

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7882 *Resolución de 13 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Castropol, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación, partición y adjudicación parcial de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña Shadia Nasser García, notaria de Castropol, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Castropol, don Pablo Graiño García, por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación, partición y adjudicación parcial de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de Castropol, doña Shadia Nasser García, de fecha 17 de marzo de 2016, con el número 138 de protocolo, doña M. C. G. R. y don E. G. F. otorgaron operaciones de aceptación, partición y adjudicación parcial de herencia causada por el óbito de doña M. C. R. F. La citada causante falleció sin descendientes, en estado de viuda y habiendo premuerto sus descendientes.

Interesa los efectos de este expediente que se dispone en el testamento de la causante, -de fecha 23 de marzo de 2015- lo siguiente: «Primera.-Instituye herederos a las siguientes personas: a su hermana doña C. R. F., con DNI número (...), a su sobrino don E. G. R. con DNI número (...), a su sobrina doña M. C. G. R. con DNI número (...) y a don E. G. F. con DNI número (...), con la condición de que hayan cuidado y atendido a la testadora, por sí y, en cuanto fuera necesario, por persona competente por ellos retribuida, hasta el momento de su fallecimiento. Estos cuidados y atenciones deberán hacerse en el propio domicilio de alguno de sus cuidadores, no debiendo ser trasladada a ningún centro residencial o médico ni a cualquier otro domicilio que no sea el de alguno de sus cuidadores, salvo que así lo exija expresamente un parte médico. Esta condición se entenderá cumplida salvo prueba en contrario. El incumplimiento durante la vida de la testadora anulará la institución de heredero hecha a favor del incumplidor. No se considerará incumplimiento de la condición el internamiento temporal de la testadora en un centro residencial, médico o asistencial cuando sea consecuencia de lo dispuesto en el parte médico. Segunda.-Si la condición fuera cumplida por todas las personas mencionadas, la institución de heredero lo será a partes iguales entre los cuatro. Si la condición fuera cumplida solo por algunos de los mencionados, ellos serán los únicos herederos y repartirán la herencia por partes iguales. Si solo uno solo de los mencionados hubiera cumplido la condición, él será el único heredero universal».

Los dos comparecientes, manifiestan en la escritura referida que son los únicos interesados en la sucesión y se adjudican los bienes del inventario. Completan la escritura de partición de herencia con un acta de notoriedad requerida por ellos mismos en la que manifiestan que la condición impuesta por la testadora en su testamento ha sido cumplida exclusivamente por ellos dos porque la causante fue cuidada y atendida únicamente por ellos y vivió en el domicilio de ellos, hasta el momento en que tuvieron que ingresarla en una residencia por exigirle un informe médico atendiendo a su estado de salud, y una vez ingresada en dicho centro fueron los requirentes quienes siguieron cuidando y atendiendo a la testadora en sus necesidades así como las que fueron solicitadas por el propio centro residencial, sin que ninguna otra persona haya cumplido esa condición. Se acompaña al acta un informe médico acreditativo de la necesidad de ingresar a la causante en una

institución residencial o asistencial. También acompaña un certificado expedido por el administrador de la entidad propietaria de la residencia antedicha, donde se reconoce la estancia de la testadora en dicho centro en las fechas que lo fue, y que las personas que respondieron de sus necesidades fueron los requirentes comparecientes, con la mención expresa de que ninguna otra persona se interesó por el estado de salud ni necesidades de la causante. La notaria autorizante, a la vista de la documentación aportada y de las conversaciones y declaraciones de los testigos certificantes, declara que no tiene duda racional alguna sobre la certeza de los hechos relatados y estima «justificada la notoriedad pretendida por los requirentes en cuanto a que la condición impuesta por doña M. C. R. F. en su testamento ha sido cumplida exclusivamente por ellos, haciendo constar que la causante fue cuidada y atendida únicamente por doña M. C. G. R. y por don E. G. F. y vivió en el domicilio de estos, sito en (...) hasta el momento en que tuvieron que ingresarla en la Residencia (...) por exigirlo así un informe médico atendiendo a su estado de salud, y una vez ingresada en dicho centro, fueron los requirentes quienes siguieron cuidando y tendiendo a doña M. C. R. F. en cuantas necesidades tuvo así como en las que fueron solicitadas por el propio centro residencial, sin que ninguna otra persona haya cumplido tal condición».

