

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12721 *Resolución de 1 de agosto de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 29, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación, adjudicación de herencia y entrega de legados.*

En el recurso interpuesto por doña M. T. A. A. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Madrid número 29, don Javier Stampa Piñeiro, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación, adjudicación de herencia y entrega de legados.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de Ponferrada, doña Ana María Gómez García, de fecha 22 de octubre de 2015, se otorgaron las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, aceptación, adjudicación de herencia y entrega de legados causadas por el óbito de los cónyuges doña S. A. G. y don A. A. A.

A los de este expediente interesa hacer constar que el fallecimiento de doña S. A. G. ocurrió bajo la vigencia de su último testamento abierto otorgado en el Consulado General de España en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 1989, ante el Cónsul General en funciones notariales, don José Antonio Maeso Ducloux, del que resulta que no se menciona hora de otorgamiento del citado testamento.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Madrid número 29 el día 2 de abril de 2018, y fue objeto de calificación negativa de 23 de abril de 2018, notificada el día 30 de abril de 2018 y que, a continuación, se transcribe en lo pertinente:

«El registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento, suspende la inscripción del mismo por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos: No consta la hora del otorgamiento en el testamento de la causante. Fundamentos de Derecho: Artículo 695 del Código Civil y Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 100 de Madrid de fecha 18 de noviembre de 2013. Contra esta calificación... (Oferta de recursos)».

III

No se solicitó calificación sustitutoria.

IV

El día 31 de mayo de 2018, doña M. T. A. A. interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente:

Primero. Que el registrador ha hecho una interpretación encorsetada y trasnochada del artículo 695 del Código Civil que es inadecuada a las circunstancias del caso. Además no refiere que sea nulo el testamento por faltar la fecha. Sumado que no hay

dudas de capacidad para testar de la causante, el hecho de que no se indique la hora no puede causar la nulidad del testamento.

Segundo. El otorgamiento del testamento es un acto sometido a formalidades precisas que son muy importantes aunque la jurisprudencia ha evolucionado hacia posturas menos estrictas y acordes con los tiempos y defiende el criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias, sin detrimento de la autenticidad y la capacidad de la voluntad expresada. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 y de 20 de marzo de 2013. En este sentido, el artículo 125 del Código Civil de Cataluña establece que la falta de expresión de la hora ni anulará el testamento si solo otorgó uno en el mismo día, y del mismo modo el artículo 108 de la Ley de Sucesiones aragonesa.

Tercero. Que a la hora de interpretar el artículo 687 del Código Civil, la jurisprudencia ha intentado mitigar el excesivo rigor del precepto, abriendo la línea flexible y antiformalista aplicable a aquellos casos en que la formalidad omitida -ponderando con buen sentido su naturaleza y circunstancias concurrentes- no revista un carácter esencial y determinantes, que es precisamente lo que ocurre en el supuesto presente, pues teniendo en cuenta que la finalidad buscada con la expresión de la hora en que el testamento fue otorgado no es otra que la de asegurar la certeza de las últimas voluntades en aquellos supuestos en que una persona hubiere otorgado en un mismo día más de un testamento, es obvio que la trascendencia y relevancia de esa formalidad decae en aquellos supuestos en que -como el presente- aquella certeza resulta incuestionable y no es discutida, sencillamente porque el día y fecha en que la testadora otorgó el testamento impugnado, no había otorgado ningún otro que pudiera poner en duda su última voluntad.

En conclusión, atendiendo de la loable y flexible interpretación propugnada por la jurisprudencia, el principio «favor testamentii» y la propia realidad social actual, repugna anteponer el cumplimiento de un mero formalismo al debido respeto de la voluntad del testador cuando esta aparece fielmente reflejada en el testamento notarial.

V

Notificado el recurso a la notaria autorizante, no consta que haya expresado alegación alguna.

Mediante escrito, con fecha de 2 de julio de 2018, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el mismo día).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 687 y 695 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; 153 del Reglamento Notarial; 98 a 100 del Reglamento Hipotecario; 108 de la ley de sucesiones aragonesa; 125 del Código Civil de Cataluña; las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 y 20 de marzo de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de marzo, 27 de septiembre, y 20 de diciembre de 2005, 13 de junio, 5 de septiembre y 2 de octubre de 2012, 5 y 20 de marzo de 2014 y 21 de marzo de 2015.

