

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

7347 *Resolución de 1 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de San Clemente, por la que se suspende una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña Mercedes Pérez Hereza, notaria de Cuenca, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de San Clemente, don Ángel Casas Casas, por la que se suspende una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por la notaria de Cuenca, doña Mercedes Pérez Hereza, los sucesores de doña M. G. A. otorgaron escritura de aceptación y adjudicación de herencia, apreciando sustitución vulgar.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de San Clemente, dicho documento fue calificado negativamente y suspendida la inscripción en base a la siguiente nota: «Examinado el presente documento, se suspende la inscripción del mismo por lo siguiente: Hechos: falta certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad de don M. P. G.; y se suspende el exceso de cabida de la finca descrita con el número uno por dudas, no coincide superficie –el exceso supone más del veinte por ciento– y además algunos de los linderos son fijos. Fundamentos de Derecho. Artículo 14 y 16 de la Ley Hipotecaria y artículos 78 y siguientes del RH, artículo 298 R.H. y artículo 437 del R.H. Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes de su Reglamento, el registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación –entre otros extremos– a «los obstáculos que surjan del Registro», a la «legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción», a «las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos», y a «la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de la circunstancias que según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo plena de nulidad». Este principio legal de calificación por el registrador se reconoce expresamente en cuanto a los «documentos públicos autorizados o intervenidos por notario», por el nuevo art. 143 del Reglamento Notarial, redactado por Real Decreto 45/2007 de 19 de enero, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye «podrán ser negados o desvirtuados por los jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias» Calificación Calificado el título a la vista de los Libros del Registro y de los Fundamentos de Derecho expuestos, suspendo la inscripción por el defecto citado en lo hechos. 1 Puede interponerse (...). San Clemente, doce de marzo del año dos mil trece. El registrador (firma ilegible y sello del Registro) Ángel Casas Casas».

III

La anterior nota de calificación es recurrida, exclusivamente en cuanto al primer defecto, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la notaria autorizante, con fecha 22 de marzo de 2013, en base a los siguientes argumentos: «... I. La escritura formaliza una herencia en la que por premoriencia de dos de los herederos instituidos suceden sus respectivos descendientes. Deben acreditarse dos hechos: la premoriencia del heredero y quienes son sus descendientes. Se incorporó certificado de defunción del heredero y para acreditar quienes eran sus hijos se incorporó la copia de su testamento. El registrador, según nota de calificación exige el certificado de Actos de Ultima Voluntad, invocando, entre otros, los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria y 78 del Reglamento Hipotecario. II. En primer lugar debe ponerse de manifiesto que no se trata de la sucesión del heredero instituido, en cuyo caso indudablemente haría falta certificado de Ultimas Voluntades acompañando al testamento, como título de la sucesión, sino que se trata de la sustitución a favor de sus descendientes y por tanto de la necesidad de acreditar, además de la premoriencia del heredero sustituido, quienes son los hijos del fallecido. III. La condición de hijos del heredero premuerto resulta de la manifestación de los mismos comparecientes en la escritura; a mayor abundamiento se incorporó la copia del testamento como modo de acreditación de la existencia y nombre de los mismos de la misma manera que pudo incorporarse fotocopia de las páginas del Libro de Familia, certificado de nacimiento de los hijos o cualquier otro documento del que resultaren tales hechos. IV. Debe recordarse al respecto que todo testamento tiene un contenido de carácter personal y un contenido de carácter patrimonial; el contenido de carácter personal se refleja en los datos de filiación del testador, y circunstancias relativas a su estado civil, existencia o no existencia de hijos y nombre de los mismos; es por esa manifestación vertida por el testador en el testamento relativa a la existencia de tres hijos por lo que se incorporó el mismo como prueba documental. En este caso el testamento ha sido empleado como medio de prueba fehaciente de la existencia o identificación de los hijos del testador. V. No se incorporó a la escritura el certificado de Ultimas Voluntades solicitado por entenderse que es irrelevante acreditar que el testamento invocado fuera el último testamento y, por tanto, su vigencia, lo que se haría imprescindible para que el testamento surtiera la plenitud de sus efectos en el ámbito patrimonial. La sustitución estaba ordenada a favor de los descendientes del instituido y no de sus herederos (en cuyo caso sí que hubiera sido obligado acreditar la vigencia del testamento para determinar quienes resultarían ser herederos). Aun cuando resultarían instituidas otras personas distintas a los hijos del heredero premuerto la sustitución vulgar hubiera operado a favor de los hijos del testador. VI. Hubiera sido más lógico –a juicio de la notaria autorizante– que el registrador, caso de tener dudas acerca de la existencia y de la identidad de los hijos del heredero instituido, hubiera solicitado acta de notoriedad tramitada conforme la legislación notarial y prevista en el artículo 83.2 del Reglamento Hipotecario, pero en absoluto se entiende la solicitud del certificado de Ultimas Voluntades que no aporta nada para la determinación de tal circunstancia. VII. El exigir indiscriminadamente la misma documentación (certificación de defunción, certificado de Ultimas Voluntades y copia autorizada del testamento) para acreditar la sustitución para el caso de premoriencia que es el supuesto que ha originado el presente recurso como para el caso en que se tratara de la sucesión del heredero instituido premuerto supone una inercia en la solicitud de documentación, sin ningún tipo de distinción».

