

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**3603** *Resolución de 1 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Madrid n.º 7 por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Domínguez Mena, notario de Madrid, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Madrid número 7, doña María Concepción Iborra Grau, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid don Antonio Domínguez Mena, de fecha 25 de septiembre de 2013, con el número 1.986 de orden de su protocolo de ese año, se otorgaron operaciones particionales como consecuencia del fallecimiento del finado don A. S. G., por doña M. C. S. S., doña S. S. S., doña M. S. S., presentes y doña C. C. S. F. representada, todas ellas como herederas. Además intervienen don V. S. G. y don A. S. G. como albaceas, comisarios y contadores-partidores designados en el testamento.

Ocurrió el óbito de don A. S. G. el día 23 de abril de 2013, bajo la vigencia de su último testamento, autorizado por el notario de Madrid don Luis Núñez Boluda de fecha 28 de septiembre de 1985, número 1.732 de su protocolo de ese año, en el cual instituyó herederos por quintas e iguales partes a sus sobrinos doña M. C. S. S., doña S. S. S. y doña M. S. S., hijas de su hermano Julián; y a doña C. C. S. F. y a don F. S. F. hijos de su hermano Eugenio. A todos «los sustituye por sus respectivas estirpes por descendientes, para el caso de premoriencia o incapacidad, aplicándose si no hubiere lugar a tal sustitución el derecho de acrecer». Nombra albaceas, comisarios, contadores-partidores de su herencia con carácter solidario, «con las más amplias facultades incluso las de fijar y pagar legítimas y entregar legados de bienes inmuebles y hasta dejar ultimada la testamentaría» a sus primos hermanos don V. S. G. y don A. S. G.

El llamado como heredero don F. S. F. premurió al referido testador, falleciendo el día 13 de enero de 1996, en estado de soltero y sin descendientes. Se acredita el fallecimiento y la circunstancia de haberlo sido en situación intestada, lo que impide acreditar a través de sus declaraciones testamentarias, la mencionada falta de descendencia.

En la citada escritura de operaciones particionales, comparecen los señores don V. S. G. y don A. S. G., en su condición de albaceas, con las más amplias facultades hasta terminar todas las operaciones de la testamentaría, y según resulta de la escritura, «conocedores de la situación personal del fallecido» –primos hermanos– manifestaron que dicho causante –don F. S. F.– falleció sin haber tenido descendencia alguna, dándose por tanto el derecho de acrecer entre el resto de los herederos. Las adjudicaciones se realizan entre los cuatro herederos vivos al fallecimiento del causante, habida cuenta la aplicación del acrecimiento.

##### II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad número 7 de Madrid el día 23 de octubre de 2013, y fue objeto de calificación negativa de 12 de noviembre

que a continuación se transcribe en lo pertinente: «...Antecedentes de Hecho Primero: Escritura pública otorgada el 25 de septiembre de 2013 número de protocolo 1986/2013 del Notario de Madrid, don Antonio Domínguez Mena, la cual fue presentada en este Registro el día veintitrés de octubre de dos mil trece, que motivó el asiento de presentación número 283 del Diario 98, número de entrada 1581/2013. Segundo: En dicha escritura se hace constar que al causante le premurió el heredero don F. S. F., en estado de soltero, careciendo de descendientes, manifestando los albaceas de la herencia, que dicho don F. S. F., falleció sin haber tenido descendencia alguna, dándose por tanto el derecho de acrecer entre el resto de los herederos. Fundamentos de Derecho Vistos los artículos 774, 901 y 902 del Código Civil; 143, 209 y 209 bis del Reglamento Notarial; 9, 14, 16, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria y 51, 78, 81 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 y demás disposiciones de permanente aplicación, se hace constar lo siguiente: Primero.–La cuestión que se plantea es la forma de determinar la inexistencia de sustitutos vulgares, como en este caso, o también podría decirse igual de la existencia, por premoriencia del heredero, tras haber acreditado el fallecimiento del heredero con el correspondiente certificado de defunción. puede se acreditada esta circunstancia de varias formas. Destaca la declaración de herederos abintestato del sustituido, que según la RGGRN de 1 de junio de 2013 «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, la concurrencia de otras actas de notoriedad para la acreditación de un hecho sucesorio concreto, como pudiere ser la inexistencia de sustitutos vulgares». Admite la DGRN el testamento otorgado por el sustituido, para un caso de que lo que se trataba de acreditar eran quien son los sustitutos acompañado del certificado del Registro General de Actos de Ultima Voluntad. Es lo más frecuente se realice a través del acta de notoriedad a que se refiere el art 82 RH, y en la que según el art 209, 4 RN es el notario quien «si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta.» Lo que no cabe es la mera manifestación de personas comparecientes en la escritura, sin acreditación de ninguna especie. La RDGRN de 13 de diciembre de 2007 afirma: «que ha de acreditarse, no solo a efectos registrales sino a la vista de la ineludible obligación del notario por razón de su función del control de legalidad, la ineficacia del llamamiento de como sustitutos vulgares de los descendientes del heredero premuerto». «Por ello, no es en absoluto ocioso recordar anteriores pronunciamientos de esta Dirección General que aclararon suficientemente la cuestión, poniendo de relieve: a) Que es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa. b) Que no puede identificarse aquella doctrina, relativa al supuesto de inexistencia de otras personas interesadas en la herencia que no sean las llamadas como tales en el título sucesorio –un hecho negativo que no es necesario probar–, con la posibilidad de prescindir en la partición de las que sí han sido llamadas, pues la exclusión de éstas en la partición de la herencia exige la justificación de la falta de atribución a ellas de los derechos a los que han sido llamadas. Y no puede desconocerse que en una sustitución vulgar para el caso de premoriencia del instituido los sustitutos aparecen condicionalmente instituidos de suerte que, acreditado el cumplimiento de la condición que determina su llamamiento, la muerte del instituido, habrá que probar la razón por la que el mismo no tiene efectividad. Esta era la conclusión a que llegaba la Resolución de 21 febrero 1992 cuando expresaba que la sola consideración de la

