

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11355 *Resolución de 10 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad interino de Bilbao n.º 3 a inscribir una escritura de manifestación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Alberto García Alija, notario de Torrelavega, contra la negativa del registrador de la Propiedad interino de Bilbao número 3, don Pablo Sánchez Lamelas, a inscribir una escritura de manifestación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada y autorizada por el notario de Torrelavega, don Alberto García Alija, el día 3 de enero de 2019, con el número 3 de protocolo, se formalizaron las operaciones de partición de herencias causadas por el fallecimiento de sus padres. Al ser preciso para la mejor comprensión de la cuestión suscitada, se relata el iter documental seguido hasta la calificación impugnada:

a) La citada escritura de herencia es otorgada por el notario recurrente «por mí y ante mí», indicando lo siguiente: «(...) hago constar que otorgo esta escritura de partición de herencias para mi protocolo, a la par que actuando en mi nombre e interés, como hijo y heredero y que se adherirán a este otorgamiento mediante escritura independiente autorizada por otro notario mis hermanos: - Don J. L. E., conocido por J. L., G. A. (...) - Y don C. E., conocido por C., G. A.». Y en el otorgamiento se añade: «Primero.-Aceptación y adjudicaciones.-Don J. L., don C. y don A. G. A. (este último el notario autorizante), aceptan la herencia causada por sus padres (...), liquidan la sociedad conyugal disuelta y hacen la partición formalizando las siguientes, Adjudicaciones (...)».

b) Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Francisco Javier Cedrón López-Guerrero, el día 3 de enero de 2019, con el número 4 de protocolo, titulada «de ratificación», don C. E. G. A. (uno de los tres herederos y hermano del recurrente) manifestó: «I.-Que el día tres de enero de dos mil diecinueve, con el número 3 de orden de su protocolo, el Notario de Torrelavega, Don Alberto García Alija, otorgó escritura de partición de herencias, actuando para su protocolo y en su propio nombre e interés y en representación como mandatario verbal de su hermano don C. E. G. A. II.-Que expuesto cuanto antecede, por la presente, =Otorgan:= Que don C. E. G. A. conoce íntegramente el contenido de la aludida escritura de partición de herencias y acepta en todas sus partes, así como la representación que invocó el mandatario».

c) Mediante otra escritura autorizada por el notario de Ramales de la Victoria, don Rafael Delgado Torres, «como sustituto por la causa del artículo 139 del Reglamento Notarial de mi compañera de residencia en Ampuero, doña Cristina García Ramos y para su protocolo», el día 8 de enero de 2019, con el número 2 de protocolo, titulada «de adhesión», el tercer hermano manifestó: «Que en la escritura autorizada por el Notario de Torrelavega, Don Alberto García Alija, el tres de enero de dos mil diecinueve, con el número 3 de protocolo, en la que se formalizó la aceptación y partición de las herencias de don (...) y doña (...)se previó que el aquí compareciente se adheriría a lo que en ella se otorgó. II.-Expuesto cuanto antecede, Otorga: Se adhiere al otorgamiento contenido en la escritura reseñada en la exposición, que asegura conocer, quedando enterado de los efectos no retroactivos con daño para terceros de esta adhesión».

II

Presentada copia autorizada de las tres mencionadas escrituras en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 3, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el precedente documento y examinados los correspondientes asientos del Registro, se deniega su inscripción por los siguientes hechos, defectos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Se presenta en el Registro con fecha seis de marzo de dos mil diecinueve, copia autorizada de una escritura pública de partición hereditaria otorgada ante el Notario de Torrelavega, Don Alberto García Alija, el tres de Enero de dos mil diecinueve, causada al fallecimiento de los padres del Notario autorizante de la escritura, en la que se adjudican a este y a sus dos hermanos, únicos herederos, diversos bienes por títulos de liquidación de la sociedad conyugal y partición hereditaria, que causo el Asiento 1886 del Diario 21.

Defectos:

Concorre el defecto de no ser admisible, por existir incompatibilidad, el otorgamiento por el Notario de una escritura en la que él mismo -ni sus hermanos- adquieran bienes o derechos.

Fundamentos de Derecho:

Se cita el artículo 22 de la Ley del Notariado, según el cual: "Ningún Notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad".

Según el artículo 139 del Reglamento Notarial: "Los Notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignen derechos a su favor, pero sí las que en sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma 'por mí y ante mí'".

En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias.

No podrán, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero.

Exceptuase el caso de autorización de testamentos en que se les nombre albaceas o contadores-partidores y los poderes para pleitos a favor de los mencionados parientes.

El Notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales".

Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 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 determinen la forma de los instrumentos" y a "la no expresión, o a la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad".

En aplicación del artículo 323 de la Ley Hipotecaria queda automáticamente prorrogada la vigencia del asiento de presentación por plazo de sesenta días desde la fecha de la notificación de la calificación expresada en este escrito.

