

II. Resoluciones de la Dirección General

POR CARMEN DE GRADO SANZ,
JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
Y FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA

LA EXIGENCIA DE DOCUMENTACION AUTENTICA EN CUANTO AL TITULO DE LA SUCESION (DECLARACION JUDICIAL DE HEREDEROS ABINTESTATO) SE CUMPLE RELACIONANDO EL NOTARIO CON LA PARTICION LOS PARTICULARES SIGNIFICATIVOS DEL MISMO. (RESOLUCIÓN DE 3 DE ABRIL DE 1995. BOE DE 9 DE MAYO DE 1995.)

Este comentario se corresponde con la conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España el 26 de junio de 1995.

Resolución de 3 de abril de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de dicha ciudad a inscribir una escritura de adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 24 de abril de 1989, ante el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta, se otorgó escritura pública de adjudicación de herencia en la que comparece doña María del Rosario Cerrato Cachorro, que interviene en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, y expone que don Javier Rodríguez Voces falleció en Oviedo el día 23 de mayo de 1985 sin haber otorgado testamento, en estado de casado con la compareciente, de cuyo único matrimonio dejó dos hijos, llamados Javier y Laura Rodríguez Cerrato, siendo sus herederos abintestato, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su cónyuge, en virtud del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985, lo que se acredita con un testimonio de auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado el día 7 de octubre de 1985, y adjudica la finca descrita en la exposición de la escritura de la siguiente forma: Una mitad indivisa a ella misma, con imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, y una sexta parte indivisa en usufructo del total de la finca, o sea, una tercera parte en usufructo de la herencia de su esposo, y a sus dos hijos una

sexta parte indivisa en nuda propiedad, o sea, una doceava parte indivisa en nuda propiedad del total de la finca y una tercera parte indivisa en plena propiedad, o sea, una sexta parte indivisa en plena propiedad del total de la finca, y por último acepta en los conceptos que interviene las citadas adjudicaciones, manifestando que las cuotas adjudicadas a sus dos hijos representados lo son a beneficio de inventario.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de Oviedo, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura conjuntamente con la número 611 del mismo Protocolo, a la que figura unido testimonio del auto de 13 de abril del corriente año, se suspende su inscripción por observarse los defectos siguientes: 1.º No acompañarse el auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado pero no testimoniado en la escritura presentada, ni tampoco los certificados de defunción y últimas voluntades del mismo (arts. 3 y 14 LH y 78 de su Reglamento). 2.º Por auto de 13 de abril del corriente año se nombra defensor judicial a los menores herederos, el cual no comparece al otorgamiento a pesar de ser necesaria su intervención conforme a lo dispuesto en los artículos 162, 163 y concordantes del Código Civil. 3.º Las adjudicaciones a los menores se hacen según el título “a beneficio de inventario”, sin que medie previa aceptación de la herencia en tal concepto ni se cumplan las formalidades prescritas en los artículos 1.010 y siguientes del Código Civil. Dada la naturaleza del segundo defecto señalado no procede tomar anotación de suspensión, que tampoco se ha solicitado. Oviedo, 12 de septiembre de 1989.—El Registrador.—Firmado, César García-Arango».

Subsanados los defectos indicados anteriormente, fue objeto de la nota que se transcribe: «Presentado nuevamente el precedente documento y subsanados los defectos que se indican en la anterior nota, se ha practicado la inscripción al folio 7 del libro 2.075 de Oviedo, tomo 2.820 del archivo 1.º de la finca número 5152 de la sección 2.ª. Se ha tenido en cuenta escritura de ratificación autorizada por el mismo Notario que la que precede el día 27 de octubre último. Oviedo, 3 de noviembre de 1989.—El Registrador.—Firmado, César García-Arango».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: Que en lo concerniente al defecto primero de la nota hay que señalar que el Registrador infringe los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial; 1.217 y 1.218 del Código Civil, y 1 y 143 del Reglamento Notarial al exigir que se acompañe el auto judicial de la declaración de herederos abintestato en el cuerpo de la escritura. Que a los insertos se refieren los artículos 166, párrafo 1.º, y 255, párrafo 1.º, y la aseveración del Notario de que en lo omitido no hay nada que desvirtúe lo transcrito no es aplicable a los insertos de los autos de declaración de herederos como documento que concreta los llamamientos legales porque no son insertos parciales, sino totales, y porque legalmente no puede haber omisión y el auto es una individualización de la designación «*mortis causa* legal»; por tanto, añadir la cláusula no desvirtuadora es superfluo y absurdo, pues no puede surtir ningún efecto, contrariando los artículos 1.284 a 1.286 del Código Civil. Que la declaración de herederos es el hecho que motiva el otorgamiento de esta previa adjudicación herencial. La exhibición del testimonio judicial tiene lugar ante el Notario en la audiencia de los comparecientes y su proyección documental como inserto es el hecho decisivo que motiva el otorgamiento por imperativo del artículo 991 del Código Civil. Que el artículo 3 de la Ley Hipo-