IV

El registrador emitió informe en defensa de su nota y elevó el expediente a este Centro Directivo, donde tuvo entrada el 6 de abril de 2013.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 741 y 774 del Código Civil; 29 de la Ley del Notariado; 143, 209 y 209 bis del Reglamento Notarial; 3 de su Anexo II; 14, 16 y 18 de la Ley Hipotecaria y 78, 81 y 437 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de febrero de 1992, 8 de mayo de 2001, 21 de mayo de 2003 y 27 de febrero de 2013.

1. El presente recurso versa sobre la forma de determinar los sustitutos vulgares de un heredero premuerto. Concretamente, se autoriza una escritura de aceptación y adjudicación de herencia por el fallecimiento de una causante a la que premurieron dos de sus cinco hijos. Respecto de uno de ellos, en el momento de la escritura que motiva el presente recurso, se había formalizado a su vez, escritura de adjudicación de herencia, en base a título sucesorio que se reseña, incorporando además el certificado de defunción. Respecto del otro hijo premuerto no se han formalizado operaciones sucesorias, pero incorpora la notaria autorizante y recurrente, certificado de defunción así como copia autorizada de testamento abierto, respecto del cual, reglamentariamente, se habrá enviado el parte correspondiente, pero no se acompaña certificado del Registro de Actos de Última Voluntad. Considera el registrador que lo aportado no es suficiente, en cuanto para surtir el efecto pretendido, deberá el testamento ser acompañado de dicho certificado.

2. La forma de determinar la existencia de sustitutos vulgares, por premoriencia del heredero instituido obliga, siempre y en primer término, a la acreditación de la defunción, mediante prueba de las actas del Registro Civil, lo que se hará normalmente por certificación de su contenido. Acreditado el hecho del fallecimiento, es preciso, además, de no estar nominativamente designados los sustitutos, demostrar quienes son los llamados, quienes sub-entran en la posición relicta por su causante, que en el caso que nos ocupa, además es legitimario, en cuanto hijo de la primeramente fallecida.

3. La forma de acreditar quienes sean estos sustitutos vulgares es múltiple. Destaca la declaración de herederos abintestato del sustituido que es, sin duda, el título ad hoc, en cuanto dirigida a la comprobación documental y personal del notario de los hechos solicitados. Sin la especialidad que el artículo 209 bis del Reglamento Notarial confiere al acta para la declaración de herederos abintestato es posible –y en determinados casos, como la determinación de reservatarios indeterminados, hijos puestos en condición, u otros hechos en los que debe acreditarse, a salvo la prueba de hecho negativo, quienes son los sucesores en títulos testamentarios, normalmente imprescindible– la concurrencia de otras actas de notoriedad para la acreditación de un hecho sucesorio concreto, como pudiese ser la existencia de sustitutos vulgares.