inseguridad que provocaría una tesis como la entonces propugnada por el recurrente en orden a la firmeza de la partición de este modo realizada, así como la evidente inadmisión en la esfera registral (regida por el principio de titulación fehaciente del hecho o acto inscribible –artículo 3 Ley Hipotecaria–) de un pretendido medio de prueba que se reduce a las manifestaciones de quienes invocan la condición debatida, bastaría para la desestimación del recurso; mas ésta viene además confirmada –se añadía– por el texto claro y categórico del artículo 82, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario cuando exige –más bien permite– acta de notoriedad para la determinación del extremo debatido. A ello cabe añadir, ahora, que el acta de notoriedad es, sin duda, un medio especialmente adecuado para acreditar en estos casos los extremos indicados, aunque no el único susceptible de utilización, pues también cabría hacerlo, por ejemplo, mediante los instrumentos públicos que reseña la registradora en su nota». En el presente caso, no se considera admisible la manifestación realizada por los albaceas de causante, que afirman ser conocedores de la situación personal del sustituido, porque excede de su encargo (arts. 901 y 902 Cc) y es una declaración realizada a título particular que carece de idoneidad para acreditar el hecho. Los otros medios a los que se refiere la RDGRN transcrita son los que se citan al principio de esta nota. Parte dispositiva: María Concepción Iborra Grau, titular del Registro de la Propiedad n.º siete de Madrid acuerda: Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho señalados; y suspender en consecuencia el despacho del título hasta la subsanación de los efectos advertidos. No se practica anotación de suspensión al no haber sido solicitada al mismo tiempo de la presentación. Esta calificación será notificada en el plazo reglamentario al presentante del documento y al Notario autorizante conforme con lo previsto en los artículos 322 de la L. H. y artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común. Recursos: Contra la presente calificación cabe... (oferta de recursos) Madrid 12 de noviembre de 2013. La registradora (firma ilegible) María Concepción Iborra Grau».

## III

El día 12 de diciembre de 2013, don Antonio Domínguez Mena, notario de Madrid, interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «III.–El problema de fondo que se alega para la inscripción de la escritura reseñada es, en definitiva, qué valor tiene la aseveración de los albaceas (que además son comisarios, contadores partidores de la herencia del causante, con las más amplias facultades incluso la de fijar y pagar legítimas y entregar legados de bienes inmuebles y hasta dejar ultimada su testamentaría, y que además son primos del testador y probablemente tíos de los herederos) a efectos de acreditar que uno de los herederos premuerto lo ha sido sin descendencia, entrando en juego el derecho de acrecer. Conforme al art. 325 b. LH y para defender la inscripción del título, frente a la mencionada calificación, en este recurso se alegan los siguientes fundamentos de Derecho: 1.º) Para resolver la cuestión planteada, y respecto de ella, hay que partir de dos hechos indiscutibles y una consecuencia: El primero, la extrema dificultad o incluso imposibilidad de acreditar los hechos negativos que por su propia naturaleza no existen y respecto de los cuales no existen medios probatorios fehacientes ni infalibles (¿cómo probar que algo nunca ha tenido lugar?) y, el segundo, el carácter indiciario y claudicante de cualquier medio de prueba que para tal fin se proponga o acepte, pues de cualquier manera que quiera interpretarse, los medios de prueba conducirán a una conclusión «por exclusión» (podrá probarse que algo ha sucedido y, como consecuencia de ello, deducirse lo que no, pero en ningún caso quedará excluido para siempre e indubitadamente que nunca sucedió). La consecuencia: El carácter necesariamente abierto –y no cerrado– de los medios de prueba que para tal fin pueden utilizarse. 2.º) Los medios que se citan en la nota como idóneos para acreditar la inexistencia de sustitutos vulgares adolecen de los dos defectos citados en el párrafo anterior. En el caso del testamento del sustituido, éste podrá declarar en él que no tiene hijos, pero no deja de ser una mera manifestación hecha en el momento