1. En el supuesto de este expediente el registrador suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia porque, a su juicio, constituye defecto el hecho de que en el testamento de uno de los causantes falte la hora de otorgamiento.

La recurrente alega que no hay dudas de capacidad para testar de la causante y el hecho de que no se indique la hora no puede causar la nulidad del testamento; que la jurisprudencia ha evolucionado hacia posturas menos estrictas y acordes con los tiempos y defiende el criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias; y que la finalidad buscada con la expresión de la hora en que el testamento fue otorgado, no es

otra que la de asegurar la certeza de las últimas voluntades en aquellos supuestos en que una persona hubiere otorgado en un mismo día más de un testamento.

2. La redacción del artículo 695 del Código Civil no deja lugar a interpretaciones: «El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir».

Y sus efectos de nulidad tampoco ofrecen duda en el artículo 687 del mismo texto legal: «Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo».

En consecuencia, con estos parámetros, no puede más que ser confirmada la calificación del registrador.

3. Además, ha acertado el registrador en los términos de la calificación, al suspender la inscripción –no la ha denegado- y no calificar de nulo el testamento, ya que la declaración de nulidad solo corresponde a los jueces y tribunales de Justicia.

Pues bien, esto facilita y orienta a la recurrente sobre la forma de subsanar el defecto acontecido en el testamento de una de las causantes, autorizado en el extranjero –en un Consulado–.

La cuestión es si cabe la posibilidad de la subsanación de un testamento abierto en el que por error ha sido omitida la fecha o la hora de su otorgamiento, o, en su caso, la extensión de diligencia con cotejo con los instrumentos inmediatamente anteriores y posteriores, índices y partes testamentarios, a los efectos de que en la medida de lo posible, se pueda subsanar el referido testamento y en el caso de que por dicho cotejo se pueda subsanar la omisión de la hora de otorgamiento, se libre además, testimonio en relación del que resulte la existencia o inexistencia de otro testamento otorgado en la misma fecha por la misma testadora.

En primer lugar, en cuanto a la posible nulidad del testamento, es doctrina consolidada de este Centro Directivo que la validez o nulidad de los documentos notariales queda sujeta a su examen y declaración por parte de los Tribunales de Justicia, sin que corresponda ni a los notarios, ni a los registradores, ni a esta Dirección General, pronunciarse sobre tales cuestiones, por cuanto el documento notarial goza de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro (*vid.* artículo 17 bis de la Ley del Notariado), por lo que su eficacia sólo puede ser desvirtuada en el correspondiente procedimiento declarativo judicial, con arreglo al principio de contradicción y plenitud de competencia probatoria. En consecuencia, ha sido acertado el registrador al no declarar en la calificación si el documento es o no nulo y no proceden las alegaciones de la recurrente respecto de la validez del documento en aras de la flexibilización de solemnidades.

4. En segundo lugar, en cuanto a la forma de subsanar el documento, el artículo 153 del Reglamento Notarial recoge la posibilidad de subsanar los errores materiales cometidos en los instrumentos públicos, y ciertamente sólo hace mención a los documentos notariales «inter vivos», pero la jurisprudencia se ha encargado de extender su ámbito también a los instrumentos «mortis causa». Muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 que, reproduciendo en su contenido el texto literal completo del citado artículo, añade «En el texto del testamento se deslizó un error material, (...) y este error fue subsanado conforme dispone el artículo 153 del Reglamento notarial, que no excluye que se pueda realizar tiempo después, simplemente cuando el notario advierte o es advertido del error sufrido».

El artículo 153 del Reglamento Notarial establece que «los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales inter vivos, podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido. Solo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios

de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización». Naturalmente, este precepto también es aplicable a los documentos consulares autorizados por quien ejerce las funciones notariales en el extranjero, máxime cuando el citado testamento -autorizado en Estrasburgo en el año 1989- pueda estar ahora depositado en el Archivo General de Protocolos de Madrid -a cargo de notarios- por razón de su antigüedad superior a 25 años.