4. Por fin, tras diversas vacilaciones, a día de hoy no ofrece duda –ni el registrador pone en tela de juicio– que pueda el sustituido haber otorgado testamento, y en él manifestar su filiación y existencia de parientes, esencialmente sus hijos, con derecho tanto a legítima como a ser heredero por sustitución.

Ciertamente, se atribuye tradicionalmente eficacia a las manifestaciones del testador, con presunción «iuris tantum» y en cuanto no sean contradichas. Esta declaración, expositiva, abarca los datos personales del testador, tales como su filiación y núcleo familiar. Es distinta, documental y materialmente, del contenido atípico que pudiese tener un concreto testamento, como es la cláusula en la que se procede al reconocimiento de hijos, previsto expresamente en el artículo 741 del Código Civil, el cual con las exigencias de publicidad previstas en el artículo 49 de la Ley vigente del Registro Civil, y 187 y 188 de su Reglamento, no pierde fuerza legal aunque se haya revocado el testamento que sirvió de vehículo para su formulación (vid. artículos 120. 1 y 124 del Código Civil).

5. Aceptado el testamento del sustituido como medio de prueba de la existencia de los descendientes sustitutos, se plantea como única cuestión si es necesaria, adicionalmente a la expedición de copia autorizada, la acreditación de su inscripción en el Registro de Actos de Última Voluntad.

Para decidir acerca de esta exigencia hay que entender el valor añadido de esta inscripción respecto del testamento otorgado. El certificado acredita –bajo la responsabilidad del Estado– que la voluntad manifestada por el causante en un determinado testamento es la que rige la sucesión ya abierta. Por tanto que el testamento presentado existe y es el último. Tal exigencia, ineludible en la ordenación de la propia sucesión del sustituido, podrá entenderse irrelevante en el presente caso, en el que se trata únicamente de determinar quienes son los hijos del mismo, por su constancia en la parte expositiva y no en la dispositiva del documento. Abonaría esta solución, «ad maiorem» el régimen ya mencionado del reconocimiento de hijos no matrimoniales.

6. No obstante, si se tiene en cuenta la excepción que supone que por mera manifestación puedan ser determinados sucesores, cuya omisión supondría que la partición quedaría sujeta al régimen del artículo 1080 del Código Civil; que pese a que el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, consagra un sistema abierto «–cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos podrán determinarse por acta de notoriedad–» es indudable la merma de garantías de la declaración testamentaria frente a las actas; que la acreditación del título sucesorio abintestato implica que ha sido tramitada y cerrada el acta prevista en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial; que para la eficacia de las disposiciones de carácter familiar, como es el caso de la tutela testamentaria prevista en el artículo 224 del Código Civil, el juez recabará del Registro de Actos de Última Voluntad, certificación, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones previstas.

7. Todo ello conduce a que la admisión de copia de testamento del causante como forma hábil de prueba de la existencia e identificación de sustitutos vulgares indeterminados, deba cumplir, al menos, la mínima exigencia en su equivalencia funcional con un título sucesorio hábil, de venir acompañado de certificación en el Registro de Actos de Última Voluntad, pues si bien la manifestación realizada no cambia su naturaleza, sí lo hace el vehículo elegido, el cual queda acreditado como el título que rige la sucesión del causante sustituido.

Por último, dada la facilidad para solucionar la controversia –una simple consulta al Registro General de Actos de Última Voluntad– hubiera sido conveniente que cualquiera de los funcionarios, notaria o registrador, lo hubiera hecho y, de esa manera, hubiera evitado dilaciones y gastos innecesarios a los interesados.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho.

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, 1 de junio de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.