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Castropol el día 28 de marzo de 2016, y fue objeto de calificación negativa de fecha 11 de abril de 2016 que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad de Castropol Con fecha 28 de Marzo de 2016, se ha presentado en este Registro de la Propiedad, copia de la escritura otorgada en Castropol el 17 de marzo de 2016, ante su Notario D^a. Shadia Nasser García, número 138 de protocolo, causando el asiento de presentación 244 del Diario 42, entrada 2016/1013.—Dicha escritura ha sido calificada de conformidad con el artículo 18 L.H. 98 y ss. R.H. resultando de ello una calificación negativa en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: 1. No concurren a la partición todos los herederos designados por la causante en el testamento, lo que es exigido por el artículo 1058 del Código Civil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 2001, entre otras. La causante designó cuatro herederos en su testamento: doña C. R. F., don E. G. R., doña M. C. G. R. y don E. G. F., y sólo comparecen en la escritura de partición los dos últimos. El testamento otorgado por la causante, doña M. C. R. F., instituyó a los cuatro herederos con la condición de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento (en los términos expresados en dicho testamento), disponiendo (entre otras cláusulas) que si la condición fuera cumplida solo por algunos de los mencionados, ellos serán los únicos herederos. En base a ello, doña M. C. G. R. y don E. G. F. comparecen en acta de notoriedad autorizada por la Notario de Castropol, doña Shadia Nasser García, el 17 de marzo de 2016, número 137 de Protocolo y aseveran, bajo su responsabilidad que la condición impuesta por la causante en su testamento ha sido cumplida exclusivamente por ellos, aportando determinadas pruebas, y, en base a todo ello la Notario estima justificada la notoriedad pretendida por los requirentes. Sin embargo, no es posible que dos herederos designados en el testamento (habiendo sido llamados cuatro) puedan interpretar por sí solos el testamento y con ello decidir la eficacia o ineficacia de las condiciones impuestas a la institución de heredero (ya que son ellos dos los únicos que comparecen en el acta y declaran, bajo su responsabilidad y bajo pena de falsedad en documento público, que la condición ha sido cumplida exclusivamente por ello, sin que ni en el acta ni en la escritura de partición hayan comparecido las otras dos personas llamadas por la testadora). De conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 30 de abril de 2014, entre otras), de conformidad con los artículos 675, 790, 791, 792, 795, 796, 797, 801, 881, 882, 883, 904 y 912, párrafos 1.º y 3.º, del Código Civil; y artículos 14, 28 y 42.7.º de la Ley Hipotecaria, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. Y, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los Tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su

alcance interpretativo. En el presente supuesto no concurren todos los interesados en la sucesión, por lo que serán los Tribunales de Justicia los encargados de decidir la voluntad del causante. Admitir que en base a las pruebas aportadas por dos de los designados en el testamento se tuviera por cumplida la voluntad del testador contravendría la doctrina expresada, y dejaría el cumplimiento del testamento y de la voluntad del causante al arbitrio de parte de los designados, lo que por otro lado está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general en materia contractual por el artículo 1.256 del Código Civil. La presente nota de calificación podrá (...) Castropol, 11 de abril de 2016.–El Registrador (firma ilegible).–Fdo. Pablo Graíño García».

III

Solicitada calificación sustitutoria con fecha 18 de abril de 2016, correspondiendo la misma a la registradora de la Propiedad de Gijón números 5, doña María Paz Pastora Pajín Collada, quien, con fecha 9 de mayo de 2016, confirmó la calificación negativa del registrador de la Propiedad de Castropol.