La doctrina de esta Dirección General ha perfilado la extensión y límites de la aplicación de esta forma de subsanación, de donde a la vista de la expresión del inciso final del artículo, que reserva la subsanación exclusivamente al Notario autorizante para cuestiones de juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de la autorización, se deduce que en otras cuestiones, referido a manifestaciones y otorgamiento del compareciente e interviniente, deben hacerse por los otorgantes o sus causahabientes, haciendo de nuevo comparecencia. Esto conduce a la aplicación del último párrafo del artículo 153 del Reglamento Notarial: «Cuando sea imposible realizar la subsanación en la forma anteriormente prevista, se requerirá para efectuarla el consentimiento de los otorgantes o una resolución judicial». El notario que autorice la escritura de subsanación, habrá de tener en cuenta si puede hacerla por sí solo en el ámbito del artículo 153 del Reglamento Notarial o es precisa la concurrencia de los otorgantes o en su defecto sus causahabientes. Y esto último es una cuestión que debe resolverse en el ámbito civil.

Ahora bien, el artículo 153 del Reglamento Notarial contempla las rectificaciones de las escrituras públicas recogiendo no solo la posibilidad de la rectificación con la intervención de todos los interesados (último párrafo del artículo) sino también aquella que se realiza por la intervención del propio notario, por propia iniciativa o a instancia de parte, sin la concurrencia de los otorgantes y en este caso por diligencia o por acta.

El notario que ha de autorizar la subsanación en el supuesto de hacerlo sin la concurrencia de los otorgantes o sus causahabientes, no tiene por qué ser el mismo notario ante quien se otorgó la escritura objeto de la rectificación, siendo posible que se realice por su sucesor o sustituto en el protocolo siempre que la subsanación se refiera a errores que puedan ser apreciados por el notario que autorice el documento de rectificación (nunca cuando se trate de subsanar omisión de juicios de capacidad o de identificación de las partes, lo que compete exclusivamente al notario autorizante), lo que se recoge claramente en el artículo 153 del Reglamento Notarial.

5. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 12 de marzo de 1999, 6 de abril de 2006 y 13 de junio de 2012), lo que permite el artículo 153 del Reglamento Notarial es la subsanación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, pudiendo afectar, incluso, a elementos relevantes del negocio de que se trate, pero sólo cuando pueda comprobarse, con claridad, que se trata de mero error material, por resultar así atendiendo al contexto del documento y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado.

En tales supuestos la legislación notarial no exige un nuevo consentimiento de los otorgantes, porque se estima que tal rectificación lo único que hace es expresar ahora con exactitud la voluntad que aquellos manifestaron con ocasión del otorgamiento del documento rectificado, sin que sea necesario ese nuevo consentimiento para que el documento rectificador produzca todos los efectos registrales.

Pero es también doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 13 de junio y 5 de septiembre de 2012 y 21 de marzo de 2015), que la posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo, ya que si bien el notario puede proceder a la subsanación de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o que resulten claramente de los antecedentes obrantes en su haber o de lo acontecido en su presencia con ocasión de la firma del instrumento público, lo que no puede hacer en ningún caso es sustituir la

voluntad de los otorgantes. Así pues, esta facultad de rectificación por el notario, sin la concurrencia de los otorgantes o sus causahabientes, ha de ser en todo caso, objeto de interpretación restrictiva.

6. Sentado esto, lo cierto es que dado los múltiples intereses en juego y la necesidad de cohonestarlos, no es fácil determinar con carácter general el alcance de la facultad derivada del artículo 153 del Reglamento Notarial. Al respecto, el Centro Directivo ha señalado que la dicción del artículo 153 del Reglamento Notarial cuando permite al notario subsanar las omisiones padecidas en los documentos inter vivos, lo hace atendiendo para ello, entre otros elementos, al contexto del documento autorizado, así como a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización, de los inmediatamente anteriores y siguientes; de los antecedentes: escrituras públicas y otros documentos asimismo públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado, de forma que permite al mismo notario subsanar por sí mismo las omisiones, cuando su evidencia resulte del propio documento u otros tenidos en cuenta para su confección. En definitiva, el artículo 153 del Reglamento Notarial permite al notario la exclusiva subsanación de aquellos errores materiales, omisiones y defectos de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos como consecuencia de apreciación de hechos o actuación del propio notario.