de otorgar ese testamento, como la que se contiene en cualquier otro, lo que no excluye el hecho de que los tuviera en ese momento, con posterioridad al mismo o incluso con carácter póstumo. En el caso de la declaración de herederos –judicial o notarial–, cuando se diga que no existan descendientes –algo imposible de probar, máxime cuando se trata de varones–, ésta se limitará a declarar como tales a los de grado u orden siguiente, lo cual tampoco excluye indubitadamente y para siempre el hecho de que existieran. Y en el caso del acta de notoriedad a que se refiere el art. 82 RH, que es un medio más de prueba no imperativo ni obligatorio (sino «facultativo o subsidiario». Resolución de 21 de mayo de 2003), igualmente la declaración de tal notoriedad se basará en una manifestación o apreciación de testigos que, aunque pueda venir acompañada de publicaciones o edictos, lejos de aportar una prueba indiscutible, conllevará gastos y dilaciones y, en ningún caso, excluirá indiscutiblemente el hecho de que sí existan sustitutos. 3.º) La consecuencia de lo anterior es que han de ser necesariamente admisibles cualesquiera otros medios de prueba que permitan al notario llegar a la misma conclusión sin necesidad de tener que formular expresamente un juicio de notoriedad pues, recordemos, en toda escritura pública el notario emite juicios de muy diferente contenido para autorizar el documento (entre otros, de identidad, capacidad, legitimación y, cómo no, de legalidad). 4.º) Dentro de esos medios de prueba no es imprudente ni desacertado admitir la declaración de los albaceas, comisarios, contadores-partidores designados por el testador para la ejecución de su última voluntad, para la culminación del fenómeno sucesorio, que, por supuesto, ha de entenderse incluida en su encargo, pues ése, y no otro, es su mandato o, si se prefiere, su oficio, si no se quiere entrar en disquisiciones sobre la naturaleza jurídica del albaceazgo. La aseveración que ellos realicen sobre el hecho de que uno de los herederos hubiera premuerto sin descendientes, lejos de tratarse de «una declaración realizada a título particular que carece de idoneidad para acreditar el hecho», como dice la nota, es tan válida como la que resulta de cualquiera de los medios citados en la misma y, por supuesto, tan claudicante como ellos. Y con mayor razón si, como en nuestro caso, los designados para tal cargo son familiares del testador y, muy probablemente, también de los herederos, por lo cual siempre podrá presumirse con más acierto, que conocían la situación personal del premuerto. Paraphraseando la Resolución de 13 de diciembre de 2007, de esta forma se acredita no sólo a efectos registrales sino a la vista de la ineludible obligación del notario por razón de su función del control de legalidad, la ineficacia del llamamiento como sustitutos vulgares de los descendientes del heredero premuerto. 5.º) Respecto de los supuestos tratados en las Resoluciones de 21 de febrero de 1992 y 13 de diciembre de 2007 que se citan en la nota, en nuestro caso existe una sustancial diferencia: En aquéllos, la aseveración de que el premuerto había fallecido sin descendientes, o era hecha sólo por los beneficiados por el derecho de acrecer, o lo era por éstos junto con otros comparecientes, mientras que en nuestro caso la aseveración la realizan los albaceas (que además son comisarios, contadores partidores de la herencia del causante, con las más amplias facultades incluso la de fijar y pagar legítimas y entregar legados de bienes inmuebles y hasta dejar ultimada su testamentaría, y que además son primos del testador y probablemente tíos de los herederos). Y no puede dudarse que quien ha sido encargado de la ejecución de la última voluntad en su más amplio sentido está investido de todas las facultades necesarias para ello, entre las cuales, necesariamente, será identificar a los adjudicatarios y excluir a los que no lo son, que no es algo que sea contrario a las leyes (art. 901 CC). 6.º) Piénsese que esto no es algo extraño, pues en el caso del art. 749 CC son los albaceas quienes se encargan de identificar a los destinatarios, y en los del art. 902.2.º y 4.º CC, también se cita a los herederos para cumplir su encargo, luego es razonable pensar que él mismo, conocedor de su encargo, de la voluntad del testador y depositario de su confianza, también tendrá entre sus facultades la de individualizar a los herederos designados por aquél, sin necesidad de tener en cuenta a los que no existen. En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1992, al reseñar las «características de ser un cargo de confianza entre el causante y su ejecutor, para lo que suelen tenerse muy en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en las personas