IV

El día 25 de mayo de 2016, doña Shadia Nasser García, notaria de Castropol, interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.– No se comprende la correlación existente entre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de abril de 2014 -citada en la calificación- y el presente supuesto. En este caso, no hay ambigüedad en las cláusulas del testamento ni cláusulas oscuras ni se declara la ineficacia de disposiciones testamentarias. La citada Resolución se refiere a un caso en el que se declara la nulidad de condiciones y modos que fueron impuestos en el testamento y se declaran ineficaces por falta de objeto unos legados; Segundo.–Nos encontramos ante una institución de herederos sometida a condición potestativa, positiva -cuidar y asistir a la testadora por sí o por persona competente- y negativa -no trasladar a la testadora a ningún centro residencial o médico que no sea el de alguno de sus cuidadores-, de hechos pasados -debe haberse cumplido en vida de la testadora- pero que el cumplimiento o incumplimiento de la misma debe apreciarse al tiempo de la apertura de la sucesión; Tercero.–La testadora identifica a los herederos por sus nombres, apellidos y números de DNI, lo que sólo pudo obtener por haberlos facilitado ellos. La designación de varios herederos y sometimiento a la condición indican que la propia testadora era consciente de la posibilidad de que sólo algunos de los designados o incluso ninguno de ellos cumpliera la condición. Es por esto, que todas las cláusulas del testamento están dirigidas a regular esa condición, lo que se plasma en la frase de la testadora: «el incumplimiento durante la vida de la testadora anulará la institución de herederos hecha a favor del incumplidor»; Cuarto.–En el acta notarial se aportan pruebas determinantes: que la testadora fue trasladada al domicilio de su sobrina, dándose de alta en el centro de salud de aquella zona; que podría haberse cumplido la condición por todos en el domicilio de cualquiera de ellos, pues todos eran familiares y tenían conocimiento del contenido del testamento y voluntad de la testadora; que la causante fue ingresada en una institución residencial por determinarlo así un parte médico; que la persona competente que cuidaba y atendía a la testadora, por cuenta de los beneficiarios era la institución residencial; que los que se han ocupado han sido exclusivamente doña M. C. G. R. y don E. G. F., y que ninguna otra persona se ha interesado por el estado de salud y necesidades de la causante. por lo tanto es un hecho acreditado que la condición ha sido cumplida exclusivamente por estas personas, lo que resulta de estas y de las demás pruebas aportadas al acta, lo que está acreditado de modo directo, no siendo un hecho susceptible de valoración o contradicción: se atendieron las necesidades de la causante o no se atendieron; Quinto.–Es claro el valor probatorio del acta de notoriedad tramitada conforme el artículo 209 del Reglamento Notarial. Mediante acta de notoriedad queda acreditado, bajo la responsabilidad del notario, el cumplimiento de la condición exclusivamente por parte de doña M. C. G. R. y don E. G. F. sin que ninguna otra persona haya cumplido dicha

condición. La prueba del hecho positivo del cumplimiento de la condición por parte exclusiva de dos herederos implica la prueba del hecho negativo del no cumplimiento de la misma por parte de otras personas que habían sido llamadas a cumplirla. Estos últimos, en el momento del ingreso en el centro médico, se desentendieron totalmente de ella, y Sexto.—En consecuencia, la partición ha sido verificada con las personas que, conforme los artículos 1058 y 1081 del Código Civil, son los que según la expresa voluntad de la testadora son las únicas interesadas, por ser las únicas que a la fecha reúnen los requisitos expresamente determinados por la testadora. Por lo tanto, no puede pretenderse que el acta de notoriedad sea ratificada por los no cumplidores, ni siquiera por las personas que el notario autorizante no ha estimado citar mediante edictos. En definitiva, no parece razonable pretender que las personas mencionadas en el testamento y de las que ha quedado acreditado que no han cumplido la condición y respecto de las cuales, por disposición expresa de la testadora, queda mulo el llamamiento hecho a su favor, ratifiquen o consientan la escritura de aceptación y adjudicación de herencia que formalizan las personas respecto de las cuales si ha quedado acreditado el cumplimiento de la condición.

V

Mediante escrito, de fecha 31 de mayo de 2016, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 675, 790, 791, 792, 795, 796, 797, 801, 881, 882, 883, 904, 912, párrafos 1.º y 3.º, y 1058 del Código Civil; 14, 28, 34 y 42.7.º de la Ley Hipotecaria; 209 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 2001, 26 de febrero de 2006, 19 de junio, 16 de abril y 11 de julio de 2013 y 30 de abril de 2014.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

Comparecen dos de los herederos instituidos que manifiestan haber cumplido la condición impuesta por la testadora y no lo hacen los otros dos.

