

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

**946** *Resolución de 13 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Valencia n.º 5, por la que se deniega la inscripción de una escritura de donación.*

En el recurso interpuesto por doña A. M. S. C. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Valencia número 5, doña María de las Mercedes del Álamo Arroyo, por la que se deniega la inscripción de una escritura de donación.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada el día 22 de junio de 2018 por el notario de Valencia, don Alfonso Pascual de Miguel, doña T. C. C. donaba a doña A. M. S. C. la nuda propiedad de una vivienda y plaza de garaje, haciendo reserva del usufructo vitalicio. En la nota simple registral de las fincas aparecía lo siguiente: «Titulares de la finca. Doña T. C. C. con DNI (...) en cuanto al 100,00000 % del pleno dominio con carácter privativo. – Adquirida por herencia, en escritura otorgada en Valencia, de fecha 5 de Febrero de 2013, ante su Notario don Máximo Catalán Pardo».

En el Registro, la finca constaba inscrita en cuanto a una mitad indivisa por adjudicación de gananciales y otra mitad indivisa por herencia, estando esta mitad indivisa sujeta a sustitución fideicomisaria de residuo establecida en el testamento de su esposo, don V. B.O., por la que «al fallecimiento de su esposa, los bienes procedentes de la herencia del causante de que ella no hubiere dispuesto por actos intervivos, pasarán a los hermanos del testador, doña A. B. O., don J. y doña M. M. B. A., por partes iguales, y a falta de alguno por premoriencia, a sus respectivos descendientes, con la sola excepción que los derechos que correspondan al causante en la plaza de aparcamiento número (...) del mismo edificio, los asigna en pleno dominio a su ahijada doña E. F. O. F.».

##### II

Presentada el día 17 de julio de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Valencia número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario:

La Registradora de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación de la escritura otorgada en Valencia, el día 22 de junio de 2018, ante el Notario Don Alfonso Pascual de Miguel, número de protocolo 1194, presentada el 17 de julio de 2023, bajo el asiento 1074 del Libro Diario 118 ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Circunstancias de hecho:

Primero.–Mediante la escritura que se califica doña T. C. C. dona la nuda propiedad de las fincas registrales 22389 y 22367/9 de la demarcación de este Registro a doña A. M. S. C., reservándose la donante el usufructo vitalicio.

Segundo.—Las fincas están inscritas a nombre de la T. C. una mitad indivisa por adjudicación de gananciales y otra mitad indivisa por herencia, estando esta mitad indivisa sujeta a la siguiente sustitución fideicomisaria de residuo establecida en el testamento de su esposo don V. B. O.: Al fallecimiento de su esposa, los bienes procedentes de la herencia del causante de que ella no hubiere dispuesto por actos intervivos, pasaran a los hermanos del testador, doña A. B. O., don J. y doña M. B. A., por partes iguales, y a falta de alguno por premoriencia, a sus respectivos descendientes, con la sola excepción que los derechos que correspondan al causante en la plaza de aparcamiento número (...) del mismo edificio (finca registral 22367/9), los asigna en pleno dominio a su ahijada doña E. F. O. F.

Tercero.—Con fecha 10 de agosto de 2023 se ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones fiscales en relación al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

#### Fundamentos de Derecho:

Primero.—Dada la sustitución fideicomisaria de residuo que consta inscrita en el Registro sobre la mitad indivisa de las fincas registrales 22389 y 22367/9, en la que se faculta a la heredera para disponer de los bienes de la herencia por acto intervivos, facultad que debe limitarse a los actos a título oneroso al no estar prevista la facultad de disponer gratuitamente, la donante carece de la facultad de disponer por actos a título gratuito y por tanto no puede disponer por donación de la mitad indivisa de los bienes sujetos a dicha cláusula fideicomisaria.

En la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de septiembre de 2022 se establece lo siguiente: «2... Es de especial interés la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de mayo de 2010, pues abordó directamente el alcance de las facultades del fiduciario de residuo. Empieza afirmando que 'si bien no es del todo cierto que la sentencia de esta Sala de 22 de julio de 1994 se pronuncie sobre la exclusión de los actos de disposición a título gratuito en caso de no facultarse expresamente al fiduciario, ya que de lo que trata es, en rigor, de la subrogación cuando lo que autoriza la cláusula testamentaria es simplemente a «disponer en vida», no lo es menos que la misma sentencia sí declara que las facultades del fiduciario «han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores». Y añade, a continuación, que 'sí es contundente, en cambio, la sentencia de 12 de febrero de 2002 cuando, en relación con una cláusula sobre los bienes «de que no hubiera dispuesto» la fiduciaria, declara que «en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente». Y esta misma doctrina se sigue por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 al señalar que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición mortis causa, regla interpretativa que, por otra parte, es la plasmada en el apartado 2 del artículo 426.53 del Código Civil de Cataluña cuando dispone que «la facultad de disponer a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso»'.

3. En el presente caso, para determinar el alcance de la facultad dispositiva concedida al fiduciario, es razonable entender que no se permite a la fiduciaria realizar actos gratuitos *inter vivos*, si bien el término «enajenados» empleado en la disposición testamentaria plantea problemas de interpretación. Si la expresión enajenar se entiende por regla general referida a actos onerosos (en especial como habilitación para la venta, que es lo que suele estar presente en la intención del testador), no es menos cierto que el Código Civil la emplea también con referencia a actos gratuitos (cfr. párrafo primero del artículo 1297 del Código Civil). Este es el nudo gordiano de la cuestión planteada: determinar si esa facultad de enajenar permite únicamente realizar actos a título oneroso

o también ampara las disposiciones a título gratuito. Para ello se debe interpretar la voluntad del testador plasmada en el tenor literal del testamento indicado, interpretación que, si siempre es necesaria en cualquier disposición testamentaria, adquiere un valor esencial cuando se trata de una sustitución fideicomisaria, y muy especialmente si esta lo es de residuo.