Ahora bien, el citado precepto en modo alguno habilita para modificar, suplir, presuponer o eliminar declaraciones de voluntad que están exclusivamente reservadas a las partes y que, al implicar verdadera prestación de consentimiento de naturaleza negocial, solo de ellas o de sus representantes pueden proceder.

7. Recapitulando, el artículo 153 del Reglamento Notarial permite esa subsanación especial solo en los documentos otorgados inter vivos y no recoge en su texto los mortis causa: el carácter restrictivo de la interpretación del precepto, el contenido sustancial de las disposiciones y el carácter «ad solemnitatem» de las formas de los testamentos hace que en puridad no sea posible la subsanación de los mismos a través de la vía del citado artículo 153.

Sin embargo, la jurisprudencia citada (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012), admitió para un testamento esta forma de subsanación. Realmente, más allá de los términos empleados por la jurisprudencia, no se trata de subsanar el testamento sino de completar algunas circunstancias del mismo -fecha y hora de otorgamiento- que pudieron ser omitidas por error material y que pueden deducirse a través de, entre otros elementos, el contexto del documento autorizado, las escrituras y otros documentos públicos inmediatamente anteriores y siguientes, los antecedentes, escrituras públicas y otros documentos asimismo públicos que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado.

Así, en relación con los medios de que el funcionario depositario del documento dispondría para subsanar la omisión padecida en la autorización, cabe el de los índices protocolizados, el otorgamiento el mismo día de instrumentos correlativos o disponer de acceso al correspondiente parte testamentario enviado, medios que, al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial, contribuirían a la posible subsanación determinando tanto la fecha en su caso como en este la hora de otorgamiento.

En este sentido, respecto de la fecha del testamento, su ubicación y numeración en el protocolo entre otros, hace que sea de fácil conclusión la determinación del día de otorgamiento. Así, el otorgamiento el mismo día de instrumentos correlativos o disponer de acceso al correspondiente parte testamentario enviado, son medios que contribuirían a la posible subsanación, sin que se pueda alegar la falta de protocolización de los índices como circunstancia para la imposibilidad de determinación de la fecha, puesto que el mismo certificado de Actos de Última Voluntad o la certificación del colegio notarial correspondiente puede determinar sin dudas la fecha de otorgamiento.

En cuanto a la hora de otorgamiento, ciertamente es más complicado. El análisis del protocolo mostrará, en ese día de otorgamiento, cuál es la hora del testamento anterior y la del siguiente en número de protocolo, lo que indicará el espacio de tiempo en el que

se ha realizado la autorización del documento que carece de expresión de la hora. En el caso de que no hubiese otros autorizados, y no fuera posible determinar la citada hora, bastaría librar testimonio en relación del que resulte la existencia o inexistencia de otro testamento otorgado en la misma fecha por la misma testadora y si no es así –como parece– estaría en cierta medida resuelto.

Como ha afirmado este Centro Directivo, «no se trata de modificar el testamento, lo que no es posible con el procedimiento del artículo 153 RN ni de otro modo que no sea un nuevo otorgamiento, sino que se trata a través del cotejo del protocolo de, mediante una notoriedad, hacer constar en la nota de expedición de la copia o en testimonio o incluso en acta separada, las circunstancias que puedan determinar la fecha y hora del otorgamiento para evitar el estrépito judicial que ocasionaría la alegación de este defecto formal –por otros medios solucionable– en el caso de que no hubiere intereses enarbolados. Todo ello, sin perjuicio de las acciones de nulidad que corresponden a los interesados ante los Tribunales de Justicia. Todo esto es perfectamente cohonestado con las funciones de jurisdicción voluntaria concedidas a Notario».

En el presente caso, no se ha subsanado nada, por lo que, pendiente de este procedimiento de subsanación, no puede inscribirse el documento.

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, 1 de agosto de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.