designadas, que se reputan como idóneas a fin de actuar correcta y eficazmente en la condición jurídica de fiduciarios de aquel que los eligió». 7.º) Admitida esta facultad de los albaceas, cabría preguntarse qué ocurriría en el caso de que su aseveración fuera incorrecta y, efectivamente, existieran sustitutos. La consecuencia sería exactamente la misma que la que tendría lugar en todos los casos en que se prescindiera de quienes tienen que intervenir en la partición, aunque se utilizaran los medios citados en la nota: La aplicación de los artículos 1080 y 1081 del Código Civil, por lo que los derechos sucesorios de los posibles preteridos siempre quedarán salvaguardados, no sólo por el Registro de la Propiedad, sino también y más ampliamente por el Código Civil».

#### IV

Mediante escrito con fecha de 16 de diciembre de 2013, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 18 del mismo mes).

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 749, 774, 901, 902, 1080 y 1081 del Código Civil; 143, 209 y 209 bis del Reglamento Notarial; 9, 14, 16, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria; 51, 78 y 81 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1992; y las Resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de febrero de 1992, 4 de mayo de 1999, 8 de mayo de 2001, 21 de mayo de 2003, 30 de enero de 2004, 23 de febrero, 21 de junio y 13 de diciembre de 2007, 24 de octubre y 31 de enero de 2008, 29 de septiembre y 14 de diciembre de 2010, 31 de mayo de 2011, 2 de febrero de 2012 y 27 de febrero, 1 de junio y 30 de septiembre de 2013.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que se producen las circunstancias siguientes: en el testamento consta una sustitución vulgar para el caso de premoriencia o incapacidad de los herederos instituidos a los que sustituye por sus respectivos descendientes por estirpes, para el caso de premoriencia o incapacidad «aplicándose si no hubiere lugar a tal sustitución el derecho de acrecer», no acompañándose documento alguno acerca de si existen o no tales descendientes sustitutos y por la manifestación de los dos albaceas contadores-partidores nombrados se expresa en la escritura que, «conocedores de la situación personal del fallecido» declaran que dicho causante falleció sin haber tenido descendencia alguna, dándose el derecho de acrecer entre el resto de los herederos.

La registradora señala como defecto, que no hay acreditación de la falta de descendientes del heredero premuerto, y no cabe la mera manifestación de personas comparecientes en la escritura, sin acreditación de ninguna especie, ya que no se considera admisible la manifestación realizada por los albacea del causante, que afirman ser conocedores de la situación personal del sustituido, porque excede de su encargo y es una declaración realizada a título particular que carece de idoneidad para acreditar el hecho.

El notario recurrente alega, por su parte, la extrema dificultad o incluso imposibilidad de acreditar los hechos negativos que por su propia naturaleza no existen y respecto de los cuales no hay medios probatorios fehacientes ni infalibles; que el acta de notoriedad del artículo 82 del Reglamento Hipotecario es un medio más de prueba voluntario y no imperativo; que, entre otros medios probatorios están las declaraciones de los albaceas contadores-partidores designados por el testador para la ejecución de su voluntad hasta la culminación del fenómeno sucesorio; que en el caso de aseveración incorrecta de los albaceas y que efectivamente hubiera sustitutos, los derechos de los perjudicados, que se producirían igualmente con cualquiera de los medios probatorios sugeridos en la nota calificadora, estarían efectivamente protegidos por la ley –artículos 1080 y 1081 del Código Civil–.

2. Dentro del fenómeno sucesorio de la adquisición de la herencia figura como una de sus primeras fases con la relevancia de ser la base y el presupuesto de las demás, la vocación hereditaria, que consiste en el llamamiento al heredero o herederos derivado de su designación, ya sea en testamento, en contrato sucesorio o por la ley, y que se concreta con eficacia jurídica como tal vocación a partir de la apertura de la sucesión. La vocación como llamamiento de los herederos constituye por tanto, en primer lugar, la base de la delación como ofrecimiento al heredero efectivo, de entre los llamados, para que acepte o repudie la herencia, y si los herederos son varios, es en la fase de partición, de la que la vocación es también su presupuesto esencial, en la que se ultima la adjudicación de los bienes relictos a través de sus diferentes operaciones particionales.