En el testamento se impone una cláusula con la condición siguiente: «Instituye herederos a las siguientes personas: a su hermana doña C. R. F., con DNI número (...), a su sobrino don E. G. R. con DNI número (...), a su sobrina doña M. C. G. R. con DNI número (...) y a don E. G. F. con DNI número (...), con la condición de que hayan cuidado y atendido a la testadora, por sí y, en cuanto fuera necesario, por persona competente por ellos retribuida, hasta el momento de su fallecimiento. Estos cuidados y atenciones deberán hacerse en el propio domicilio de alguno de sus cuidadores, no debiendo ser trasladada a ningún centro residencial o médico ni a cualquier otro domicilio que no sea el de alguno de sus cuidadores, salvo que así lo exija expresamente un parte médico. Esta condición se entenderá cumplida salvo prueba en contrario. El incumplimiento durante la vida de la testadora anulará la institución de heredero hecha a favor del incumplidor. No se considerará incumplimiento de la condición el internamiento temporal de la testadora en un centro residencial, médico o asistencial cuando sea consecuencia de lo dispuesto en el parte médico... Si la condición fuera cumplida por todas las personas mencionadas, la institución de heredero lo será a partes iguales entre los cuatro. Si la condición fuera cumplida solo por algunos de los mencionados, ellos serán los únicos herederos y repartirán la herencia por partes iguales. Si solo uno solo de los mencionados hubiera cumplido la condición, él será el único heredero universal».

Se acompaña un acta de notoriedad en la que se incorporan certificaciones de los médicos y hacen manifestaciones sobre las circunstancias de la atención de la causante en su última enfermedad, y la notaria declara «justificada la notoriedad pretendida por los requirentes en cuanto a que la condición impuesta por doña M. C. R. F. en su testamento

ha sido cumplida exclusivamente por ellos, haciendo constar que la causante fue cuidada y atendida únicamente por doña M. C. G. R. y por don E. G. F. y vivió en el domicilio de estos, sito en (...) hasta el momento en que tuvieron que ingresarla en la Residencia (...) por exigirlo así un informe médico atendiendo a su estado de salud, y una vez ingresada en dicho centro, fueron los requirentes quienes siguieron cuidando y tendiendo a doña M. C. R. F. en cuantas necesidades tuvo así como en las que fueron solicitadas por el propio centro residencial, sin que ninguna otra persona haya cumplido tal condición».

El registrador señala como defecto «...no es posible que dos herederos designados en el testamento (habiendo sido llamados cuatro) puedan... decidir la eficacia o ineficacia de las condiciones impuestas a la institución de heredero (ya que son ellos dos los únicos que comparecen en el acta y declaran bajo su responsabilidad y bajo pena de falsedad en documento público, que la condición ha sido cumplida exclusivamente por ellos, sin que ni en el acta, ni en la escritura de partición hayan comparecido las otras dos personas llamadas por la testadora)».

La notaria recurrente alega que no hay correlación entre la Resolución de 30 de abril de 2014, citada en la nota de calificación y el presente supuesto; que no hay ambigüedad en las cláusulas del testamento, ni cláusulas oscuras ni se declara la ineficacia de las condiciones testamentarias; que en el testamento se identifica de forma exacta a los herederos y se describe de forma clara la condición potestativa que se les impone de manera que no hay duda respecto de lo que tienen que hacer para cumplir la voluntad de la testadora; que al acta de notoriedad aportada reúne las pruebas necesarias para acreditar quienes han cumplido la condición impuesta por la testadora y quienes han incumplido; que mediante acta de notoriedad queda acreditado, bajo la responsabilidad del notario, el cumplimiento de la condición exclusivamente por parte de doña M. C. G. R. y don E. G. F. sin que ninguna otra persona haya cumplido dicha condición, y que la partición ha sido realizada por todos los herederos que han cumplido la condición según lo acreditado en el acta de notoriedad y por lo tanto no es necesaria ninguna ratificación de otros.

2. La primera cuestión, a los efectos que nos interesa ahora, estriba en si es posible que dos de los herederos sin concurrencia de los otros dos puedan interpretar por sí solos el testamento y con ello decidir el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones impuestas a la institución de herederos.