De acuerdo con la ley de 26 de Diciembre de 2001 (...)

Bilbao, a 28 de Marzo de 2.019. El Registrador (firma ilegible), Fdo.: Pablo Sánchez Lamelas».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Alberto García Alija, notario de Torrelavega, interpuso recurso el día 15 de abril de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Hechos

– Son tres en realidad las escrituras presentadas: En la primera, autorizada por mí ante mí, como heredero de mis padres, tras exponer las circunstancias personales y familiares de ambos causantes, la relación de los títulos sucesorios, inventario de bienes y liquidación, se procede a adjudicar a los tres herederos los bienes relictos por terceras partes iguales.

En esta primera escritura se prevé la prestación del consentimiento contractual por los otros dos coherederos por separado o escritura de adhesión.

En la segunda y tercera escrituras, otorgadas ante Notarios diferentes, efectivamente, mis hermanos se adhieren al contenido de la primera.

Esa es la incompatibilidad invocada por el señor registrador en su calificación que, a mi juicio, procede rechazar por los siguientes

Argumentos

– A mi juicio la incompatibilidad prohibida es la que encierra un conflicto de intereses y lo que trata de preservar es la neutralidad notarial, base de su independencia; por eso prohíbe la «auto-autorización» cuando se adquieren derechos para sí o determinados parientes y se permite cuando se contraen obligaciones o constituyen gravámenes o se trata del testamento o poderes por sí y ante sí.

– Aquí no existe esa incompatibilidad, sino un iter negocial complejo o de formación sucesiva. Se quiere llegar al final a un negocio complejo y perfecto en tres fases sucesivas, sin incompatibilidad, vicio contaminante, ni conflicto de intereses.

– Hay tres documentos y un negocio jurídico.

– Tres escrituras públicas otorgadas ante Notarios distintos, en espacios y tiempos separados; cada otorgante encuentra su Notario y éste a aquel.

En la primera se recoge por separado (para evitar el conflicto de intereses) el consentimiento del Notario que «auto-otorga».

Y en las escrituras de adhesión el heredero (mayor de edad y con plena capacidad para disponer de sus bienes) comparece ante un notario de su elección que nada tiene que ver personalmente con la herencia de que se trata y libremente emite su declaración de voluntad unilateral y, eso sí, recepticia.

Queda, a mi juicio, el negocio perfecto y concluso, sin vicio ni defecto que lo invalide».

IV

Presentado el recurso, el registrador titular del Registro de la Propiedad de Bilbao número 3, don Asier Fernández Ruiz, interpretando el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, entendió que era el registrador a cuyo cargo esté el Registro al tiempo de la interposición del recurso quien habría de emitir el informe correspondiente, toda vez -añadía- que es él quien puede, en su caso, decidir si mantiene o no la calificación recurrida accediendo a la inscripción en todo o en parte; siendo él también quien recibe el recurso y puede formar el expediente que se remitirá al Centro Directivo si se mantiene la calificación recurrida.

Añadía lo siguiente: «No obstante, y teniendo en cuenta que como Registrador titular no he tenido acceso hasta ahora a la documentación, en caso de que exista algún defecto no contemplado en la nota será puesto de manifiesto en el momento procesal oportuno en caso de que la resolución del recurso sea estimatoria. Así resulta del artículo 127 del Reglamento Hipotecario y de criterio reiterado de la Dirección General de los Registros y del Notariado entre otras en resoluciones de 5 de marzo de 2014, 7 de septiembre de 2015 y 21 de junio de 2016, conforme a las cuales, dados los importantes efectos de la publicidad registral, el principio de legalidad ha de prevalecer sobre la necesidad de calificación global y unitaria».

Y, por mantener la calificación emitida por el registrador interino, elevó el expediente a esta Dirección General para su resolución.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 22 y 27 de la Ley del Notariado; 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 139 y 140 del Reglamento Notarial; 98 y 102 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Sistema Notarial) de 28 de marzo de 1996, 28 de noviembre de 2006, 6 de marzo de 2008, 3 de abril de 2013 y 19 de diciembre de 2018, entre otras.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de partición de herencias de los padres del notario autorizante respecto de la cual son relevantes los hechos siguientes:

La escritura de herencia es otorgada por el propio notario autorizante «por mí y ante mí», indicando que la otorga para su protocolo, a la par que actuando en su nombre e interés, como hijo y heredero y que se adherirían a ese otorgamiento sus dos hermanos mediante escritura independiente autorizada por otro notario. En el otorgamiento se añade lo siguiente: «Primero.–Aceptación y adjudicaciones.–Don J. L., don C. y don A. G. A. (este último el notario autorizante), aceptan la herencia causada por sus padres (...), liquidan la sociedad conyugal disuelta y hacen la partición formalizando las siguientes, Adjudicaciones (...)».

