esposa doña A. L. B., también sin descendientes, nombra e instituye heredero universal a su citado esposo, en pleno dominio y con libre disposición; para el caso de que el nombrado heredero, no llegare a serlo, o aun siéndolo, no dispusiera del todo o parte de la herencia por actos «inter-vivos» o «mortis-causa», lo sustituye y en su lugar instituye herederos a don G. y doña C. L. B., ambos hermanos de la testadora, por partes iguales en pleno dominio y con libre disposición, con derecho de representación en favor de sus descendientes legítimos y con el de acrecer entre ellos en su defecto.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Linares el día 28 de diciembre de 2016, y fue objeto de la calificación que, a continuación, se transcribe: «La registradora de la Propiedad que suscribe practica la calificación de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia otorgada en Linares el veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis ante el Notario don Francisco-Javier Ríos Valverde, número 990 de protocolo, en la que aprecia la falta de consentimiento de los herederos instituidos por don A. A. G., en sustitución de su esposa y heredera -doña A. L. B.-, que don M., doña A., doña I., doña F., doña J. y doña C. A. G., hermanos todos

del testador, o sus descendientes legítimos en su caso, sobre los siguientes Hechos. Primero.—El documento fue presentado por doña M. D. F. S. a las once horas cincuenta y tres minutos del veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis causando el asiento de presentación 1.495 del Diario 115, junto con los documentos que acreditan el cumplimiento de lo previsto en el artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria y los complementarios de las herencias de los cónyuges don A. A. G. y doña A. L. B. -certificados de defunción y últimas voluntades y copias autorizadas de sus testamentos-, así como de las actas de declaración de herederos de G. y C. L. B. y de A. y J. L. F. Segundo.—La escritura recoge las operaciones particionales llevadas a cabo al fallecimiento de los cónyuges don A. A. G. y doña A. L. B., por los hermanos L. F., doña A., don R., doña O., don J. y doña M. M. y doña A. L. F., don G. L. M., las hermanas L. B., doña M. P., doña A. I., doña R. y doña A., los hermanos G. L., doña A., doña J., doña M. C., doña R. M., doña A., doña M. V. y don F., como representantes y legítimos descendientes de los herederos de doña A. L. B., que son sus hermanos G. y C., L. B., siendo doña A. a su vez transmisaria de la herencia de su esposo. Tercero.—Los esposos don A. A. G. y doña A. L. B., fallecieron en Linares los días 14 de junio de 2014 y 18 de junio de 2016 respectivamente, bajo la vigencia de los únicos testamentos abierto que otorgaron ambos el 14 de diciembre de 1973 ante el Notario de Sabadell don Francisco Ribes Canet, números 2.213 el de él y 2.214 el de ella en los que: - En el testamento del primer fallecido, don A. A. G., tras exhibir el otorgante su DNI (...) declara que es hijo de F. y M., que viven a la fecha de testar, y que está casado únicas nupcias con A. L. B., de cuyo enlace no tiene sucesión, establece que sin perjuicio de lo que por legítima puede corresponder a los herederos forzosos que haber pudiere, de todos sus bienes, nombra e instituye heredera universal a su citada esposa, en pleno dominio y con libre disposición; para el caso de que la nombrada heredera, no llegare a serlo, o aún siéndolo, no dispusiera del todo o parte de la herencia por actos inter-vivos o mortis-cause, la sustituye y en su lugar herederos instituye a don M., doña A., doña I., doña F., doña J. y doña C. A. G., hermanos todos del testador, por partes iguales en pleno dominio y con libre disposición, con derecho de representación en favor de sus descendientes legítimos y con el de acrecer entre ellos en su defecto.» - En el testamento de la segunda fallecida, doña A. L. B., tras exhibir la otorgante su DNI (...) declara que es hija de J. -fallecido- y O. -que vive a la fecha de testar- y que está casada en únicas nupcias con A. A. G., de cuyo enlace no tiene sucesión, establece que sin perjuicio de lo que por legítima pueda corresponder a los herederos forzosos que haber pudiere, de todos sus bienes, nombra e instituye heredero universal a su citado esposo, en pleno dominio y con libre disposición; para el caso de que el nombrado heredero, no llegare a serlo, o aún siéndolo, no dispusiera del todo o parte de la herencia por actos inter-vivos o mortis-cause, lo sustituye y en su lugar herederos instituye a don G. y doña C. L. B., ambos hermanos de la testadora, por partes iguales en pleno dominio y con libre disposición, con derecho de representación en favor de sus descendientes legítimos y con el de acrecer entre ellos en su defecto. Cuarto.—No habiéndose podido acreditar el fallecimiento de los padres del causante A., llamados F. y M. ni de la madre de la causante A., llamada O. en el testamento de la causante y L. en el certificado de defunción -con aseveración expresa de que es la misma persona-, legitimarios de ambos fallecidos, se celebra acto de conciliación el 12 de enero de 2017 por alguno de los interesados arriba expresados, expidiendo yo ese mismo día la certificación prevenida en el artículo 103-bis de la Ley Hipotecaria; en dicho acto, se avienen en hacer constar que F., M. y L., conocida como O., se encontraban fallecidos a la fecha en que sus respectivos hijos fallecieron; lo anterior se deduce de los certificados de defunción expedidos por el Registro Civil de Linares antes relacionados, de los que resulta que doña A. L. B., hija de J. y de L. nació el 12 de agosto de 1.929 y falleció el 18 de junio de 2016 contando con casi 87 años de edad y don A. A. G., hijo de F. y de M. nació el 27 de mayo de 1.927 y falleció el 14 de junio de 2014 contando con más de 87 años de edad; y siendo así que la edad de procrear los padres estaría como mínimo en quince años, a la fecha de fallecer A. y A., sus padres tendrían más de cien años de edad. Fundamentos de Derecho. Primero.—El Registrador calificará los títulos de todas clases que se presenten a inscripción, y tratándose de documentos notariales la calificación se extenderá a la

legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicitare inscripción. Así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro –artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento Hipotecario–.

Segundo.–Es relevante en este caso que: - no existen derechos de legítima en ninguna de las dos herencias, - en las disposiciones testamentarias del primer causante, se establece la institución de heredero en pleno dominio y con libre disposición de los bienes a la esposa de éste, sujeta esta institución a un fideicomiso de residuo para el caso de que no llegara a ser heredera o no dispusiere del todo o parte de la herencia por actos inter-vivos o mortis-causa, supuestos éstos que no han tenido lugar por parte de instituida heredera, ya que no puede considerarse una disposición por actos mortis-causa la hecha en el testamento de la heredera, que no olvidemos se otorga en la misma fecha, a continuación del de su esposo, lo que pone de manifiesto que ambos conocen el hecho del otorgamiento mutuo de la disposición testamentaria, lo cual, deja vacía de contenido la sustitución fideicomisaria de residuo, al estar ya disponiendo en el mismo acto de su constitución, por actos mortis-causa, lo que hace pensar que la disposición mortis-causa que se efectúa en el testamento, tiene un carácter general y no está referida al hecho que provoca la sustitución fideicomisaria que precisaría por tanto una disposición mortis-causa específica y a posteriori de los bienes que traen causa de la herencia del cónyuge; este tipo de sustitución fideicomisaria está prevista para el caso de que el cónyuge heredero falleciese sin otorgar disposición testamentaria alguna, puesto que si se entendiera válida la efectuada en el mismo acto en el que se establece la sustitución, dejaría sin contenido ésta. - lo anterior expuesto deja claro que la heredera A., no dispuso por actos inter-vivos o mortis-causa de la herencia de A., por lo que entra en juego la sustitución fideicomisaria establecida por el mismo en su testamento en favor de sus hermanos, que son don M., doña A., doña I., doña F., doña J. y doña C. A. G., o de los descendientes legítimos de éste en su caso.

Tercera.–La Resolución de la DGRyN de 10 de junio de 2016, recoge en su apartado 4, que los principios que han de regir la interpretación de las cláusulas testamentarias son (Resolución de 18 de enero de 2010):.–Que la voluntad del testador es la ley de la sucesión (cfr. artículos 667 y 675 del Código Civil)..–Que, 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. Artículo 739 del código Civil) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria..–Ha de primar el criterio subjetivista, que basta indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias..–Que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793, así como, «ex analogía», el 1284)..–Que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tiene el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje. En base a lo anterior y centrados en el supuesto del documento, la voluntad de los esposos que testaron el mismo día, ante el mismo notario que, por lo tanto conocía la voluntad de ambos, y que plasmó en los testamentos que autorizó, es que los bienes propios de cada uno de los causantes, en la parten en que no sean necesarios para la supervivencia del cónyuge supérstite, pasen a sus respectivos hermanos; ya que hay una designación clara de herencia a favor de los hermanos de cada uno de los causantes como sustitutos fideicomisarios, que implica, la sustitución vulgar tácita.

