

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**7821** *Resolución de 6 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Burjassot, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Germán María de León Pina, notario de Muro de Alcoy, y anteriormente notario de Valencia, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Burjassot, doña Rosa María Pilar Romero Payá, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Germán María de León Pina, de fecha 1 de diciembre de 2015, con el número 475 de orden de su protocolo de ese año, doña M. D. C. M otorgó aceptación y adjudicación de la herencia de su padre, don J. C. G., que había fallecido en estado de viudo y de cuyo matrimonio, conforme se expone en la escritura, tuvo dos hijas, la compareciente doña M. D. C. M. y otra llamada doña A. M. C. M. que había fallecido el día 29 de abril de 2003.

En el último testamento del causante, otorgado en fecha 9 de diciembre de 2003, declaró tener una sola hija, doña M. D. C. M. y la instituyó heredera universal en sus bienes sustituida por sus descendientes, sin hacer ninguna otra manifestación de otros hijos o descendientes.

##### II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Burjassot el día 22 de abril de 2016, y fue objeto de calificación negativa de 25 de mayo de 2016 y notificada el 2 de junio de 2016, que a continuación se transcribe en lo pertinente: «(...) Hechos: - El causante don J. C. G. falleció bajo testamento, en el que instituye heredera a su hija viva doña M. D. C. M., habiéndole premuerto su o hija doña A. M. C. M., sin que conste si la misma tenía herederos forzosos, que debieran haber sido citados en el referido testamento, como legitimarlos del causante. Fundamentos de Derecho - Artículos 807 y 814 del Código Civil: Art. 807. Son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 1º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código. Art. 814. La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos. A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador. En consecuencia, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento, resuelvo

suspender la anotación solicitada por el motivo expresado. Contra la precedente Nota (...) Burjassot, a veinticinco de mayo de dos mil dieciséis. La Registradora (firma ilegible). Fdo. Rosa María del Pilar Romero Payá».

## III

El día 6 de junio de 2016, don Germán María de León Pina, notario de Muro de Alcoy, en relación a la escritura por él autorizada siendo notario de Valencia, interpuso recurso contra la calificación, en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «1.—Que se está calificando el testamento, lo que es contrario al principio constitucional de salvaguardia judicial de los hechos (artículo 24 de la Constitución). Con la calificación del testamento se invierte la presunción «iuris tantum» de «favor testamenti», siendo el testamento en apariencia formalmente válido. Por consiguiente se traslada el «onus probandi» al heredero, cuando en el hipotético supuesto de ejercicio de una acción de preterición, la carga de la prueba corresponde al actor y no al demandado. Supone sin principio de base de prueba alguno, la hipótesis que no se deriva ni del testamento ni de la partición de que pueden existir otros legitimarios, suposición infundada. 2.—Que aún en el supuesto de que existiesen otros legitimarios y procediese la preterición del artículo 814 del Código Civil, como ha declarado la Resolución de 13 de septiembre de 2001, el registrador no es competente para apreciar de oficio la preterición testamentaria, siendo precisa una declaración judicial en base a una acción de preterición, con lo que la registradora se ha irrogado competencias que no tiene por razón de su oficio. 3.—Que el deber de mencionar a todos los legitimarios no es formal sino material. Así por ejemplo, habría cumplido el pago de las legítimas si hubiese realizado una donación al legitimario por una cuantía que cubra su legítima material, y en tal caso, pese a no mencionarlo en el testamento no habría preterición. Tales hechos son probables y externos al documento, que no puede percibir el registrador, siendo una de las razones por las que no puede entrar calificar si el testamento padece de un vicio de preterición. 4.—Que una cosa es la preterición testamentaria (Art. 814 C.Civil) y otra la particional del artículo 1080 CC. Pero incluso para apreciar esta, es necesario que de la documentación que califica resulte de manera indubitada que hay personas interesadas en la herencia cuyo concurso se precisa, y que hayan sido omitidas en la escritura particional. En la escritura de partición de la herencia no se omite a nadie pues la otorga la única persona con vocación hereditaria llamada por el título sucesorio, luego no hay preterición particional».

## IV

Mediante escrito con fecha de 10 de junio de 2016, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 658, 814 y 1080 del Código Civil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2001, 21 de noviembre de 2014 y 29 de enero y 6 de mayo de 2016.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: comparece la única heredera instituida adjudicándose los bienes; se menciona en la escritura que el causante tuvo otra hija que falleció anteriormente al otorgamiento del testamento; en el testamento se menciona como hija exclusivamente la instituida heredera sin que el testador declare tener más descendientes.

La registradora señala como defecto que el causante falleció bajo un testamento en el que instituye heredera a su única hija viva, habiéndole premuerto otra hija, sin que conste si la misma tenía herederos forzosos, que debieran haber sido citados en el referido testamento, como legitimarios del causante.

El notario recurrente alega lo siguiente: que se está calificando el contenido del testamento y haciendo suposición de si se omiten otros legitimarios; que siendo el testamento formalmente válido, se presume cierto su contenido; que la preterición testamentaria debe ser apreciada por los Tribunales y no es competencia de la registradora; que la mención de todos los legitimarios en el testamento es un deber material y no formal, pudiendo haber sido aquellos satisfechos de otra forma; que para apreciar la preterición particional es necesario que de la documentación que se califica, resulte de manera indubitada, que hay personas interesadas en la herencia cuyo concurso se precisa, y que hayan sido omitidas en la escritura particional.

2. En cuanto a la validez del testamento que no recoge que hubo una hija anterior que premurió, cabe recordar que como ya ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de noviembre de 2014 y de 6 de mayo de 2016), la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2001).

Así pues, el contenido del testamento se presume iuris tantum válido y eficaz, lo que en este concreto expediente supone que el hecho de que el testador no mencione que una hija suya fallecida previamente, tuvo a su vez descendientes legitimarios, significa que no existen salvo que se pruebe lo contrario.

Respecto a esa prueba, ha dicho este Centro Directivo (Resoluciones en «Vistos») que «Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1912). La cuestión ha sido suficientemente esclarecida desde hace tiempo por este Centro Directivo en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en los Vistos y cuya doctrina debe ahora reiterarse una vez más. En efecto, es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto a partir de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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 o nombrados legatarios 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. Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestos en los que junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente por circunstancias -la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de los demás que en el futuro pudiera tener el testador- pasó igualmente (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias -la institución hecha a favor de los hijos de determinada persona, pero partiendo de la base de que los que concurrían como tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento».

En consecuencia, no puede ser estimada la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento, toda vez que ello

conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece contradicha en la propia regulación legal (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 1999 y de 29 de enero de 2016).

3. Centrados en el supuesto de este expediente, siendo el testamento título sucesorio hábil y cumpliendo todos los requisitos formales, goza de una presunción «iuris tantum», que faculta a la única heredera llamada para otorgar por sí sola la adjudicación de la herencia. La sola mención en la escritura de partición, de que el causante tuvo una hija que le había premuerto, siendo que en el testamento no se mencionan descendientes de esta, implica la inexistencia de ellos salvo que se pruebe lo contrario, lo que no se ha producido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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, 6 de julio de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.