En definitiva, la vocación constituye dentro del fenómeno sucesorio, el elemento esencial de las sucesivas fases que terminan en la adjudicación y adquisición de los bienes hereditarios.

Dentro de las diferentes clases de vocación, que son la testamentaria, la contractual, la legal o intestada, figura la distinción entre la vocación directa u ordinaria y la vocación subsidiaria, en que el llamamiento se produce en defecto de otra vocación que ocupaba el primer lugar, y al propio tiempo, pueden existir sucesivas vocaciones subsidiarias, que dependen de otra anterior, como aquí ocurre con la vocación del derecho de acrecer que depende de la ineficacia de una previa vocación derivada de sustitución vulgar. Otras modalidades de vocación subsidiaria son las que se producen a favor de reservatarios o herederos abintestato cuando faltan los primeramente llamados por la ley. E incluso existen supuestos de vocación sucesiva a favor de sustitutos fideicomisarios con diferentes modalidades entre las cuales están las sustituciones condicionales en que el fideicomisario depende de si el fiduciario ha fallecido con o sin descendientes según la cláusula testamentaria de que se trate.

3. En todos los supuestos de vocación subsidiaria o sucesiva que dependen de la existencia o no de hijos o descendientes, resulta fundamental acreditar la ineficacia del llamamiento anterior porque esa ineficacia es la que determina correlativamente la eficacia de la correspondiente vocación subsidiaria o sucesiva. Así por ejemplo, en el caso de una sustitución vulgar, una vez acreditado el fallecimiento del heredero instituido en primer lugar, es necesario acreditar que existen los descendientes sustitutos vulgares. Y si existe otra vocación subsidiaria de la sustitución vulgar, como en el presente caso lo es el derecho de acrecer, es necesario acreditar que no existen los descendientes llamados como sustitutos vulgares, pues la sustitución vulgar es preferente al derecho de acrecer y así se estableció también en el testamento del presente supuesto. Y en forma similar ocurre con la sucesión intestada respecto a los distintos órdenes de llamamientos previstos por la ley, en que sólo puede tener delación y ser declarado heredero abintestato aquel en que se haya acreditado por el procedimiento adecuado, que los parientes con preferencia según el orden anterior de los llamamientos legales no existen, lo que se acredita debidamente a través del acta de notoriedad o del auto de declaración de herederos abintestato.

Por tanto, en el presente caso en que la vocación del derecho de acrecer depende de la ineficacia de la vocación derivada de la sustitución vulgar, sólo si se acredita la ineficacia de ésta por la falta de descendientes del instituido premuerto es posible dar eficacia al derecho de acrecer que en el propio testamento se prevé su aplicación «si no hubiere lugar a tal sustitución». Dadas las consecuencias jurídicas que se producen, es necesario que las vocaciones efectivas se acrediten debidamente sin que basten las meras manifestaciones cuando no proceden de la persona a quien corresponde la designación que es el testador, ni se produzcan dentro de los procedimientos o documentación especialmente prevista para la eficacia de tales declaraciones.

4. Partiendo de lo anterior, procede en primer lugar desestimar la alegación del notario recurrente de que en el caso de existir una aseveración incorrecta por parte de los albaceas contadores partidores, los derechos de los perjudicados estarían efectivamente protegidos por la ley conforme a los artículos 1080 y 1081 del Código Civil. De dichos

preceptos, el que sería aplicable el presente caso si se acreditare que existían los descendientes llamados por sustitución vulgar es el artículo 1081 del Código Civil, que establece: «La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo, será nula».

Es cierto que la nulidad es una previsión legal de ineficacia por razón de los vicios o defectos más fuertes del negocio jurídico, que en el ámbito civil protegen a los herederos perjudicados y legitimados para impugnar la partición realizada entre quienes se consideraron herederos sin serlo, dados los efectos de la nulidad radical o absoluta. Pero también es cierto que en el ámbito registral, por razones de seguridad jurídica del tráfico, son aplicables los principios de legitimación registral y de fe pública registral, que determinan que los terceros que confían en la legitimación derivada de los asientos registrales adquieren de modo inatacable si reúnen los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo que resulta insuficiente la protección derivada de la nulidad civil de los negocios jurídicos cuando surge un tercero hipotecario, que si se practicara dicha inscripción sin las acreditaciones o pruebas correspondientes, podría surgir de modo inmediato, es decir, en el momento mismo en que producida la transmisión por parte de uno de los adjudicatarios de la herencia, se inscribiera la adquisición en el Registro y sirviera de base para la ulterior inscripción registral a favor del tercero. De ahí que, junto a los principios hipotecarios citados de legitimación y fe pública registral, la legislación hipotecaria haya establecido el principio de legalidad en el artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria y concordantes, en virtud del cual sólo puede practicarse la inscripción del título cuando el registrador haya calificado favorablemente el documento y especialmente, por lo que se refiere a este supuesto, si no resultan causas de nulidad u otras irregularidades que desemboquen en defectos subsanables o insubsanables. Por eso mismo, el artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria, dentro del ámbito de la calificación registral, prevé la calificación de la validez o nulidad del acto o contrato, y ello no significa que el registrador declare la nulidad del acto, sino únicamente que lo califica a efectos registrales, es decir, para decidir si procede o no su inscripción, conforme establece el artículo 101 del Reglamento Hipotecario, que contempla la calificación registral a los efectos de inscribir, denegar o suspender la inscripción, sin perjuicio de los recursos que correspondan y de las acciones ante los Tribunales para defender la validez del acto.