Cuarto.–La Resolución de la DGRyN de 29 de julio de 2015, fija el concepto de

sustituciones fideicomisarias como la obligación de que el heredero «conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia», dado que:—descriptivamente se refiere al artículo 781 del Código Civil, como uno de los elementos que es considerado como natural y no esencial de la institución jurídica;—dado que el 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 que regulará la sucesión del primer llamado, y seguirán el orden sucesorio predeterminado por el fideicomitente;—dado que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012 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; y ello 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; por lo que dentro de la previsión testamentaria, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que informa al fideicomiso de residuo;—dado que la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2008, sentencia «lógicamente es el testador el que determina cuáles las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición mortis *causa* (Sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras) con recelo la facultad de disponer inter vivos de forma gratuita (sentencia de 22 de julio de 1944), que impone una interpretación contraria a ello en caso de duda...».—Y dado que la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de mayo de 2010 declara que las facultades del fiduciario «han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar» añadiendo que «si es contundente en cambio, la sentencia de 12 de febrero de 2002 cuando, en relación con 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 siendo esta la doctrina seguida por la sentencia de 7 de noviembre de 2008, señala que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición mortis *causa*, tal y como plasma el apartado 2 del artículo 426.53 del Código 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»; En base a lo anterior y centrados en el caso concreto en el que los testamentos de ambos causantes están otorgados ante el mismo Notario y en la misma fecha, hemos de 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, más especialmente si como en este caso, es de residuo, en la calificación del testamento entra en juego el criterio de interpretación sistemática que consagra el artículo 1285 del Código Civil -*cf* por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 junio 1998 y 14 octubre de 2009, así como 25 noviembre 2014, que con referencia a la interpretación del testamento en general «...dados los términos del artículo 675 del código Civil puede deducirse, que el mismo se base en un criterio subjetivo, que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aún 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, etc...); lo que igualmente apoya las más recientes codificaciones civiles realizadas en el Derecho Español, como resulta del apartado 2 del artículo 426-53 del Código Civil de Cataluña y el artículo 426-59 del mismo texto legal. Quinto.—Por la sola consideración del principio de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), que impide que pueda inscribirse a favor de los herederos de un cónyuge, por la sola escritura de partición de la herencia otorgada por los herederos de

éste, una finca que aparece inscrita a favor de los consortes, con carácter ganancial, sin que, concurren los herederos de aquel de quien se practica la herencia -Resolución de la DGRN de 15 de enero de 2001 y 22 de noviembre de 2016-. Por todo lo cual, Acuerdo. Suspender la inscripción del documento por los motivos recogidos en el apartado fundamentos de Derecho, dado que para la válida inscripción del mismo, expresamente para la liquidación de la sociedad de gananciales de ambos causantes y la aceptación de la herencia de A. A. G., se hace preciso el consentimiento de los herederos instituidos por este, en sustitución de su esposa y heredera, que son don M., doña A., doña I., doña F., doña J. y doña C. A. G., hermanos todos del testador, o sus descendientes legítimos en su caso. Calificándose el defecto como subsanable, se podría practicar anotación suspensiva a solicitud del interesado, si lo solicita en el plazo de 60 días desde que le sea notificada esta calificación. Conforme a lo dispuesto en el art. 66 de la LH (...) Linares, 31 de enero de 2017 La registradora (firma ilegible), Fdo.-Juana- María Arroyo Fernández».

III

Solicitada con fecha 9 de febrero de 2017 calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Mancha Real, don José Antonio Jiménez Rubio, quien, con fecha 7 de marzo de 2017, confirmó la calificación de la registradora de la Propiedad de Linares.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña M. D. F. S., abogada, en nombre y representación de doña M. V. G. L., interpuso recurso el día 4 de abril de 2017 en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «(...) alegaciones: Primera.-(...) Tercera.-Consideramos, sin embargo, que el testamento de D. A. A. G. no sujeta la institución de heredero universal a favor de D.^a A. L. B. a una sustitución fideicomisaria de residuo, como califica la Registradora, sino que se trata de una «sustitución preventiva de residuo». Esta figura, aun cuando no tiene reconocimiento expreso en D.^o positivo común (...), se admite prácticamente de forma unánime por la doctrina en base a los principios generales de libertad de testar y respeto del testamento que inspiran la regulación positiva. La jurisprudencia también reconoce claramente esta figura. Así, p.ej., Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2004 o de la Audiencia Provincial de León, de 4 de noviembre de 2015, que señalan que la doctrina considera admisibles las denominadas «sustituciones preventivas de residuo» en las que al «fiduciario» se le conceden facultades de disposición «mortis causa» de modo que los sustitutos sólo adquirirían los bienes que el «fiduciario» no hubiere dispuesto ni por actos inter vivos ni mortis causa. Citando luego ambas la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002: «en el fideicomiso (rectius sustitución fideicomisaria: se nombra un heredero, fiduciario, en primer lugar y cuando venza un término o se cumpla una condición que normalmente es su muerte, un segundo heredero, fideicomisario) en el que el fiduciario tiene poder de disposición inter vivos (si incluye también la disposición mortis causa se trataría de una sustitución preventiva de residuo) del patrimonio hereditario.» La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Septiembre de 1987 establece con claridad la diferencia entre el fideicomiso de si aliquid supererit y la sustitución preventiva de residuo, al decir: «nos encontramos frente a un fideicomiso de la clase de los de residuo (...) y por virtud del cual el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares, y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole no obstante para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos inter vivos, con la obligación de hacer tránsito al fideicomisario de los que no hubiere dispuesto; no pudiendo entenderse que existió una sustitución preventiva de residuo (...), pues para ello hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos mortis causa.» De ahí que la sustitución preventiva de residuo no tenga, y esto es esencial, la misma naturaleza que la sustitución fideicomisaria; lo que produce, en consecuencia, la inaplicabilidad de la normativa de la sustitución fideicomisaria a la