Conforme al artículo 675 del Código Civil, el criterio básico para la interpretación de las disposiciones testamentarias es la intención del testador según el tenor del mismo testamento, si bien cuando la mera lectura del testamento no pone de relieve con toda la claridad deseable (y exigible en buena técnica notarial, si se trata de un testamento otorgado ante notario) cuál es la voluntad del testador, deben emplearse entonces algunas reglas de interpretación que, aun en sede contractual, son aplicables para los testamentos, como sucede paradigmáticamente con el llamado criterio de interpretación sistemática que consagra el artículo 1285 del Código Civil (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998 y 14 de octubre de 2009). Y es que, como afirmó la Sentencia del Alto Tribunal de 9 de junio de 1987 –y recuerda la sentencia de 25 de noviembre de 2014– con referencia a la interpretación del testamento en general: '(...) dados los términos del artículo 675 del Código Civil puede deducirse, que el mismo se basa en un criterio subjetivo, que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad, puede acudirse, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de hermenéutica, e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento (sentencias de 8 de julio de 1940, 26 de marzo de 1983, 29 de febrero de 1984, 9 de marzo de 1984, etcétera) (...)’.

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

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

También es más que dudoso que haya excluido la subrogación real; más bien resulta lo contrario, a la vista de la redacción de la disposición testamentaria, pues, de otro modo, la posible entrega –o tránsito– de los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios quedaría absolutamente en manos del fiduciario, algo que no tiene amparo en el tenor de la cláusula testamentaria en cuestión. Y no solo porque esa apreciación aparece vedada por la más reciente jurisprudencia anteriormente reseñada, según la cual las cláusulas testamentarias que simplemente autoricen al fiduciario a disponer de los bienes heredados del testador por actos inter vivos, sin más especificaciones, deben interpretarse como comprensivas únicamente de los actos de disposición a título oneroso, ya que para entender autorizados también los actos de disposición a título gratuito es necesario que el testamento lo declare expresamente (criterio, por lo demás, que también preside una de las más recientes codificaciones civiles realizadas en el Derecho español, como resulta del apartado 2 del artículo 426-53 del Código Civil de Cataluña anteriormente transcrito).

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

En definitiva, partiendo del indudable presupuesto fáctico de que la cláusula testamentaria invocada por la registradora en su calificación sólo autoriza la disposición

mediante actos *inter vivos*, vedando los mortis causa, la regla de interpretación estricta que impone la más reciente jurisprudencia la ciñe y la limita, claramente, a los actos onerosos y no a los gratuitos.

Es más, implicando la sustitución fideicomisaria la vulgar, el hecho de que el testador haya previsto una sustitución vulgar en favor de los descendientes de los fideicomisarios patentiza una voluntad clara de que el tránsito de los bienes no quede al completo arbitrio del fiduciario. Algo que no sucedería si se le entendiera habilitado para disponer a título gratuito, por lo que procede confirmar una calificación recurrida que, ciertamente, se ajusta a la más reciente jurisprudencia y a anteriores pronunciamientos de esta Dirección General.»

Por lo expuesto de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Resolución de 6 de septiembre de 2022) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 13 de mayo de 2010 y STS de 30 de diciembre de 2012), que entienden que para que el fiduciario pueda disponer «intervivos» a título gratuito será preciso que el testador así lo haya autorizado expresamente, y al no contemplar en este caso la cláusula inscrita la facultad de disponer intervivos a título gratuito no puede inscribirse la donación de la nuda propiedad de la mitad indivisa de las fincas donadas sujetas al fideicomiso de residuo al tratarse de una transmisión a título gratuito.

Fundamentos de Derecho: artículos 1.3, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria. 782 y siguientes del Código Civil y Resoluciones y Sentencias citadas.

Segundo.—No se practica la inscripción parcial de la donación de la nuda propiedad de la mitad indivisa de las fincas registrales donadas que le pertenecen a la donante por liquidación de gananciales, por no prestarse expresamente el consentimiento a la inscripción parcial a dicha inscripción. Fundamentos de derecho: artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria.

En virtud de lo cual, procede denegar la mitad indivisa de la finca por el defecto que resulta del fundamento de derecho primero y suspender la otra mitad indivisa por lo expresado en el fundamento de derecho segundo.

Las calificaciones negativas del registrador podrán (...)

Valencia a 21 de agosto de 2023.—La registradora (firma ilegible). Fdo. María de las Mercedes del Álamo Arroyo».

### III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. M. S. C. interpuso recurso el día 22 de septiembre de 2023 mediante escrito en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«Primera.—Antecedentes de hecho:

I. (...)

IV. La resolución de calificación desfavorable recurrida en este acto, fundamenta la decisión en que dada la sustitución fideicomisaria de residuo que consta inscrita en el Registro sobre la mitad indivisa de las fincas registrales n.º 22.389 y n.º 22357/9, en la que se faculta a la heredera para disponer de los bienes de la herencia por actos intervivos, la misma debe limitarse a los actos a título oneroso al no estar prevista la facultad de disponer gratuitamente y, por tanto, entiende que la donante carece de la facultad de disponer por actos a título gratuito y considera, por ello, que no puede disponer por donación de la mitad indivisa de los bienes sujetos a dicha cláusula fideicomisaria.