Mediante sendas escrituras otorgadas por otros notarios, los dos hermanos del referido notario otorgante de la escritura de partición de herencias calificada aceptaron y se adherieron a ésta, en los términos expresados en los Hechos de la presente resolución.

El registrador deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio, «concorre el defecto de no ser admisible, por existir incompatibilidad, el otorgamiento por el Notario de una escritura en la que él mismo –ni sus hermanos- adquieran bienes o derechos». Y fundamenta la calificación en lo dispuesto en los artículos 22 de la Ley del Notariado y 139 del Reglamento Notarial.

El notario recurrente se basa en los siguientes argumentos: «(...) La incompatibilidad prohibida es la que encierra un conflicto de intereses y lo que trata de preservar es la neutralidad notarial, base de su independencia; por eso prohíbe la «auto-autorización» cuando se adquieran derechos para sí o determinados parientes y se permite cuando se contraen obligaciones o constituyen gravámenes o se trata del testamento o poderes por sí y ante sí». Añade que en el presente caso no existe esa incompatibilidad, sino un «íter» negocial complejo o de formación sucesiva, para llegar al final a un negocio complejo y perfecto en tres fases sucesivas, con tres escrituras públicas otorgadas ante notarios distintos, sin incompatibilidad, vicio contaminante, ni conflicto de intereses. En la primera se recoge por separado el consentimiento del notario que «auto-otorga». Y en las escrituras de adhesión los herederos comparecen ante un notario de su elección que nada tiene que ver personalmente con la herencia de que se trata y libremente emiten su declaración de voluntad unilateral y recepticia. Por ello, queda el negocio perfecto y concluso, sin vicio ni defecto que lo invalide.

2. Como cuestión previa, este Centro Directivo comparte la postura del registrador titular del Registro de la Propiedad de Bilbao número 3 al interpretar el artículo 327 de la Ley Hipotecaria en el sentido de que el registrador que ha de emitir el informe correspondiente es el registrador que deba decidir si, a la vista del recurso, mantiene o no la calificación impugnada accediendo a la inscripción en todo o en parte, aun cuando no haya sido el «registrador que realizó la calificación» al que se refiere literalmente el citado precepto legal. Así resulta de la interpretación lógica, sistemática y teleológica de dicha norma.

3. En relación con la cuestión de fondo planteada en este recurso, es de especial interés la doctrina que este Centro Directivo ha plasmado recientemente en la Resolución (Sistema Notarial) de 19 de diciembre de 2018; dictada precisamente para resolver la consulta formulada por determinado notario:

«(...) La consignación de incapacidades o incompatibilidades por la legislación notarial obedece a la idea de impedir que el Notario, influenciado por motivos afectivos, económicos, sociales, o de otro tipo, autorice documentos públicos o realice actos con momentáneo olvido de la imparcialidad o veracidad que debe resplandecer en toda su actuación; razón por la cual únicamente surge la incapacidad cuando existe una base sólida para presumir el alejamiento de la obligada imparcialidad y neutralidad que debe regir su conducta profesional.

La Ley del Notariado en su artículo 22 y el Reglamento Notarial en el Capítulo III, Título III, regulan expresamente el régimen de incompatibilidades diferenciando: el régimen de incompatibilidades por parentesco en el propio cargo o desempeño como Notario (artículo 138); el régimen de incompatibilidades con el desempeño de otros cargos (artículo 141) y la incompatibilidad de la autorización de determinados documentos públicos (artículos 139 y 140), calificadas como causas de abstención.

Desde el punto de vista histórico, cabe destacar que el régimen de incompatibilidades y abstenciones ha evolucionado desde una posición inicial de absoluta prohibición hasta la regulación actual, mucho más permisiva y racional, manteniendo la incompatibilidad en los casos evidentes de conflictos de intereses personales del propio Notario, y en los conflictos de intereses con su círculo de allegados o familiares teóricamente más cercanos o afines en el acto jurídico que pretende autorizar, pero permitiendo su actuación en los casos en que a priori no se darían conflictos de intereses con terceros, como pueden ser los documentos en los que es el propio Notario el potencial perjudicado (cancelaciones de garantías, asunción de obligaciones frente a terceros), o documentos unilaterales del propio Notario (poderes personales o su propio testamento).

Y lo mismo sucede en la esfera patrimonial privada del Notario, pues, desde una perspectiva histórica, el artículo 140 del Reglamento Notarial supone una generosa tolerancia en el tema de incompatibilidades, y de una postura anterior contraria a la participación de los Notarios en actividades comerciales bajo ningún concepto, ahora se permite a los Notarios formar parte de Sociedades, pero con la limitación de mantener separadas sus actividades comerciales y su función notarial (...).