preventiva de residuo. En el mismo sentido entiende la doctrina que su fundamento es también bien distinto; mientras que el de la sustitución fideicomisaria es esencialmente el mantenimiento del patrimonio dentro del círculo familiar del causante, en la preventiva de residuo no es otro que el de evitar la sucesión intestada con respecto a los bienes procedentes del patrimonio del causante. Así lo establece la Resolución de la Dirección General de Registros y el Notariado de 29 de Noviembre de 1962, a la que hace referencia la Sentencia de la Audiencia Provincial de León antes citada: «En la sustitución preventiva de residuo, por el contrario, el fiduciario puede disponer libremente tanto por actos inter vivos como mortis causa, por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades y sólo cuando no haya dispuesto de todos los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho los sustitutos instituidos a dichos bienes, puesto que la finalidad de esta sustitución es solamente evitar que la herencia pueda quedar sin titular al morir el heredero o legatario sin haber otorgado testamento.» La sustitución preventiva de residuo se caracteriza, por lo tanto, además de lo señalado, por dos notas, señala la doctrina, en especial R. M.: - Es una sustitución «preventiva», pues mediante ella el testador previene un posible abintestato del heredero sustituido y establece para evitarlo una especie de sucesión testamentaria subsidiaria del silencio dispositivo o de testar del mismo. - Es una sustitución doblemente condicionada, pues la misma quedará sin efecto si el sustituto o sustitutos premueren al sustituido y, aunque le sobrevivan, si el sustituido ha otorgado testamento válido y eficaz. Durante el tiempo que sea titular de la herencia el heredero, el beneficiario preventivo goza simplemente de una expectativa de suceder, que se hará efectiva únicamente si se cumple el hecho futuro e incierto de que el primer llamado muera sin haber dispuesto de todos los bienes de la herencia fideicomitada, o sin haber dispuesto monis causa. En definitiva, la sustitución preventiva de residuo es aquella figura en virtud de la cual el testador prevé y suple el silencio dispositivo del primer heredero de tal forma que éste se configura como un heredero normal, con plena capacidad dispositiva inter vivos y mortis causa, sin estar sujeto a ninguna limitación ni obligación de conservación de bienes a favor de ningún fideicomisario pero respecto del cual el causante ordena una sucesión testamentaria subsidiaria para el caso de que el heredero no haga uso de su facultad de testar respecto del posible residuo hereditario. Basta con estas notas para advertir que nada tiene en común con ningún tipo de sustitución fideicomisaria. Es por tanto la sustitución preventiva de residuo una sustitución, indirecta, preventiva y de residuo que solo actúa para el caso de que el heredero no haya dispuesto de sus bienes o para aquellos de los que no haya dispuesto y en la que no existe ningún tipo de gravamen de conservación y restitución de bienes. Aunque esta figura carece de regulación positiva en Derecho común, no ocurre así en el Derecho catalán donde la figura tiene un mayor arraigo y cuenta con desarrollo normativo positivo. Esta normativa es de importancia para el presente caso, pues no olvidemos que al momento de otorgar testamento ambos cónyuges residían en Cataluña; llevaban ya allí un número indeterminado de años que no hemos podido determinar (incluso es posible que hubieran adquirido ya la vecindad civil catalana por el transcurso del plazo de 10 años señalado en el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil); el testamento se otorga además en Sabadell, ante operadores jurídicos acostumbrados a la utilización de esta figura y a distinguirla de la simple sustitución fideicomisaria de residuo. En la actualidad esta figura se regula en el art. 426-59 del Código Civil de Cataluña: (...) En términos muy similares se expresaba la normativa catalana existente a la fecha del otorgamiento del testamento: Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en los siguientes artículos: (...) De todo lo expuesto se deduce para el presente caso, que la cláusula testamentaria debatida no se trata de una verdadera «sustitución fideicomisaria de residuo» sino de una «sustitución preventiva de residuo». Las facultades de disposición, tanto inter vivos como mortis causa, otorgadas en el testamento a favor de la heredera D^a A. son tan amplias que es evidente que no existe ninguna limitación, ni puede hablarse de gravamen de conservación y restitución de bienes alguno; no podemos hablar, pues, de sustitución fideicomisaria de residuo. Por ello nos resulta claro que el fin perseguido con dicha cláusula no es otro que el de evitar la sucesión intestada con respecto a los bienes