En definitiva, no cabe la inscripción sin más cautelas que la de remitirse a lo que los tribunales decidan sobre la validez o nulidad, sino que el sistema registral viene establecido y regulado a la inversa, es decir, procede la calificación registral sobre el fondo del negocio, como requisito previo a la inscripción, sin perjuicio de los recursos que procedan contra la calificación registral y de las acciones que ulteriormente se puedan producir ante los tribunales.

5. En el presente caso, el derecho de acrecer que ha servido de base para la práctica de la partición, dependía de la acreditación de la inexistencia de descendientes llamados como sustitutos vulgares del heredero premuerto, por lo que al no existir la prueba o acreditación de esa inexistencia, no es posible inscribir la partición basándose en una vocación como la del derecho de acrecer, que no es efectiva ni eficaz por sí misma, porque depende de esa previa acreditación de la ineficacia de la anterior vocación.

A estos efectos, resulta de especial trascendencia lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que establecen:

«En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrá determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella».

«El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella».

De estos dos párrafos del precepto reglamentario, que son específicos de aplicación las sustituciones hereditarias «de cualquier clase» se desprende lo siguiente: 1.º) Que, a efectos registrales, que son los que contempla el Reglamento Hipotecario, no es suficiente la mera manifestación «para hacer constar la ineficacia del llamamiento sustitutorio», por cuanto ambos párrafos se refieren a la «acreditación» del hecho; 2.º) Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial como medio adecuado para acreditar tal ineficacia, que cuando se trate de un «hecho», es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes llamados como sustitutos vulgares para así dar paso al derecho de acrecer; 3.º) Que el supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; y, 4.º) Que el acta de notoriedad no es el medio exclusivo para acreditar la ineficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que «podrá determinarse» por ella (párrafo tercero) y que «también será título suficiente» (párrafo cuarto), por lo que también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido, que en este caso, no cabe pues se ha acreditado que no otorgó testamento, existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, que puede ser útil si tuviera otros bienes, y que, según quienes la solicitaran, podría tramitarse por medio de acta de declaración o por auto judicial, atendiendo a los parientes de que se tratara.

Por tanto, en principio, ningún obstáculo existe para que se acredite la ineficacia del llamamiento sustitutorio por acta de notoriedad tramitada conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial, sin perjuicio de poder acudir a otros medios, tal como se acaba de indicar.

6. Por otra parte, este Centro Directivo ya viene considerando adecuada para acreditar la inexistencia de descendientes en el ámbito de las sustituciones hereditarias el acta de notoriedad del artículo 209 del Reglamento Notarial, aunque no sea el único medio de los previstos para tal finalidad. Así resulta de las Resoluciones que se ocupan directamente de las sustituciones hereditarias, como es el caso de la Resolución de 21 de mayo de 2003, en un supuesto idéntico al que se plantea en el presente caso, es decir, el problema de «determinar cómo ha de acreditarse a efectos registrales la ineficacia del llamamiento como herederos sustitutos vulgares de los descendientes del instituido cuando éste premuere al testador sin descendencia» y ello en un caso en que se aplicó el acrecimiento a favor de los demás coherederos. Y dicha Resolución entiende que «no puede desconocerse que en una sustitución vulgar para el caso de premoriencia del instituido, los sustitutos aparecen condicionalmente instituidos de suerte que, acreditado el cumplimiento de la condición que determina su llamamiento, la muerte del instituido, habrá que probar la razón por la que el mismo no tiene efectividad».