En relación con ello, cita y expone la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 6 de septiembre de 2022.

V. De su lado, con respecto a la nuda propiedad de la otra mitad indivisa de las fincas registrales donadas que le pertenecen a la donante por liquidación de gananciales, la resolución de fecha 21 de agosto de 2023 aquí recurrida, suspende la inscripción, según refiere, por no expresarse el consentimiento a la inscripción parcial, en atención al artículo 19 bis LH (...)

Segunda.—Error en la resolución sobre la suspensión de la inscripción de la otra mitad indivisa de las fincas registrales n.º 22.389 y n.º 22367/9 donadas que le pertenecen a la donante por liquidación de gananciales.

Es un mero y evidente error lo contenido en la resolución impugnada, en cuanto a lo que refiere de la suspensión de la inscripción atinente a la nuda propiedad de la mitad indivisa de las fincas registrales donadas, que le pertenecen a la donante por la liquidación de gananciales, con el motivo de que «...no expresarse el consentimiento a la inscripción parcial a dicha inscripción», cuando lo cierto es que sí consta expresamente dicho consentimiento en la solicitud que se presentó en el propio Registro de la Propiedad, y ello, bajo el formulario y condiciones que dicho Registro facilita.

En dicha solicitud, en su apartado D) el cual refiere (márquese lo que proceda) presta su expreso consentimiento para que, en caso de calificación negativa de alguno/s extremos del documento, se practique inscripción parcial, con notificación posterior e indicación en la nota de despacho de tal calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria), consta marcada una X en la casilla del sí.

Por ello, para el improbable caso de no procederse a la inscripción completa del título, se deberá efectuar la inscripción parcial de los asientos correspondientes a la nuda propiedad de la mitad indivisa de las fincas registrales donadas, que le pertenecen a la donante por la liquidación de gananciales (...)

Tercera.—Incorrecta denegación de la inscripción sobre la mitad indivisa de las fincas registrales n.º 22389 y 22367/9 que ostenta la donante por herencia, estando esa mitad indivisa sujeta a una sustitución fideicomisaria de residuo establecida en el testamento de su esposo don V. B. O.

Esta parte entiende que la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 6 de septiembre de 2022, que cita la resolución aquí recurrida para fundamentar el motivo de su denegación de la inscripción, si bien se debe tener en cuenta al ser un caso parecido, lo cierto es que no es directamente aplicable al presente caso, puesto que tratándose de un caso similar, lo cierto es que el asunto que nos ocupa no es idéntico y, en éste, se plasma que la verdadera voluntad del testador fue la que expresamente, en su día, reflejó en el testamento, que no fue otra cosa que doña T. C. quedó como heredera única y universal, no limitándose su facultad de disposición en actos intervivos de los bienes pertenecientes a la herencia de su marido, a la posible transmisión a título oneroso, pudiendo ésta disponer de dichos bienes mediante título gratuito, ya que si bien no lo refiere el testamento expresamente, sí que no hace discriminación alguna en el término 'disponer' por actos intervivos y, lo que es más importante, en la propia disposición testamentaria, 'in fine' de la misma, indica que «en todo caso recibirán los bienes libre de toda clase de limitación», y, por tanto, con la única limitación referida al momento de su fallecimiento, pero no por actos intervivos, a los cuales tenía plena libertad en todos los sentidos y ámbitos de disposición, tal y como lo hubiesen tenido el resto de sucesivos herederos nombrados en el testamento, si bien a éstos, sin limitación de disposición mortis causa.

Véase que la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 6 de septiembre de 2022, el objeto de estudio es el término «enajenar», así como que, en la misma, no existe la clara y evidente coletilla 'in fine' de la disposición testamentaria de que «...en todo caso recibirán los bienes libre de toda clase de limitación.», aplicada, evidentemente, a toda la disposición testamentaria, por cuanto que la lógica interpretativa no puede darle otro sentido más allá que el aquí expuesto.

En ese sentido, no tiene ninguna lógica, ni de hecho ni jurídica, interpretarlo de otra manera en el presente caso, puesto que no es posible entender que el testador Sr. B. O. instituyera heredera única y universal a su mujer Sra. C., dándole prioridad sobre cualquier heredero, y tuviesen más facultades intervivos aquéllos (con menor vínculo familiar), en su caso, subrogados, que la propia heredera universal (más allá de la limitación mortis causa de ésta, la cual es clara y consta expresamente).

Como consecuencia de todo ello, es preciso centrarse en el ámbito de la interpretación de la citada cláusula testamentaria, y en los efectos que de la misma se



derivan y con respecto a esto, don V. B. O. otorgó testamento el día 28 de junio de 1998, ante el Notario de Burjassot, don Alfredo Granell Dasi, n.º 1.303 de su Protocolo, en el cual instituyó:

«...por su única y universal heredera de todos sus bienes a su esposa doña T. C. C., en pleno dominio y absoluto dominio.—Al fallecimiento de su referida esposa, los bienes procedentes de la herencia del otorgante pasarán a los hermanos del testador, doña A. B. O., don J. y doña M. M. B. A., por iguales partes, y a falta de algún por premoriencia de sus respectivos descendientes, con la sola excepción de que los derechos que corresponden al otorgante en la plaza de aparcamiento número tres, ubicada en el sótano del edificio en Valencia (...) que los asigna en pleno dominio a su ahijada doña E. F. O. F., vecina de Valencia.—Para el caso de premoriencia de la heredera, el testador la sustituye vulgarmente por sus hermanos doña A. B. O., don J. y doña M. M. B. A., sustituyéndoles vulgarmente a su vez para el mismo caso de premoriencia por sus respectivas estirpes de descendientes, con excepción en todos los casos de lo dicho respecto a la plaza de aparcamiento que será para su ahijada; en todo caso recibirán los bienes libre de toda clase de limitación.».