procedentes del patrimonio del testador, por lo que consideramos que no resulta de aplicación las precisiones que sobre la sustitución fideicomisaria realiza la registradora en el Fundamento Cuarto del escrito de calificación. Cuarta.—En cuanto a la interpretación del testamento, estamos de acuerdo con la aplicación de los principios que han de regir la interpretación de las cláusulas testamentarias que tan adecuadamente sistematiza la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 26 de mayo de 2016 (...), pero no con la aplicación de que dichos principios realiza la registradora al presente caso. La misma considera, a la vista de que los esposos testaron el mismo día y ante el mismo Notario, que la voluntad de los esposos manifestada en sus testamentos es que «los bienes propios de cada uno de los causantes, en la parte en que no sean necesarios para la supervivencia del cónyuge supérstite pasen a sus respectivos hermanos», como sustitutos fideicomisarios, para ello se apoya básicamente en el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad, pues acudiendo a una prueba extrínseca al testamento, como es el testamento coetáneo de la esposa, entiende que el hecho de que la nombrada heredera en el testamento ya hubiera dispuesto mortis causa de sus bienes, lo que ambos deberían conocer, dejaría sin contenido la cláusula (entendida como «sustitución fideicomisaria de residuo»). Ello le lleva a señalar que dicha disposición testamentaria de D.^a A. no puede considerarse una disposición por actos mortis causa a estos efectos, y a exigir una disposición «específica y a posteriori» de ésta para que no surta efectos la «sustitución fideicomisaria» establecida por el testador. Consideramos, sin embargo, más ajustada a la voluntad de los testadores, entender que la cláusula de que se trata es una «sustitución preventiva de residuo» en la que no se pretende una finalidad de conservar y entregar bienes a los sustitutos, sino que la voluntad de los testadores no es otra que favorecer plenamente a ambos cónyuges como herederos uno del otro, sin imponer limitación a su capacidad de disposición, y señalando esta sustitución sólo para evitar la aplicación de la sucesión intestada, en cada caso. Para ello nos apoyamos en los citados principios de interpretación reconocidos por doctrina y jurisprudencia. En principio, conforme al art. 675 Cc. el testamento es la ley de la sucesión debiendo éste entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En el presente caso del testamento se infiere claramente que el criterio que inspira la voluntad del testador (de ambos testadores en realidad) es el deseo de favorecer al cónyuge permitiéndole la más amplia posibilidad de disposición (tanto inter vivos como mortis causa), no pudiéndose hablar por lo tanto de ninguna limitación de conservación y restitución en favor de los sustitutos, que más que herederos sucesivos, lo son subsidiarios para el caso de que el heredero no llegara a serlo, o aún siéndolo falleciera intestado. Evitar, en definitiva, la aplicación de la sucesión intestada. Tengamos en cuenta las circunstancias familiares de los testadores, un matrimonio sin descendencia (con una edad ya en la que las probabilidades de tener descendencia son mínimas), preocupados básicamente por ser atendidos debidamente en el futuro dada esa falta de descendencia, por lo que es fundamental que los mismos puedan disponer libremente de sus bienes, no solo inter vivos sino también mortis causa a favor de quienes en el futuro, sean quienes sean, mantengan el cuidado y el afecto hacia los mismos, y de ahí que deba evitarse la sucesión intestada para que no se vieran favorecidos por el automatismo del llamamiento legal aquellos que finalmente pudieran desentenderse de los mismos. Cónyuges cuyo patrimonio no tiene un origen familiar, sino que se trata de los bienes conseguidos a lo largo de una vida de trabajo abnegado de la pareja; reduciéndose básicamente a los ahorros de toda una vida y a la vivienda adquirida en Linares, tierra de origen a la que volvieron al momento de su jubilación. Tengamos en cuenta, además, que los designados, tanto en llamamiento universal a la herencia, como en sustitución subsidiaria, no son en la fecha de la disposición testamentaria los herederos legales de los testadores, pues a dicha fecha aún vivían los progenitores de los testadores. Creemos, por lo tanto, que la voluntad que resulta evidente, en ambos testamentos, es la de evitar la sucesión intestada, de ahí que se designan herederos en ambos testamentos personas distintas de los que entonces serían sucesores intestados y se cierra para el futuro dicha posibilidad mediante el establecimiento de la cláusula de sustitución preventiva de residuo.