Añade dicha Resolución que «no otra era la conclusión a que llegaba la Resolución de 21 de febrero de 1992 cuando decía que la sola consideración de la inseguridad que provocaría una tesis como la propugnada por el recurrente en orden a la firmeza de la partición de este modo realizada» y que «viene, además, confirmada, añadía, por el texto claro y categórico del artículo 82.3.º del Reglamento Hipotecario cuando exige –más bien permite– acta de notoriedad para la determinación del extremo ahora cuestionado, y ello cuando de la Ley o de la cláusula de sustitución no resulte la necesidad de otro medio probatorio (vid. Ley 236 Compilación de Navarra)».

También se manifiesta en el mismo sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 2007, citada en la nota calificadora,

pues partiendo de que las personas de los descendientes del instituido han sido llamadas en el título sucesorio a través de la sustitución vulgar, «la exclusión de éstas en la partición de la herencia exige la justificación de la falta de atribución a ellas de los derechos a los que han sido llamadas». Y luego repite literalmente lo que señaló la anterior Resolución de 21 de mayo de 2003.

7. No es obstáculo frente a la doctrina de estas Resoluciones, la alegación del recurrente de que la inexistencia de descendientes constituye un hecho negativo que es difícil o incluso imposible de acreditar. Dicha alegación no es nueva, pues precisamente en los supuestos que dieron lugar a las citadas Resoluciones de 21 de mayo de 2003 y 13 de diciembre de 2007, ya alegaron los respectivos recurrentes de aquellos supuestos el argumento de que este mismo Centro Directivo en otras Resoluciones había declarado que bastaba la manifestación de que se trataba de los únicos herederos y que no había otros hijos, cuando el testamento había llamado al mismo tiempo a los hijos nominalmente designados «y a los demás que pudiera tener el testador», que es el caso de las Resoluciones de 4 de mayo de 1999 y de 8 de mayo de 2001 y otras posteriores. Precisamente las citadas Resoluciones de 21 de mayo de 2003 y de 13 de diciembre de 2007 y también la de 29 de septiembre de 2010 ya señalaron que el supuesto de las sustituciones era distinto de aquellos otros casos alegados en que existía un llamamiento plural pero del mismo grado, es decir, llamando junto a los herederos nominalmente designados a otros hijos de modo cautelar. Sin entrar en esos otros supuestos y en la doctrina relativa a los mismos por no ser el caso de sustitución vulgar y derecho de acrecer aquí planteado, baste destacar: 1.º) Que la diferencia entre los supuestos de esas otras Resoluciones con el que ahora ya se resaltó en esas Resoluciones de 21 de mayo de 2003 y 13 de diciembre de 2007, si se tiene en cuenta que estamos ante un supuesto de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» como determinante para dar paso a otra vocación distinta, la resultante del derecho de acrecer como vocación sustitutoria de la sustitución vulgar; 2.º) Que esa diferencia de supuestos se produce porque no es lo mismo el supuesto de existencia de una sola clase de vocación, la del llamamiento a varios herederos, con la única especialidad de que unos son llamados de modo nominal y otros de modo cautelar, eventual y genérico, que el de la ineficacia del llamamiento sustitutorio con pretensión de entrada del llamamiento derivado del derecho de acrecer; 3.º) Que el artículo 82.3.º del Reglamento Hipotecario establece una norma específica sobre sustituciones de cualquier clase y sobre la ineficacia del llamamiento, que no puede extenderse a otros supuestos distintos, como ya expresó la citada Resolución de 29 de septiembre de 2010; 4.º) Que precisamente la ineficacia del llamamiento sustitutorio cuando consiste en la inexistencia de descendientes, es, por definición, un hecho negativo y el artículo 82.3º del Reglamento Hipotecario no tiene inconveniente en considerar la aplicación del acta de notoriedad a tal hecho negativo cuando de sustituciones se trata; y, 5.º) Que en un supuesto distinto pero análogo en cuanto al trámite de manifestaciones de testigos, como es el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, el artículo 209 bis del Reglamento Notarial, cuando alude a los testigos en la regla 5.ª no tiene tampoco inconveniente en referirse a «los hechos positivos o negativos cuya declaración de notoriedad se pretende...».