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

En consecuencia, es el ámbito de las disposiciones intervivos en el que debemos centrar nuestro análisis y, más en concreto, en las palabras empleadas por el testador para delimitar dichas facultades dispositivas, y los herederos concurrentes a los cuales pueda afectarles tal limitación de disposición intervivos o por el contrario, no afectar a ninguno.

Recuérdese que en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 6 de septiembre de 2022 se habla de los «bienes que no hubiesen sido enajenados en vida por la fiduciaria», cuestión que difiere con respecto a lo analizado aquí, por cuanto que señala expresamente «los bienes procedentes de la herencia del otorgante de que aquella no hubiese dispuesto por actos intervivos».

Pero, ¿a qué facultad de disposición se ciñe?. La interpretación no puede ser otra que a los actos de disposición a título oneroso y a título gratuito y el «quid» de la cuestión lo da la expresión textual y manifiesta, expuesta «in fine» de la citada cláusula testamentaria «...en todo caso recibirán los bienes libres de toda clase de limitación.».

(Más allá, evidentemente, y al margen de la limitación de disposición mortis causa que le viene impuesta a la fiduciaria sobre los bienes del causante).

Pudiera crearse la duda de que esa expresión referida a la expresa voluntad del testador, la cual reza «...en todo caso recibirán los bienes libres de toda clase de limitación.» fuese dirigida únicamente con respecto al último de los supuestos expuesto en la mentada cláusula testamentaria, es decir, para el caso de premoriencia de la heredera (T.) «Para el caso de premoriencia de la heredera, el testador la sustituye vulgarmente por sus hermanos doña A. B. O., don J. y doña M. M. B. A., sustituyéndoles vulgarmente a su vez para el mismo caso de premoriencia por sus respectivas estirpes de descendientes, con excepción en todos los casos de lo dicho respecto a la plaza de aparcamiento que será para su ahijada; en todo caso recibirán los bienes libres de toda clase de limitación.» así pudiera entenderse de la forma en la que está expuesta la redacción de la misma, atendiendo a que se sitúa en su parte final y, en vista de que el signo de puntuación/separación de la 'coletilla' con ese apartado es un punto y coma y, sin embargo, los signos de puntuación de lo escrito más arriba de la citada cláusula, son punto y seguido y punto y aparte y, por tanto, parecen separar los tres supuestos a los que atiende. (1.º heredera única y universal, 2.º muerte de la heredera, 3.º premoriencia de la heredera).

Ahora bien, eso es totalmente ilógico, puesto que a pesar de que existen puntos de separación entre los supuestos, no existe diferencia de los herederos y conceptos con respecto a la sucesión para el caso de que la heredera T. muera antes o después que el

testador, quedando los bienes para los mismos herederos e igualmente en todo caso libres de toda clase de limitación.

Si al tercer y segundo supuesto se le debe de aplicar la misma eficacia de la referida coetilla, aun estando separadas con señales de puntuación, la misma consecuencia y eficacia se le debe de dar al primer supuesto, que es a la facultad de disposición de los bienes por parte de la única y universal heredera T. a la cual se le asignan todos los bienes con total y absoluto dominio, a salvo, evidentemente, de la prohibición de disponer mortis causa sobre los bienes que deriven del testador, que es lo que si expresamente se indica y, por ello limita, en el testamento.

El artículo 675 de nuestro Código Civil señala que «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador». En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento», sin que de las disposiciones establecidas por el testador se desprenda en caso alguno que fuese su intención impedir los actos de disposición inter vivos a título gratuito, ya que en tal caso así lo hubiese manifestado expresamente al notario autorizante en el momento de redactar el testamento, en los términos previstos específicamente en el artículo 695 del Código Civil, tal y como hizo con los actos de disposición de carácter mortis causa, o más claro si cabe, cuando indicó expresamente que en todo caso los bienes los recibirían libres de toda clase de limitación.

Es doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. tal y como se estableció en la Resolución de fecha 20 de julio de 2017, la de que «hay que entender que, en un testamento autorizado por notario, las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento puesto que la preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador. en estilo preciso y observando la propiedad del lenguaje». En consecuencia, debe atribuirse al término «en todo caso», el sentido que dicha palabra ostenta, conocido sin duda alguna por el Notario autorizante, y por lo tanto también por el propio testador, el cual elaboró el testamento con una voluntad global, sin ninguna diferenciación de entre los supuestos contemplados y, menos, entre las limitaciones de disposición inter vivos de los herederos nombrados, si bien, como decimos más allá de la limitación mortis causa varias veces reiterada.

En el presente caso, correspondería aplicar más precisamente la Resolución de la Dirección General de seguridad jurídica y fe pública de fecha 22 de junio de 2015, la cual señaló que «en esa búsqueda de la intención más probable del testador, no se puede aplicar de forma automática, como hace la registradora, el criterio de la interpretación restrictiva de los términos concretos utilizados, sino el de interpretación teleológica (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2010), debiendo atenderse especialmente al significado que esas palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate».

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

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de mayo de 2010, refiere en cuanto al fideicomiso de residuo que comprende los actos a título oneroso y gratuito, si así lo dispone el causante, hecho que encaja totalmente con que 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

puede haber dispuesto de todo (si *quid supererit*.—si quedase algo) y, en ese sentido, el fideicomisario tiene una mera expectativa, pero nada más.