Es ésta y no otra, la voluntad que mueve a los testadores, y a la luz de la cual debemos interpretar el testamento. El hecho de que se instituya heredero en los testamentos coetáneos no anula la validez de la sustitución sino que se complementan en el fin de evitar la sucesión intestada. Desde esta interpretación de la voluntad de los testadores la cláusula de sustitución preventiva conserva plenamente su validez no siendo necesario recurrir a invalidar en parte la institución de heredero ni exigir una segunda institución de heredero que no se deriva directamente del propio testamento: - Para mantener la validez de la cláusula testamentaria discutida en realidad no es necesario recurrir a la interpretación realizada por la Registradora. No es cierto que de otra forma quedara está vacía de contenido; la sustitución podría aplicarse solo con que la institución testamentaria resultara inválida o ineficaz, por ejemplo, simplemente con que la heredera otorgara posteriormente un testamento simplemente revocatorio. - Esta interpretación de la voluntad del testador se deduce del propio testamento y conserva la validez de la institución sin necesidad de recurrir a considerar como no hecha a estos efectos la institución de heredero del testamento de D.^a A. Es indudable que designar heredero voluntario en testamento es ya disponer mortis causa no para el momento del otorgamiento del testamento sino para el momento del fallecimiento, que es cuando despliega sus efectos, de ahí su naturaleza de acto mortis causa. La disposición testamentaria produce sus efectos a la muerte del testador y abarca naturalmente, mientras no se señale lo contrario, no sólo los bienes que el testador tenía al momento del otorgamiento del testamento sino todos los existentes a su muerte. Esta interpretación tampoco necesita recurrir a la artificiosa distinción de una institución de heredero «específica y a posteriori» diferente de la institución de heredero ya existente, y que no se deduce directamente de la disposición testamentaria, que no distingue. Ya que el testamento es la ley de la sucesión debería aplicarse, «mutatis mutandi», el principio «Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus», en el sentido de que en donde el testamento no distingue, nosotros no debemos distinguir. - El hecho de la intervención del Notario, a diferencia del sentido que le da la Registradora; avala también esta tesis. El testamento se otorgó en Cataluña, lugar donde la sustitución preventiva de residuo tiene un notable arraigo y, como hemos visto, se desarrolla en el Derecho positivo. El notario, pues, oyó y conoció las voluntades de ambas partes y, en ningún caso utilizó la expresión «sustitución fideicomisaria» ni invalidó a estos efectos la institución de heredero hecha en el testamento de D.^a A., conociendo perfectamente que autorizar al heredero a disponer mortis causa implica que se trata de una sustitución preventiva de residuo, y que la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo sólo tendrá lugar si el heredero o legatario fallecen intestados, entendiéndose que ello ha ocurrido cuando mueran sin testamento o con tal que sea nulo, revocado o ineficaz, o si por otra causa el heredero instituido no llegue a sucederles (art. 210 p. 2.º y 216 Comp. Cataluña, antes vistos) (...) Quinta.-Supuesto todo lo anterior, el principio de tracto sucesivo queda plenamente respetado en la escritura objeto de calificación, pues al resultar ineficaz la sustitución preventiva de residuo establecida en el testamento de D. A. A. G., resultan únicos herederos de D.^a A. L. B., incluyendo los bienes provenientes de la herencia de D. A. A. G., los descendientes de los hermanos de la primera, todos ellos otorgantes de la escritura objeto de calificación».

V

Mediante escrito, de fecha 26 de abril de 2017, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario autorizante del título calificado, no ha realizado alegación alguna.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 657, 667, 675, 715, 739, 743, 773, 781, 786, 792, 793 y 1284 y siguientes del Código Civil; 426-53 y siguientes de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1956, 2 de diciembre de 1966,

2 de septiembre de 1987, 23 de junio de 1998, 7 de noviembre de 2008, 13 de mayo de 2010, 30 de octubre de 2012 y 25 de noviembre de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1962, 29 de julio de 2015 y 26 de mayo, 10 de junio y 22 de noviembre de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: la cláusula común a los testamentos de cada uno de los cónyuges, otorgados el mismo día, uno seguido del otro, es la siguiente: «...instituye heredero/a universal a su citado/a esposo/a don/doña... en pleno dominio y con libre disposición.... Para el caso de que el/la nombrado/a heredero/a no llegara a serlo, o aún siéndolo, no dispusiera de todo o parte de la herencia, por actos inter vivos o mortis causa, los sustituye y en su lugar, instituye herederos a.... (en el caso del testamento de él, a sus hermanos y en el de ella a los suyos), ambos hermanos del testador/a, por partes iguales, en pleno dominio y con libre disposición y con derecho de representación en favor de sus descendientes legítimos y con el de acrecer entre ellos en su defecto»; se otorga la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia solo por los descendientes de la última fallecida de ambos cónyuges, designados en el citado testamento.