8. Por lo que se refiere a otra de las alegaciones del recurrente, la de que deben servir como medio de prueba en este caso, las manifestaciones de los dos albaceas contadores partidores acerca de que no existían hijos del instituido premuerto al que se refería la sustitución vulgar, procede igualmente desestimar esta alegación, al no tener facultades expresas o especiales dichos albaceas para decidir sobre la ineficacia del llamamiento sustitutorio. En principio, los albaceas a los que no se les hayan conferido facultades «especiales» sólo tienen las facultades comprendidas en el artículo 902 del Código Civil, ninguna de las cuales se refiere a la decisión acerca de la ineficacia de los llamamientos sustitutorios, para de ese modo dar eficacia al derecho de acrecer. Y como comisarios contadores partidores sólo tienen facultades contar y partir, es decir, aparte de las que igualmente les haya podido conferir el testador, tiene las de realizar las

operaciones particionales, o sea el inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación, entre las cuales no pueden entenderse comprendidas las facultades relativas a la fase de la vocación hereditaria, que como vimos al principio es anterior a la partición. En cuanto a las facultades concedidas por el testador a los albaceas, el citado artículo, 902 del Código Civil comienza diciendo que «no habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes...», enumerando seguidamente las de los cuatro apartados del precepto que son ajenas al caso debatido. Por tanto, el Código Civil, al igual que ocurre con los poderes especiales, exige, para que puedan entenderse concedidas facultades distintas de las legalmente previstas, que «el testador determine especialmente las facultades del albacea». En el presente caso, no puede entenderse que el testador les haya conferido facultades de decidir acerca de la ineficacia de los llamamientos sustitutorios, pues se limita a expresar que les nombra con carácter solidario «con las más amplias facultades incluso las de fijar y pagar legítimas y entregar legados de bienes inmuebles y hasta dejar ultimada la testamentaría», ninguna de las cuales hace referencia a dicha facultad que tendría que ser especial y por tanto, expresa, sin que pueda identificarse con la referencia a «dejar ultimada la testamentaría», pues ésta alude a la realización de todas las operaciones particionales. Para que los albaceas tuvieran la facultad de decidir acerca de si uno de los instituidos con sustitución vulgar dejó o no hijos o descendientes y su consiguiente repercusión en la eficacia del derecho de acrecer, tendría que haber recibido del testador «especialmente» dicha facultad, como ocurrió en los casos de las Resoluciones de este Centro Directivo de 1 y 25 de septiembre de 1902, en que se discutía sobre la facultad expresa concedida a los albaceas en el testamento para determinar a qué parientes más próximos correspondía un mayorazgo, resolviendo dichas Resoluciones sobre la base de que «con arreglo a lo dispuesto en el artículo 902 del Código Civil, los albaceas tienen todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y que no sean contrarias a las leyes», basándose además en que, con arreglo al artículo 671 es «lícito facultar a los albaceas simplemente para decidir, previa justificación, quien tiene el carácter de pariente más inmediato y, por consiguiente, el derecho a determinados bienes, con arreglo a la voluntad expresa del testador», siendo además, un caso especial en que los albaceas «previos los correspondientes anuncios y el transcurso del plazo que señalaron al efecto» hicieron las adjudicaciones correspondientes cumpliendo la voluntad expresa del testador, nada de lo cual se plantea en el presente supuesto, en el que, además, existe actualmente el párrafo tercero del artículo 82 del Reglamento Hipotecario acerca de esta acreditación.

Fuera del supuesto de concesión especial y expresa de dicha facultad por parte del testador, las declaraciones de los albaceas no pueden equipararse a las que resulten de la propia declaración que hubiera podido hacer el testador o incluso el instituido con la sustitución vulgar acerca de su descendencia o no, ni mucho menos con la acreditación resultante del acta de notoriedad a que se refiere especialmente el artículo 82.3.º del Reglamento Hipotecario, pues a falta de la legitimación especial concedida por parte del testador, las declaraciones de los albaceas carentes de tales facultades sólo tienen el valor de una mera opinión personal que no permite darles eficacia, al menos a efectos registrales de inscripción de la partición.

Es precisamente ante la falta de concesión expresa de tales facultades cuando permite que las declaraciones que procedan se realicen en el ámbito que les es propio, es decir, el del acta de notoriedad del artículo 209 del Reglamento Notarial a la que se refiere el artículo 82.3.º del Reglamento Hipotecario y en la que el notario competente puede aceptar las declaraciones testificales y demás medios de prueba que estime pertinentes sobre los «hechos positivos y negativos» de que se trate, como dice expresamente el artículo 209 bis del propio Reglamento para el acta de notoriedad de declaración de herederos, de contenido evidentemente distinto, pero que en relación con este aspecto de las declaraciones de testigos guarda estrecha relación, y haciéndose, además, en su caso las notificaciones pertinentes dentro de la tramitación del acta, en que puede entenderse acreditada la notoriedad pretendida si el notario emite el

correspondiente juicio de notoriedad, y todo ello sin perjuicio de que puedan admitirse otros medios de prueba distintos del acta, como los que señala la registradora en su nota calificadora y a los que se ha hecho referencia anteriormente.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota calificadora de la registradora.

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 marzo de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.