

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**9201** *Resolución de 2 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Granada n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por Don E.R.J., en representación de don M.J.R. y de doña M.J.R., contra la calificación del registrador de la Propiedad de Granada número 1, don José Antonio Ruiz-Rico Díez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Granada don Leopoldo Ocaña Cabrera, de fecha 10 de octubre de 2011, se otorgaron las operaciones de adjudicación de herencia causada por el fallecimiento de don A. J. R. Ocurrió su óbito en fecha 4 de agosto de 2011, en estado de viudo de doña A. V. V., y, bajo la vigencia de su último testamento ante el notario de Granada don Santiago Marín López, de fecha 9 de octubre de 1997, en el que instituyó heredera universal a su citada esposa en pleno dominio y nombró «herederos fideicomisarios de residuo para todos aquellos bienes que no hubiere dispuesto su esposa a sus hermanos...» –todos intervinientes en la escritura-, que se adjudican las fincas en pleno dominio. La escritura causó calificación negativa de fecha 7 de mayo de 2015, y fue subsanada en cuanto a la descripción de una de las fincas por otra escritura ante el mismo notario, de fecha 17 de febrero de 2020.

Interesa a efectos de este expediente, que la mitad indivisa de una de las fincas del inventario, había sido adquirida por herencia de la premuerta esposa del causante, doña A. V. V., que falleció en fecha 22 de enero de 2002, bajo de vigencia de su último testamento ante el notario de Granada don Santiago Marín López, de fecha 9 de octubre de 1997, en el que entre otras dispuso lo siguiente: «instituye heredero único y universal de todos sus bienes en pleno dominio a su citado esposo y nombra herederos fideicomisarios de residuo para todos aquellos bienes de que no hubiera dispuesto su esposo a sus hermanos J. y L. V. V., sustituidos por sus descendientes en caso de premoriencia o incapacidad». Se había otorgado adjudicación de la herencia de doña A. V. V., a favor de don A. J. R., ante el mismo notario don Santiago Marín López, en fecha 21 de febrero de 2002. Esta fue inscrita a favor del heredero con la carga fideicomisaria de residuo mencionada.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad número 1 de Granada el día 3 de marzo de 2020, y fue objeto de calificación negativa de 6 de marzo que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«Hechos:

I. El día 03/03/2020, bajo el asiento número 1187 del Diario 88 y con entrada n.º 1634, fue presentado el citado documento.

II. Que el Registrador que suscribe, en base al principio de Calificación Registral que dimana del art.º 18 de la Ley Hipotecaria y en el ejercicio de las funciones que

legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, emite con ésta fecha calificación negativa teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes fundamentos de derecho:

#### Fundamentos de Derecho.

El causante Don A. J. R. adquirió la finca inventariada con el n.º 1, en cuanto a una mitad indivisa, por herencia de su esposa Doña A. María V. V. y con el carácter de heredero fiduciario, habiéndose instituido herederos fideicomisarios de residuo a Don J. y Doña L. V. V., sustituidos por sus descendientes caso de premoriencia o incapacidad. Así consta en la inscripción 2.ª de dicha finca. Esta circunstancia se ha omitido en la escritura calificada adjudicándose la totalidad de la finca como si perteneciera al causante sin ninguna limitación.

Acuerdo: Suspendo con fecha de hoy la inscripción solicitada por el/los citado/s defecto/s subsanable/s.

En consecuencia, conforme al art.º 323 de la Ley Hipotecaria, quedará prorrogada la vigencia del asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles a contar desde la fecha en la que se acredite la percepción de la presente comunicación. Contra el anterior... (Oferta de recursos)».

#### III

No se solicitó calificación sustitutoria.