En nuestro caso, el testamento no refiere expresamente que la fiduciaria podrá disponer a título oneroso o gratuito, pero lo que está claro es que la misma en todo caso, no tendrá ninguna limitación de disposición, más allá de la expresamente reflejada (disposición mortis causa).

Esta parte conoce la doctrina jurisprudencial que contempla con recelo la facultad de disposición intervivos de forma gratuita, señalando una interpretación contraria en caso de duda, pero aquí no existe duda alguna cuando la voluntad del testador quedó clara y manifiesta reflejando que no existiría ninguna limitación de disposición de los bienes más allá de la expresada para la fiduciaria.

Era tan inequívoca la voluntad del testador don V. B. O., que así lo entendió su mujer doña T. C., y así dispuso en vida de los bienes -objeto aquí de estudio- (en parte, mitad indivisa. procedente de la herencia de su marido, el Sr. B.) a título gratuito a su sobrina doña A. M. S. C. y, ello, aun a pesar de que sí que existía una verdadera duradera y afable contraprestación por parte de este familiar para con su tía, a la cual cuidaba diariamente y gestionaba todo su patrimonio, así como atendía con cuidado a su vida diaria (médicos, etc...), pudiendo, por tanto, haber realizado tal disposición mediante título oneroso, lo cual, evidentemente, entre familia, no hacía falta.

Trunca toda lógica pensar que el Sr. B. concediese la facultad de disponer de los bienes de su herencia a su esposa Sra. C. en vida, nombrándola heredera única y universal, pero no le dejase responder a una contraprestación, como la descrita anteriormente, con un acto de liberalidad de disposición gratuita de los bienes a su sobrina la Sra. S. C.

Si precisamente esa disposición testamentaria, dentro de los diversos supuestos que pudiesen concurrir e hizo por ello, es decir, para que dicha persona tuviese la facultad en vida, de disponer de los bienes a su libre antojo, en todo caso sin limitación, pero que, cuando falleciese, los mismos, de quedar alguno, se repartiesen conforme a la sucesión de los herederos nombrados en el testamento (...)

Cuarta.—Por todo ello, en este supuesto, no existiendo duda de la verdadera voluntad del testador Sr. B. el cual no diferenció a ningún heredero en la facultad de disposición intervivos, expresando la coletilla «en todo caso, recibirán los bienes libre de toda clase de limitación.», más allá de limitarla previamente, únicamente con respecto a la fiduciaria, para los actos exclusivamente mortis causa, se deberá atender y ordenar la práctica de los asientos de inscripción solicitados sobre las fincas registrales n.º 22389 y n.º 22367/9, en relación con la Escritura otorgada en Valencia el día 22 de junio de 2018.

O, en su caso, subsidiariamente, para el improbable caso de no estimarse la anterior pretensión, se deberá acordar la suspensión y conceder y ordenar la práctica de la inscripción parcial de la mitad indivisa de las fincas registrales citadas donadas que le pertenecían a la donante por liquidación de gananciales».

#### IV

Notificada la interposición del recurso a don Alfonso Pascual de Miguel, notario de Valencia, como autorizante del título calificado, presentó el siguiente escrito de alegaciones fechado el día 28 de septiembre de 2023:

«I. Que, con fecha 22 de junio de 2018, bajo el número de mi Protocolo 1194, autoricé Escritura de donación de Nuda Propiedad de Bienes Inmuebles, inscritas, ambas fincas registrales, en el Registro de la Propiedad de Valencia número 5.

II. Que, con fecha 19 de julio de 2023, tuvo entrada en el citado Registro de la Propiedad la Escritura de donación de Nuda Propiedad de Bienes Inmuebles por mí autorizada siendo la consignada en el apartado I. anterior.

III. Que, tras la presentación registral de la escritura reseñada, se notificó a la parte otorgante/presentante resolución de calificación desfavorable de fecha 21 de agosto de 2023, notificada el 22 de agosto de 2023, previo examen y calificación de la reseñada



escritura otorgada en Valencia el día 22 de junio de 2018, ante el Notario, don Alfonso Pascual de Miguel, número de protocolo 1194, presentada ante el Registro de la Propiedad número 5 de Valencia el 19 de julio de 2023, bajo asiento 1074 del libro diario 118, resolviéndose por la Sra. Registradora, doña María de las Mercedes del Álamo Arroyo, no practicar los asientos solicitados en base a los hechos y fundamentos de derecho que constan en la notificación de calificación desfavorable expedida por la citada Sra. Registradora de la Propiedad, en Valencia a 21 de agosto de 2023.

IV. Que, con fecha 22 de septiembre de 2023, ha tenido entrada en el citado Registro de la Propiedad número 5 de Valencia, escrito de fecha 20 de septiembre de 2023, suscrito por doña A. M. S. C. –otorgante en calidad de donataria de la Escritura reseñada– interponiendo recurso gubernativo contra la citada calificación registral negativa.

V. Que, con fecha 27 de septiembre de 2023, y, de conformidad con el artículo 327, párrafo 5.º de la Ley Hipotecaria, se me ha notificado y adjuntado copia del escrito de fecha 25 de septiembre de 2023 de interposición del recurso gubernativo contra la citada calificado, a los efectos de que, si así lo entiende conveniente el Notario autorizante de la Escritura de donación, realice y remita a ese Registro de la Propiedad número 5 de Valencia, en el plazo de 5 días a contar desde la recepción del reseñado escrito -recibido fehacientemente en la oficina notarial el 27 de septiembre de 2023- las alegaciones que considere oportunas (...)