Señala la registradora que la institución de heredera de la viuda está sujeta a un fideicomiso de residuo para el caso de que no llegara a ser heredera o no dispusiera del todo o parte de la herencia por actos «inter-vivos» o «mortis-causa», supuestos éstos que no han tenido lugar por parte de instituida heredera, ya que no puede considerarse una disposición por actos «mortis-causa» la hecha en el testamento de la heredera, porque se otorga en la misma fecha, a continuación del de su esposo, lo que pone de manifiesto que ambos conocieron el hecho del otorgamiento mutuo de la disposición testamentaria, lo que dejaría vacía de contenido la sustitución fideicomisaria de residuo, al estar ya disponiendo en el mismo acto de su constitución, por actos «mortis-causa», lo que hace pensar que la disposición «mortis-causa» que se efectúa en el testamento, tiene un carácter general y no está referida al hecho que provoca la sustitución fideicomisaria, que precisaría por tanto una disposición «mortis-causa» específica y a posteriori de los bienes que traen causa de la herencia del cónyuge; que este tipo de sustitución fideicomisaria está prevista para el caso de que el cónyuge heredero falleciese sin otorgar disposición testamentaria alguna posterior, puesto que si se entendiera válida la efectuada en el mismo acto en el que se establece la sustitución, dejaría sin contenido ésta; que la heredera no dispuso por actos «inter-vivos» o «mortis-causa» de la herencia de su esposo, por lo que entra en juego la sustitución fideicomisaria establecida por el mismo en su testamento en favor de sus hermanos o de los descendientes legítimos de éste en su caso; que la interpretación conjunta de las disposiciones testamentarias de ambos cónyuges nos llevan a la conclusión de que su voluntad era la de que sucediesen los hermanos solo a falta de una disposición posterior inter vivos o mortis causa que no se ha producido; que por lo tanto, para la liquidación de la sociedad de gananciales de ambos causantes y la aceptación de la herencia del primer fallecido, se hace preciso el consentimiento de los herederos instituidos por éste, en sustitución de su esposa y heredera, hermanos todos del testador, o sus descendientes legítimos en su caso.

Alega la recurrente que se trata de una sustitución preventiva de residuo y no de una sustitución fideicomisaria de residuo; que existiendo testamento de la fiduciaria a la apertura de su sucesión, existe disposición mortis causa, por lo que se ha cumplido la exigencia para que sucedan sus herederos y no los de su esposo; que desde el punto de vista de la interpretación de los testamentos, la voluntad de los testadores no es otra que favorecer plenamente a ambos cónyuges como herederos uno del otro, sin imponer limitación a su capacidad de disposición, y señalando esta sustitución sólo para evitar la aplicación de la sucesión intestada, en cada caso.

2. Son hechos relevante en este supuesto:

- Que no existen derechos de legítima en ninguna de las dos herencias,

– Que en las disposiciones testamentarias del primer causante, se establece la institución de heredero en pleno dominio y con libre disposición de los bienes a la esposa de éste, sujeta esta institución a un fideicomiso de residuo para el caso de que no llegara a ser heredera o no dispusiere del todo o parte de la herencia por actos «inter-vivos» o «mortis-causa».

En primer lugar, no se ha cuestionado por la registradora -como sostiene la recurrente-, que la institución de heredero universal a favor de la causante está sujeta a una «sustitución fideicomisaria de residuo» para el caso de que no llegara a ser heredera o no dispusiera del todo o parte de la herencia por actos «inter-vivos» o «mortis-causa», esto es, que se trata de la modalidad doctrinal y jurisprudencial de la sustitución preventiva de residuo. Lo que se ha señalado en la calificación es que la viuda no dispuso por actos «inter-vivos» o «mortis-causa» de la herencia de su esposo, ya que entiende la registradora que no puede considerarse una disposición por actos mortis-causa la hecha en el testamento de la heredera, testamento que se otorga en la misma fecha a continuación del testamento de su esposo, pues ello dejaría «vacía de contenido la sustitución fideicomisaria de residuo», exigiendo por lo tanto, para que hubiera verdadera disposición, otra disposición «mortis-causa» específica y a posteriori.

3. El fideicomiso de residuo en su modalidad de sustitución preventiva de residuo no tiene una regulación específica en el Código Civil, pero la doctrina y la jurisprudencia (vid. «Vistos») lo han configurado de una forma ciertamente suficiente para su entendimiento y aplicación. Según estas, en la sustitución preventiva de residuo, el fiduciario puede disponer libremente tanto por actos «inter-vivos» como «mortis-causa», por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades y sólo cuando no haya dispuesto de todos los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho a dichos bienes, los sustitutos instituidos, puesto que la finalidad de esta sustitución es solamente evitar que la herencia pueda quedar sin titular al morir el heredero o legatario sin haber otorgado testamento y abriéndose la sucesión intestada.

La cuestión es el momento exigido para que el fiduciario otorgue en su caso, la disposición «mortis-causa»: si basta cualquier testamento del mismo y en cualquier tiempo, incluso el hecho en vida del fideicomitente; si debe serlo después del otorgamiento del testamento del fideicomitente, como sostiene la registradora; o si debe serlo una vez abierta la sucesión del fideicomitente, esto es una vez fallecido éste.