#### IV

El día 27 de mayo de 2020, don E.R.J., en representación de don M.J.R. y de doña M.J.R., interpuso recurso contra la calificación, en el que alega lo siguiente:

«De acuerdo con los antecedentes expuestos, el fideicomiso al que se refiere cada uno de los testamentos es “de residuo” en su modalidad de “si aliquid supererit” según se infiere la expresión “para todos aquellos bienes que no hubiere dispuesto su esposo” y, por tanto, que los nombrados fideicomisarios de residuo lo son, no con el carácter de herederos sucesivos, sino subsidiarios.

A debemos añadir que la voluntad de los testadores era la de favorecerse mutuamente, permitiéndole al cónyuge superviviente la facultad de disponer de los bienes, por lo que no se puede inferir de ello que existiera limitación de conservación y/o restitución a favor de los sustitutos indicados, lo que hace ineficaz la institución.

A mayor abundamiento, la Dirección General de los Registros y del Notariado viene declarando que en los supuestos en los que dos cónyuges disponen su última voluntad en dos testamentos coetáneos, esto se debe interpretar en el sentido de que la voluntad de los testadores era de hacer prevalecer la voluntad de su cónyuge frente a cualquier sustitución de residuo, de tal modo que solo cabe ser interpretado en el sentido de que al sobreviviente le habrían de heredar las personas por él designadas y no las del otro cónyuge.

Por tanto, el fundamento principal de nuestro recurso es que el viudo de A. V. V. dispuso en vida de los bienes de aquella, a lo que podemos añadir que tras la aceptación de los bienes realizada según escritura otorgada ante el notario de Granada, Santiago Marín López, de 21-02-2002, protocolo 626, dichos bienes dejaron de pertenecer a aquella y pasaron a formar parte del patrimonio de su viudo, A. J. R., de tal forma que sus disposiciones testamentarias dejan sin efecto, por tener un carácter principal, las realizadas por su difunta esposa y por tanto, será consecuencia de ello, que los designados como sustitutos fideicomisarios por ella no deban ser llamados salvo en un supuesto de no poder heredar los designados por él (hecho que no ha sucedido en el supuesto que nos ocupa)».

Cita el recurrente, en defensa de su tesis, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 2017 y 19 de diciembre de 2019.

V

Notificado el recurso al notario autorizante el 1 de junio de 2020, hasta la fecha no se ha hecho alegación alguna.

Mediante escrito con fecha de 8 de junio de 2010, el registrador de la propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el mismo día).

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 657, 658, 675, 781, 783, 784 y 785 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de diciembre de 1997, 2 de noviembre de 2010 y 6 de junio de 2014, y las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 27 de marzo de 1981, 10 de noviembre de 1998, 17 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2004, 26 de junio de 2007, 18 de enero de 2010, 9 de junio y 19 de octubre de 2015, 19 de abril y 26 de junio y 20 de julio de 2017 y 19 de diciembre de 2019.

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

Se trata de las operaciones particionales causadas por el óbito del esposo, fallecido el día 4 de agosto de 2011. La esposa había fallecido anteriormente, el 22 de enero de 2002.

En el testamento de la esposa, de fecha 9 de octubre de 1997, «instituye heredero único y universal de todos sus bienes en pleno dominio a su citado esposo y nombra herederos fideicomisarios de residuo para todos aquellos bienes de que no hubiera dispuesto su esposo a sus hermanos..., sustituidos por sus descendientes en caso de premoriencia o incapacidad».

En el testamento del esposo, ante el mismo notario y el mismo día, instituyó heredera a su citada esposa en pleno dominio y nombró «herederos fideicomisarios de residuo para todos aquellos bienes que no hubiere dispuesto su esposa a sus hermanos...».

En la escritura de aceptación de la herencia causada por la esposa, se adjudicaron los bienes al viudo, con la carga de la sustitución fideicomisaria de residuo. En el Registro causó inscripción a favor del viudo con la citada limitación del fideicomiso de residuo.

Intervienen en la escritura de herencia del esposo causante, los llamados en su testamento como sustitutos de residuo, o sea, los hermanos del causante, que formalizan las operaciones de inventario y adjudicación de los bienes de la herencia.