VI. Que, de conformidad con todo lo expuesto y conforme a lo previsto en el artículo 327, párrafo 5.º de la Ley Hipotecaria, el Notario autorizante de la Escritura objeto de calificación negativa, Alfonso Pascual de Miguel, presenta las siguientes:

Alegaciones.

Fundamentos jurídicos:

I. Alcance de las facultades dispositivas del fiduciario de residuo.

En caso de plantearse alguna duda sobre las facultades dispositivas por actos *inter vivos* y gratuitos del fiduciario de residuo, habrá de resolverse la duda a favor del principio de mayor libertad de los bienes conforme al principio general «in dubio contra fideicommissum» (Luis Diez-Picazo y Ponce de León. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2011).

Se presume en el fideicomiso de residuo la libertad de dominio que favorece en mayor grado la circulación y el tráfico de bienes, siempre que el fiduciario lo haga de buena fe al ejercer sus derechos dispositivos, onerosos o gratuitos, sin ánimo de defraudar el fideicomiso (STS 30 de octubre de 2012).

El factor determinante de la extensión de las facultades dispositivas del fiduciario de residuo está en la voluntad del testador fideicomitente y, por consiguiente, las expresiones utilizadas en el testamento. Conforme al artículo 675 del CC «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

La significación gramatical y el no haber recurrido el testador a ninguna reserva o limitación que cupiera entender había sido su intención excluir de tales facultades las relativas a los actos de disposición gratuita, no cabe estimar desacertada la tesis contenida en la STS de 13 de marzo de 1989 que, en todos los aspectos, interpretó con fidelidad la voluntad del testador, máxime cuando éste no apostilló la frase «por título oneroso». Ello concuerda con la redacción generalizada de los testamentos notariales en los que siempre, de manera expresa, en la disposición testamentaria relativa al fideicomiso de residuo, se hace constar siempre si se limita las facultades del fiduciario a los actos de carácter oneroso o se establece con carácter general la libre transmisión de los bienes provenientes [sic] de la herencia.

II. Interpretación de la voluntad del testador (art. 675 Código Civil).

En el testamento objeto de las presentes alegaciones, que fue el autorizado el 5 de febrero de 2013, por el Notario de Valencia, don Máximo Catalán Pardo, con el número 292 de protocolo, está redactado con meridiana claridad, disponiendo el testador «instituye y nombra heredera universal a su citada esposa, doña T. C. C., en pleno y absoluto dominio... los bienes procedentes del otorgante de que aquella no hubiera dispuesto por actos intervivos».

El Tribunal Supremo ha mostrado un criterio flexible en este punto incluyendo los actos gratuitos en las facultades dispositivas del fiduciario de residuo acudiendo a una interpretación sistemática del testamento. La STS de 22 de junio de 2010 interpreta la expresión testamentaria «pleno y absoluto dominio» en el sentido de que no se precisaba en la disposición testamentaria hacer constar si la disposición por el fiduciario tenía que ser onerosa o gratuita. Y todo ello al no concurrir ninguna reserva o limitación que cupiera entender que había sido intención del testador excluir de tales facultades las relativas a los «actos de disposición gratuita».

En la Resolución de 6 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en la que se basa la calificación negativa por parte de la Sra. Registradora del Registro de la Propiedad de Valencia número 5, en el apartado 4 de los «Fundamentos del derecho», se refuta completamente la interpretación denegatoria registral, al hacer se constar que «cuando la cláusula que se refiera a actos de disposición sin más, el que se haya consignado en el testamento una clara regla de exclusión del juego de la subrogación real respecto de los posibles actos dispositivos ya que, de haber sido así, parecería que el fiduciario estaría autorizado para disponer también a título gratuito, pues, al no fijarse barreras a la posible actuación del fiduciario, el fideicomitente está rebajando de manera más que notable las expectativas del fideicomisario de recibir bienes del fideicomitente».

El Testador en ningún caso, ha limitado la facultad de disposición del fiduciario a los actos onerosos, y por tanto a los realizados a cambio de contraprestación económica. Claramente no se establece «la subrogación real», en el Testamento objeto de las presentes Alegaciones.

III. Por razón de lo expuesto, resulta absolutamente improcedente la calificación registral denegatoria de la inscripción solicitada por la otorgante en virtud de la Escritura de donación autorizada por el infrascrito Notario, objeto de las presentes alegaciones y, por consiguiente, carente de fundamento jurídico la calificación denegatoria de la transmisión intervivos gratuita que impide la inscripción de los derechos adquiridos por la donataria.

En su virtud,

Solicita:

Se admita el presente escrito de alegaciones presentado de conformidad con el artículo 327, párrafo 5.º de la Ley Hipotecaria procediendo la Registradora de la Propiedad, previo los trámites legalmente previstos, ha [sic] dictar Resolución por la que revoque la nota de calificación ordenando su inscripción».