Ha dicho este Centro Directivo en Resolución de 30 de abril de 2014, que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los tribunales de Justicia. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo, es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento. En algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él además confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador. Y por fin, a falta de interpretación extrajudicial, corresponde a los tribunales de Justicia decidir la posibilidad de cumplimiento de la voluntad del testador y su alcance interpretativo, siendo pacífico que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al tribunal de Instancia.

En este caso, no hay designación de albaceas ni contadores-partidores por lo que la única interpretación extrajudicial que se desprende de la voluntad del causante es la que hagan los herederos instituidos. Así pues, en general, la pretensión de dos de los herederos, de decidir por sí, sin intervención alguna de las otras personas nominalmente designadas como favorecidas, acerca del cumplimiento o incumplimiento de disposiciones, excede de las atribuciones que les corresponden en cuanto continuadores de la voluntad de la causante, ya que incide en la posición de terceras personas, los otros dos instituidos.

En consecuencia, al menos deberían ser citados al acta de notoriedad en la que se determina «el cumplimiento exclusivo de otros herederos», puesto que este determina también su incumplimiento y exclusión como herederos.

3. En cuanto al acta que determina el cumplimiento de la condición.

Las actas de notoriedad fueron reguladas por primera vez en el Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935, cuyo artículo 209 disponía que en tales actas «se observarán los requisitos preceptuados para las de referencia», por lo que para comprobar la notoriedad tenían carácter preeminente «las declaraciones de los testigos juradas o prestadas por su honor», añadiéndose a este elemento otros como los anuncios, las notificaciones o requerimientos y la «Relación de los documentos presentados como comprobantes de la notoriedad del hecho y su calificación legal».

Ha dicho este Centro Directivo en Resolución de 16 de abril de 2013 que este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El notario no percibe el hecho notorio de «visu et auditu», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los notarios.

El artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, determina que «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».

Ciertamente, este precepto reglamentario está pensado para las sustituciones hereditarias; pero, debe entenderse que en estos supuestos de llamamientos condicionales, también se produce una situación de indeterminación en cuanto a quién ha de ser el efectivamente llamado, dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del hecho o acontecimiento condicional, cuyo cumplimiento o incumplimiento también puede acreditarse mediante acta de notoriedad.

4. En el supuesto de este expediente, los dos comparecientes y requirentes del acta de notoriedad afirman bajo su responsabilidad que son los únicos que han cuidado a la testadora, y aportan determinados informes que acreditan el ingreso de la testadora en un centro de Salud y la necesidad médica de ingresar a la causante en una institución residencial o asistencial. También se acompaña un certificado expedido por el administrador de la entidad propietaria de la residencia que señala que las únicas personas que respondieron a sus necesidades fueron los dos únicos otorgantes de la escritura.

En el acta de notoriedad la notaria manifiesta que «...estimo justificada la notoriedad pretendida por los requirentes...». Por su parte, el registrador, en su nota de calificación, afirma que son ellos dos los únicos que comparecen en el acta y declaran bajo su responsabilidad y bajo pena de falsedad en documento público, que la condición ha sido cumplida exclusivamente por ellos, sin que ni en el acta, ni en la escritura de partición hayan comparecido las otras dos personas llamadas por la testadora.

El defecto debe ser confirmado, pues el artículo 209 del Reglamento Notarial determina en su apartado 2.2 que «en el caso de que fuera presumible, a Juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo».

Se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho.

En el concreto caso de este expediente, no se ha hecho tal citación de dos de los herederos a la notoriedad, por lo que no se ha dado debido cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial. El juicio de valoración lo hace la notaria teniendo en cuenta las declaraciones y pruebas aportadas exclusivamente por dos de los cuatro

herederos designadas en el testamento, sin que los otros dos hayan tenido la posibilidad de dar su conformidad y corroborar que ellos no han cuidado a la testadora o, por el contrario, oponerse. En este sentido, no se discute el valor de la notoriedad afirmada en el acta, sino la congruencia del juicio de notoriedad con los trámites legalmente exigibles del procedimiento seguido.

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