El registrador señala como defecto que el causante adquirió la finca inventariada en cuanto a una mitad indivisa, por herencia de su esposa y con el carácter de heredero fiduciario, habiéndose instituido herederos fideicomisarios de residuo a unos hermanos de ella sustituidos por sus descendientes caso de premoriencia o incapacidad; que así consta en la inscripción de dicha finca; y que esta circunstancia se ha omitido en la escritura calificada adjudicándose la totalidad de la finca como si perteneciera al causante sin ninguna limitación.

Los recurrentes alegan que la voluntad de los cónyuges era la de favorecerse mutuamente, y por tanto no se infiere que haya limitaciones a la disposición; que el viudo dispuso de los bienes al tiempo de aceptar y adjudicarse los bienes de su difunta esposa, por lo que ya no hay residuo; que las disposiciones testamentarias dejan sin efecto las realizadas por su difunta esposa y, por tanto, será consecuencia de ello que

los designados como sustitutos fideicomisarios por ella no deban ser llamados salvo en un supuesto preventivo de no poder heredar los designados por él.

2. Previamente conviene recordar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto a las sustituciones fideicomisarias de residuo a que se refiere la Resolución de 9 de junio de 2015 (reiterada en otras citadas en los «Vistos» de la presente) en los siguientes términos:

«No debe sorprender que, habida cuenta de las dificultades que toda definición jurídica comporta (baste recordar que, como afirmara Javoleno en sus "Epistulae" – D.50.17.202–, "omnis definitio in iure civile periculosa est; parum es enim, ut non subverti possit"), el Código Civil ofrezca, más que una definición, una aproximación al concepto de sustituciones fideicomisarias, al referirse a ellas en el artículo 781 descriptivamente respecto de uno de los elementos que es considerado como natural y no esencial de dicha institución jurídica (la obligación de que el heredero "conservar y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia").

En efecto, frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitados, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida, siendo especialmente ilustrativas de las siguientes afirmaciones contenidas en la Resolución de este Centro Directivo de 17 de septiembre de 2003: "(...) hay un primer llamamiento pleno, total, e ilimitado en vida del beneficiario; el primer llamado es un heredero completo en el tiempo y en las facultades que adquiere, con una sola restricción que operará después de su muerte; la herencia fideicomitada (o el patrimonio fideicomitado ya liquidado, si se aceptó a beneficio de inventario) se integra plenamente en el patrimonio del primer llamado y pasa a responder de las deudas de este como los demás bienes que integran hasta ese momento dicho patrimonio, sin ninguna relación de preferencia entre unos y otros, y esta responsabilidad persiste al fallecimiento de ese primer llamado; el llamamiento al residuo en modo alguno limita en vida las facultades del primer llamado, que es dueño pleno y con plenas facultades de disposición 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 su 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 exige 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 exige 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 aquel.

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...».

3. Por lo tanto, para la resolución de este expediente, es preciso determinar el tracto sucesorio de las herencias de los dos esposos, de acuerdo con los títulos sucesorios de cada uno de ellos. Fallece en primer lugar la esposa, en cuyo testamento se instituye heredero fiduciario a su esposo con facultad de disposición con absoluta libertad de los bienes de la herencia sin limitación alguna y por actos posteriores al fallecimiento de la testadora. El esposo heredero fiduciario no ha dispuesto de la finca ni ha otorgado testamento posterior a la apertura de la sucesión de su esposa, y, por tanto, quedando bienes de esa herencia, entra en juego el llamamiento de los sustitutos fideicomisarios de residuo designados por la testadora, que son sus hermanos designados o sus sustitutos vulgares en su caso. Posteriormente fallece el esposo, y, respecto de sus bienes privativos, habiendo premuerto la instituida heredera fiduciaria, suceden los sustitutos vulgares de ella, que son los hermanos del esposo que habían sido designados como sustitutos fideicomisarios de residuo; pero no suceden en los derechos de la herencia de la esposa, que ya tienen titulares designados por ella –sus hermanos–.