V

Mediante escrito, de fecha 6 de octubre de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En su informe, revocaba el segundo de los defectos por el que se suspendía la inscripción de la mitad, dado que por error no se practicó la inscripción parcial en el momento de efectuar la calificación, al no haberse tenido en cuenta que dicha solicitud de inscripción parcial se efectuaba en el escrito de presentación; esta inscripción parcial se practicó el día 20 de septiembre de 2023, y la nuda propiedad de la mitad indivisa de las fincas registrales adquiridas por

la donante por liquidación de gananciales habían quedado inscritas a nombre de doña A. M. S. C.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 675, 781, 783 y 784 del Código Civil; 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 426-53 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998, 7 de noviembre de 2008, 14 de octubre de 2009, 13 de mayo de 2010, 20 de julio y 30 de octubre de 2012 y 25 de noviembre de 2014; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1925, 17 de octubre de 1928, 8 de febrero de 1957, 5 de octubre de 1966, 27 de marzo de 1981, 31 de diciembre de 1992, 29 de diciembre de 1997, 26 de noviembre de 1998, 25 de marzo y 17 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2004, 19 de mayo y 22 de junio de 2005, 27 de mayo de 2009, 9 y 22 de junio, 16 de julio y 6 de noviembre de 2015, 26 de mayo de 2016 y 20 de diciembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2 de julio de 2020 y 14 de julio y 6 de septiembre de 2022.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de donación en la que concurren los hechos y circunstancias siguientes:

– La escritura es fecha de 22 de junio de 2018; se dona la nuda propiedad de una vivienda y plaza de garaje, haciendo reserva del usufructo vitalicio; en la nota simple registral de las fincas aparece lo siguiente: «Titulares de la finca. doña T. C. C. con DNI (...) en cuanto al 100,00000 % del pleno dominio con carácter privativo. - Adquirida por Herencia, en escritura otorgada en Valencia, de fecha 5 de Febrero de 2013, ante su Notario don Máximo Catalán Pardo». No aparece carga alguna.

– En el Registro –lo que se recuerda en la calificación–, las fincas constan inscritas a nombre de doña T. C. C., una mitad indivisa por adjudicación de gananciales y otra mitad indivisa por herencia, estando esta mitad indivisa sujeta a sustitución fideicomisaria de residuo establecida en el testamento de su esposo, don V. B. O.: «al fallecimiento de su esposa, los bienes procedentes de la herencia del causante de que ella no hubiere dispuesto por actos inter vivos, pasarán a los hermanos del testador, doña A. B. O., don J. y doña M. M. B. A., por partes iguales, y a falta de alguno por premoriencia, a sus respectivos descendientes, con la sola excepción que los derechos que correspondan al causante en la plaza de aparcamiento número (...) del mismo edificio, los asigna en pleno dominio a su ahijada doña E. F. O. F.».

La registradora deniega la inscripción de la mitad adquirida por herencia, dado que en el referido testamento se faculta a la heredera para disponer de los bienes de la herencia por acto *inter vivos*, facultad que debe limitarse a los actos a título oneroso al no estar prevista la facultad de disponer gratuitamente, por lo que la donante carece de la facultad de disponer por actos a título gratuito y por tanto no puede disponer por donación de la mitad indivisa de los bienes sujetos a dicha cláusula fideicomisaria; y suspende la inscripción parcial en cuanto a la mitad indivisa de la mitad adquirida por gananciales por no prestarse expresamente el consentimiento a la inscripción parcial. Posteriormente, la registradora, a la vista del recurso, revoca el segundo defecto señalado respecto de la suspensión de la inscripción parcial, e inscribe la mitad indivisa procedente de la liquidación de la sociedad de gananciales. Por tanto, al primer defecto se limitará la resolución del expediente.

La recurrente, en relación con el primer defecto señalado, alega lo siguiente: que la voluntad del causante era de la libre disposición de los bienes por parte de la heredera, en cualquier caso, y dado que, en la propia disposición testamentaria, *in fine* de la misma, indica que «en todo caso recibirán los bienes libres de toda clase de limitación»; que la interpretación teleológica de la disposición testamentaria aboca a que la voluntad

del testador era la de que la heredera pudiese disponer con total libertad de los bienes heredados. Aporta además un acta de manifestaciones de la donante del año 2017, en la que expresa su agradecimiento a la donataria por encargarse de la economía y administración de su patrimonio.

2. Aporta la recurrente un acta de manifestaciones del año 2017 otorgada por la donante en la que manifiesta su agradecimiento a la donataria «porque la ayuda diariamente y confía en ella para que lleve a cabo la gestión de su patrimonio y cuentas bancarias». En este punto, hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo por la que no deben ser tenidos en cuenta los documentos no presentados para la calificación; por otra parte, esta acta, de haber sido presentada en su momento, no afectaría a la esencia de la donación ni al objeto del recurso pues no se debaten cuestiones de voluntad e intenciones de la donante sino la interpretación de la cláusula dispositiva de un testamento de su causante.

En cuanto a la circunstancia de que en la nota simple registral no aparece carga fideicomisaria, ciertamente, la apariencia a la vista de la información, es la de la posibilidad de la disposición sin límite alguno; pero también es cierto que el notario, a la vista del título de la donante –escritura de herencia de su esposo– puede calificar y apreciar la existencia de la limitación. Por tanto, con la matización de que el notario debió asegurarse de la fecha de libertad de disposición, la registradora, en la información facilitada debió incluir la citada limitación si le constaba en el Registro, evitando un otorgamiento que ahora causa su calificación negativa.

Alega la recurrente el contenido del testamento del causante, que no ha sido aportado al expediente, y del que manifiesta consta lo siguiente: «(...) en todo caso recibirán los bienes libres de toda clase de limitación». Pero esta aseveración no consta en la expresión de la carga fideicomisaria de residuo, tal como resulta del Registro, por lo que, en su caso, precisaría para prosperar la tesis del recurrente, una rectificación del asiento, que excede del ámbito de este recurso que respondería a otro procedimiento. En consecuencia, para la presente Resolución, se habrá de estar al contenido del asiento en el Registro.

3. Frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitados, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida, siendo especialmente ilustrativas las siguientes afirmaciones contenidas en la Resolución de este Centro Directivo de 17 de septiembre de 2003: «(...) hay un primer llamamiento pleno, total, e ilimitado en vida del beneficiario; el primer llamado es un heredero completo en el tiempo y en las facultades que adquiere, con una sola restricción que operará después de su muerte; la herencia fideicomitada (o el patrimonio fideicomitado ya liquidado, si se aceptó a beneficio de inventario) se integra plenamente en el patrimonio del primer llamado y pasa a responder de las deudas de este como los demás bienes que integran hasta ese momento dicho patrimonio, sin ninguna relación de preferencia entre unos y otros, y esta responsabilidad persiste al fallecimiento de ese primer llamado; el llamamiento al residuo en modo alguno limita en vida las facultades del primer llamado, que es dueño pleno y con plenas facultades de disposición ínter vivos. Ese llamamiento al residuo lo único que implica es que una vez fallecido el primer llamado y liquidadas sus deudas, los bienes que procedan del fideicomitente, quedan sustraídos a la ley que regulará la sucesión del primer llamado, y seguirán el orden sucesorio predeterminado por el fideicomitente».

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

*aliquid supererit* («si queda algo») y del fideicomiso o de *eo quod supererit* («de lo que deba quedar»).

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

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

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

Es de especial interés la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de mayo de 2010, pues abordó directamente el alcance de las facultades del fiduciario de residuo. Empieza



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

4. En el presente supuesto, en el registro consta lo siguiente: «al fallecimiento de su esposa, los bienes procedentes de la herencia del causante de que ella no hubiere dispuesto por actos inter vivos, pasaran a (...)». No distingue si la disposición debe ser realizada a título oneroso o cabe también que pueda serlo a título gratuito. De acuerdo con la jurisprudencia y doctrina antes expuestas, se trata de analizar la extensión de la disposición testamentaria de la que resulta el fideicomiso de residuo.

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

Conforme al artículo 675 del Código Civil, el criterio básico para la interpretación de las disposiciones testamentarias es la intención del testador según el tenor del mismo testamento, si bien cuando la mera lectura del testamento no pone de relieve con toda la claridad deseable (y exigible en buena técnica notarial, si se trata de un testamento otorgado ante notario) cuál es la voluntad del testador, deben emplearse entonces algunas reglas de interpretación que, aun en sede contractual, son aplicables para los testamentos, como sucede paradigmáticamente con el llamado criterio de interpretación sistemática que consagra el artículo 1285 del Código Civil (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998 y 14 de octubre de 2009). Y es que, como afirmó la Sentencia del Alto Tribunal de 9 de junio de 1987 –y recuerda la Sentencia de 25 de noviembre de 2014– con referencia a la interpretación del testamento en general: «(...) dados los términos del artículo 675 del Código Civil puede deducirse, que el mismo se basa en un criterio subjetivo, que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de hermenéutica, e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento (sentencias de 8 de julio de 1940, 26 de marzo de 1983, 29 de febrero de 1984, 9 de marzo de 1984, etcétera) (...)».

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

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

En sentido favorable a la subrogación real se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de octubre de 2012, según la cual la obligación de conservar no desaparece en el fideicomiso de residuo, dentro de la general interpretación restrictiva de las facultades dispositivas del fiduciario: «(...) aunque el heredero fiduciario venga autorizado con las más amplias facultades de disposición, ya a título gratuito, o bien mortis causa, no por ello deja de tener sentido conceptual la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios en orden al heredero fideicomisario (...) De lo afirmado se infiere que el mecanismo de la subrogación real respecto del correspondiente de la disposición realizada debe operar con normalidad en el fideicomiso de residuo, inclusive en su modalidad «si aliquid superit» (si algo queda), cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos, es decir, los realizados a cambio de una contraprestación económica, de suerte que la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso, siempre acorde con la voluntad querida por el testador».

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

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

También es más que dudoso que haya excluido la subrogación real; más bien resulta lo contrario, a la vista de la redacción de la disposición testamentaria, pues, de otro modo, la posible entrega –o tránsito– de los bienes fideicomitados a los fideicomisarios quedaría absolutamente en manos del fiduciario, algo que no tiene amparo en el tenor de la cláusula testamentaria en cuestión. Y no solo porque esa apreciación aparece vedada por la más reciente jurisprudencia anteriormente reseñada, según la cual las cláusulas testamentarias que simplemente autoricen al fiduciario a disponer de los bienes heredados del testador por actos *inter vivos*, sin más especificaciones, deben interpretarse como comprensivas únicamente de los actos de disposición a título oneroso, ya que para entender autorizados también los actos de disposición a título gratuito es necesario que el testamento lo declare expresamente (criterio, por lo demás,

que también preside una de las más recientes codificaciones civiles realizadas en el Derecho español, como resulta del apartado 2 del artículo 426-53 del Código Civil de Cataluña).

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

En definitiva, partiendo del indudable presupuesto fáctico de que la cláusula testamentaria invocada por la registradora en su calificación sólo autoriza la disposición mediante actos *inter vivos*, vedando los «*mortis causa*», la regla de interpretación estricta que impone la más reciente jurisprudencia la ciñe y la limita, claramente, a los actos onerosos y no a los gratuitos. Es más, implicando la sustitución fideicomisaria la vulgar, el hecho de que el testador haya previsto una sustitución vulgar en favor de los descendientes de los fideicomisarios patentiza una voluntad clara de que el tránsito de los bienes no quede al completo arbitrio del fiduciario. Algo que no sucedería si se le entendiera habilitado para disponer a título gratuito, por lo que procede confirmar una calificación recurrida que, ciertamente, se ajusta a la más reciente jurisprudencia y a anteriores pronunciamientos de esta Dirección General.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar 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, 13 de diciembre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.