Cuarto.—Sin perjuicio de lo anterior, pueden darse en la práctica situaciones en las que, incluso sin resultar vulnerada la literalidad del texto reglamentario, se vea quebrantada la finalidad de su mandato. Así sucedería, por ejemplo, en una reducción de capital con restitución de aportaciones en que la sociedad íntegramente participada por los padres recibiera una atribución patrimonial. Por ello, la respuesta plasmada en el fundamento precedente no puede entenderse con un alcance general, sino que debe ser aplicada selectivamente en cada caso por el Notario consultante, prestando especial atención a los supuestos que, sin estar formalmente incluidos en el ámbito de la norma, estén materialmente comprendidos en su espíritu, así como a la potencial percepción social de una falta de imparcialidad o neutralidad en su actuación notarial».

4. Para el correcto examen de la referida cuestión debe partirse de la redacción del artículo 22 de la Ley del Notariado: «Ningún Notario podrá autorizar contratos que

contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad»; y del artículo 139 del Reglamento Notarial:

«Los notarios no podrán autorizar escrituras en que se consignent derechos a su favor, pero sí las que en sólo contraigan obligaciones o extingan o pospongan aquellos derechos, con la antefirma «por mí y ante mí».

En tal sentido, los Notarios podrán autorizar su propio testamento, poderes de todas clases, cancelación y extinción de obligaciones. De igual modo podrán autorizar o intervenir en los actos o contratos en que sea parte su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, siempre que reúnan idénticas circunstancias.

No podrán, en cambio, autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero».

A la vista de la taxativa literalidad e imperatividad de dichas normas, el recurso ha de ser necesariamente desestimado, pues de aquéllas resulta claramente que en el presente caso el notario no podrá autorizar la escritura de partición de herencia de sus padres, adjudicándose tanto él como sus dos hermanos (parientes dentro del segundo grado de consanguinidad), bienes o derechos a su favor. Sin duda, la incompatibilidad en este supuesto viene a ser doble: la que afecta al notario en relación con su propia adquisición y la que le afecta en relación con las adquisiciones de sus dos hermanos, pues tanto en uno como en otro caso basta que se produzca el supuesto de hecho («adquirir derechos» o «tener algún interés») para que no se pueda otorgar la escritura por el notario adquirente; y ese consentimiento o ratificación ulterior y separada de los hermanos -repárese en que las dos escritura posteriores a la de herencia emplean expresiones diferentes- no salvaría la incompatibilidad del propio notario, tanto respecto de su adquisición como respecto de la de sus dos hermanos.

No se diga que el notario en casos como el presente está investido de una posibilidad de apreciar la existencia o no de un potencial conflicto de intereses, algo que por lo demás ha de ser evitado por quien se encuentre en la posición de autorizar un instrumento afectado por esa simple posibilidad: sencillamente porque eso le convertiría -valga la expresión- en juez y parte, algo que se aviene muy mal con la imparcialidad y rigor exigibles a toda actuación notarial, y sin que ello pueda ser salvado por esa ratificación o consentimiento -ulteriores- ante otro notario. A mayor abundamiento, la sanción por incumplimiento de la incompatibilidad es establecida en la propia Ley del Notariado, cuyo artículo 27 establece expresamente la nulidad de los instrumentos públicos que contengan alguna disposición a favor del notario que los autorice, con lo que las exigencias de rigor y prudencia (esenciales a toda actuación notarial) se redoblan. En suma, la única posibilidad de actuación «por mí y ante mí» es la que taxativamente se indica en los preceptos de la normativa notarial antes transcritos.

Y sin duda, también, los extremos anteriores y a la vista de lo que disponen los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, caen dentro del ámbito de la calificación registral, por lo que la misma no se ha extralimitado en el presente caso. Por lo demás, tampoco es ocioso poner de relieve que la solución adoptada por la legislación notarial guarda analogía que la de la legislación registral, siendo de reseñar el artículo 102 del Reglamento Hipotecario, según el cual «los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos. A estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes».

5. Por todo ello, este Centro Directivo no puede compartir la actuación notarial que, una vez cerrado el «iter» documental, desembocó en la calificación aquí recurrida; «iter»,

por lo demás, artificioso y no complejo o de formación sucesiva como es tildado por el recurrente, pues al fin y a la postre es la escritura calificada la que recoge la adquisición por parte de los tres herederos; y también desaconsejable en una correcta «praxis» de la función notarial, pues como se expresa en la Resolución del Sistema Notarial anteriormente reseñada, es exigible a todo notario una determinada conducta -de abstención en casos como el presente-, «(...) prestando especial atención a los supuestos que, sin estar formalmente incluidos en el ámbito de la norma, estén materialmente comprendidos en su espíritu, así como a la potencial percepción social de una falta de imparcialidad o neutralidad en su actuación notarial (...)».

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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, 10 de julio de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.