Por tanto, en los llamamientos de sustitución fideicomisaria el fideicomitente dispone una doble o múltiple institución de herederos con carácter sucesivo, por el orden que él señala y todos los herederos, y en concreto los fideicomisarios, lo son del fideicomitente, no del fiduciario. Así, el heredero fideicomisario trae causa directamente del causante originario, que es con respecto al cual se aprecian todas las cuestiones relativas a su capacidad para suceder y desde cuya muerte adquiere el derecho a la sucesión, aunque muera antes que el fiduciario, transmitiendo su derecho a sus herederos.

4. Así pues, el derecho de los fideicomisarios se produce y adquiere desde la muerte del causante fideicomitente y se transmite a sus herederos (artículo 784 del

Código Civil), adquiriendo el fideicomisario el derecho desde el momento de la muerte del fideicomitente causante, aunque fallezca antes que el fiduciario. Por ello, existiendo una sustitución fideicomisaria no estamos en presencia de un caso de heredero único, lo que así puso de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado, que determinó que no puede el fiduciario inscribir su derecho mediante instancia (Resolución 27 de marzo de 1981, reiterada por muchas otras). En consecuencia, en el supuesto concreto, no habiendo dispuesto *inter vivos* de algunos de los bienes el heredero fiduciario y no habiendo otorgado testamento tras la muerte de la testadora, hay que tener en cuenta los llamamientos de los sustitutos fideicomisarios de residuo hechos por ella, y siendo los fideicomisarios directamente herederos suyos, es necesario contar con los mismos para la partición.

Alegan los recurrentes que se trata de una sustitución fideicomisaria de residuo en su modalidad preventiva, argumentando que su figura únicamente pretende evitar que la herencia pueda quedar sin titulares al morir el heredero. Pues bien, efectivamente así ha sido, pero los sustitutos preventivos de la esposa no son los hermanos de su esposo sino los suyos.

Ciertamente, en el concreto supuesto, se trata de un auténtico fideicomiso de residuo que posibilita al fiduciario la disposición de los bienes fideicomitados y, en este caso, la obligación de conservar los bienes no es la esencia de esta sustitución fideicomisaria. El artículo 781 del Código Civil no define la sustitución fideicomisaria, sino que establece los límites a aquellos supuestos en los que el fiduciario tiene la obligación de conservar los bienes –«(...) serán válidas siempre que no pasen (...)»-. Por su parte, el artículo 783 permite que tal obligación pueda ser modalizada por voluntad del instituyente: «(...) salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa». Así pues, lo que constituye la esencia de la sustitución fideicomisaria es la existencia del llamamiento sucesivo, lo que nos lleva a admitir que caben dos modalidades, la normal con obligación de conservar, y la de residuo, en la que con mayor o menor amplitud se conceden al primer llamado facultades de disposición sobre los bienes.

Como ha puesto de relieve esta Dirección General, en los fideicomisos de residuo condicional no es el llamamiento en sí, sino su contenido, es decir, no se condiciona la cualidad sino el «quantum» de la misma. Está expresamente admitido que las facultades de disposición pueden ser a título gratuito y también «mortis causa», si bien es preciso que sean atribuidas de manera expresa. Por tanto, en la sustitución fideicomisaria de residuo, el fideicomisario es heredero desde la muerte del causante fideicomitente, pero el contenido de la herencia será mayor o menor en función de los actos dispositivos del fiduciario. El fideicomisario, aunque solo tenga una expectativa, es heredero. En el fideicomiso de residuo hay cierta condicionalidad, pero no en el llamamiento, que es puro –de forma que el fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del causante y lo transmite a sus herederos– sino en el «quantum» de lo que se recibirá.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, 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, 2 de julio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.