El Código de sucesiones catalán recoge la sustitución preventiva de residuo en el artículo 426-59, como aquella en la que el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar sucesor voluntario, llama a una o varias personas para que, cuando mueran aquellos, hagan suyos los bienes que el heredero o legatario hayan adquirido en la sucesión del testador y de los que no haya dispuesto por actos entre vivos, por cualquier título, o por causa de la muerte. Además también existe sustitución preventiva de residuo cuando el fideicomitente autoriza expresamente al fiduciario para disponer libremente de los bienes de la herencia o el legado fideicomisos por actos entre vivos o por causa de la muerte, y designa a uno o más sustitutos para después de morir el fiduciario.

El artículo 657 del Código Civil establece que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte». Pero la particularidad de las disposiciones testamentarias como las más puras disposiciones «mortis-causa», está en que los efectos de la disposición se defieren al momento de la muerte del testador, sin la cual no se produce la apertura de la sucesión, siendo que hasta ese momento son esencialmente revocables. Así resulta de la esencia del artículo 667: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento». En consecuencia, el debate sobre cuándo se ha producido la disposición de los bienes del causante, nos llevaría a efectos perniciosos y contrarios a la naturaleza del testamento, puesto que no hemos de olvidar que se trata de una disposición esencialmente revocable, de manera que hasta el fallecimiento, que es cuando se produce la apertura de la sucesión, quedan en suspenso los efectos de la disposición testamentaria.

A los efectos de lo que se debate en este expediente, regula el artículo 426-59.3 del Código catalán, que la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo sólo se

produce si el heredero o legatario mueren sin haber otorgado testamento o heredamiento válido y eficaz, o si los herederos que los sustitutos han instituido no llegan a sucederles por cualquier causa. Así pues, si se trata de disposiciones mortis causa del fiduciario, no producen efecto sino hasta el momento de la apertura de la sucesión del mismo fiduciario, ya que es preciso determinar que los herederos o legatarios designados por él, llegan a suceder, lo que no ocurriría en el caso de carecer de capacidad para suceder en ese momento o en el de renunciar a la herencia o legados deferidos por el fiduciario.

En definitiva, como bien sostiene la recurrente, la sustitución preventiva de residuo tiene la finalidad de evitar la sucesión abintestato, lo que corrobora el apartado 4 del mismo artículo 426-59, que establece que los bienes que el heredero o legatario sustituidos no hayan dispuesto serán adquiridos por los sustitutos preventivos como sucesores del testador que ordenó la sustitución.

Ciertamente que la disposición «mortis-causa» que se efectúa en el testamento de la fiduciaria, no es una disposición propia de los bienes procedentes de la herencia del primer causante, porque ésta no podría disponer por actos «inter-vivos» de los bienes que aún no ha heredado, toda vez que la cualidad de heredera, solo la adquiere por el fallecimiento del primer causante, pero esta es la particularidad característica de esta institución y también de los testamentos en general, que se puede testar sobre lo que el testador no puede disponer al tiempo del otorgamiento y sí al tiempo de la apertura de la sucesión. Entender otra cosa sería no admitir ninguna disposición testamentaria de la fiduciaria hecha antes de la apertura de la sucesión del fideicomitente, lo que desnaturalizaría la figura, más aun en este supuesto en el que fideicomitente y fiduciaria han fallecido a avanzada edad y en corto espacio de tiempo.

4. En cuanto a la interpretación conjunta de las voluntades de los dos causantes, argumento que utilizan tanto la registradora en la calificación como la recurrente en su escrito, la sustitución preventiva de residuo establecida por ambos cónyuges en testamentos coetáneos, se debe interpretar en el sentido de que la voluntad de los testadores es que el hecho de que los testamentos de los dos esposos sean idénticos, de la misma fecha y ante el mismo notario, permite interpretar que la verdadera voluntad de ellos era la de hacer prevalecer la voluntad de su cónyuge frente a cualquier sustitución de residuo. Sólo cabe interpretar la voluntad del causante en el concepto de preventiva, en el caso de una posible invalidez o ineficacia de la llamada testamentaria, o renuncia o incapacidad para suceder de todos los llamados, lo que no se ha producido. En cualquier caso, dejando siempre libre la voluntad de la primera heredera instituida para volver a disponer de los bienes tanto «inter-vivos» como «mortis-causa».

El hecho de que la heredera instituida en primer lugar otorgara un testamento, e instituyera herederos en este testamento, trae como consecuencia que la llamada a los herederos preventivos de residuo quedó ineficaz, pero no vacía de contenido, porque pudiera haber ocurrido que los llamados por la fiduciaria no hubiesen tenido capacidad para suceder o hubiesen renunciado a la herencia, en cuyo caso hubiese entrado en juego la sustitución preventiva de residuo.

En consecuencia, sus herederos son los únicos interesados en la adjudicación de las herencias de ambos cónyuges, como herederos directos de ella y como herederos trasmisarios del fideicomitente, por lo que pueden liquidar la sociedad de gananciales.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar 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, 26 de junio de 2017.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.