tecaria invocado por el Registrador no desvirtúa lo preceptuado en los artículos 1.217 y 1.218 del Código Civil, ni en los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial. Que tampoco el artículo 14 de la Ley Hipotecaria puede negar la fehaciencia a la escritura pública porque contraría la Ley sustantiva, el Código Civil y regularía cuestiones que incumben a la Ley Notarial. Que el artículo 78 del Reglamento no alude a los certificados de defunción y últimas voluntades. Que la fe pública del Notario vincula y obliga al Registrador. Si el Notario al insertar o testimoniar el auto de declaración de herederos incurre en error, comete falsedad civil; si conscientemente altera la verdad incurre en falsedad penal, y en ambos casos indemnizará los daños y perjuicios (art. 146 RN). 2.º Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, se ha pedido sin razón el nombramiento de defensor judicial. Porque la previa adjudicación herencial la hace el Juez en el propio auto al conceder autorización a la madre para «la venta de la mitad indivisa» y porque no hubo conflicto de intereses al otorgarse la previa adjudicación, ya que los bienes se han partido conforme a la Ley en la sucesión intestada y no hubo intereses contrapuestos entre madre e hijos, sino paralelos, y por tanto la intervención del defensor judicial sería para decir amén a esta previa adjudicación herencial que ya estaba hecha por el Juez. En este caso los intereses de los menores se protegen adecuándolos a la Ley. 3.º Que por último, en lo referente al tercer defecto de la nota de calificación, la herencia se ha aceptado pura y simplemente, siendo equívoca y superflua la frase «a beneficio de inventario» agregada sin sentido a la adjudicación.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: I. Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, hay que señalar que no se han infringido los preceptos de la Ley Notarial y del Código Civil citados por el recurrente al comienzo de su argumentación, sino que el insuficiente «inserto» del título sucesorio fundamental impedía al Registrador el ejercicio pleno de la función calificador. Que le es propia, y en cumplimiento de su deber no pudo menos que señalar el defecto. Que la argumentación en contra del recurrente se basa en una infravaloración unilateral del significado del auto como título principal, tanto a los efectos sucesorios como registrales: 1.º En el aspecto sustantivo, el auto concreta personalmente el llamamiento legal y constituye el título sucesorio fundamental. 2.º En el aspecto procesal, es evidente que la resolución judicial se documenta testimonialmente por el Secretario judicial, conforme al artículo 252 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta materia, pues, la fe pública judicial es previa y prevalente sobre la notarial. 3.º En el terreno registral, y por lo que respecta al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ya fue interpretado por la Resolución de 11 de febrero de 1931. A tales efectos, el artículo 14.1.º de la referida Ley es tan claro y específico que no caben interpretaciones a contrario basadas en meras disquisiciones sobre formas documentales, bien en otras disposiciones de menor rango o no específicas. Que el artículo 33 del Reglamento Hipotecario precisa el concepto de título inscribible, aunando los aspectos material y formal. Este precepto sugiere las consideraciones siguientes: 1.ª Que la escritura de «previa adjudicación herencial» presentada no es el título en que fundan inmediatamente su derecho sucesorio los otorgantes; éste no es otro que la declaración judicial dictada abintestato. Es claro, pues, que la escritura de adjudicación por el mero hecho de su otorgamiento (art. 1.218 CC) ni suple al título ni se antepone a él, pues su objeto legal es determinar los bienes y adjudicaciones concretas a cada heredero o partícipe, como expresa el párrafo 2.º del citado artículo 14. 2.ª El

Registrador exigió además la presentación de los certificados de defunción y últimas voluntades del causante, porque son documentos complementarios cuya no presentación o relación suficiente con el título impide la inscripción, conforme al artículo 78 del Reglamento Hipotecario; y en este caso ni siquiera se mencionaban en el inserto. 3.ª Por otra parte, en el caso presente, tampoco se cumplieron esas otras formalidades necesarias para que el título presentado al Registro sea plenamente fehaciente o inscribible. Así pues, la doctrina hipotecaria señala que el testamento o la declaración de herederos abintestato o el contrato sucesorio son el título de sucesión hereditaria a efectos registrales y nunca el documento complementario. Con todo, y admitida la práctica del testimonio por exhibición, éste ha de ser expedido en legal forma. Que refiriéndose brevemente a la calificación registral establecida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, precepto corroborado por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario en materia de documentos judiciales sometidos a calificación. Al aplicarse tales preceptos al caso debatido y en base al escueto «inserto», el Registrador no puede juzgar si el testimonio judicial fue expedido en legal forma o si el auto coexiste con un testamento que nombra legatario de cosa específica, etc. 4.ª En el específico campo de la reglamentación notarial, el recurso se basa en una pretendida diferenciación sustancial entre el «inserto» y las copias y testimonios con objeto de negar que a los insertos les sean aplicables las prevenciones reglamentarias que afectan a los demás instrumentos. Tal argumentación no es convincente por las siguientes razones: 1.ª Las que derivan de la Resolución de 7 de junio de 1944 y del artículo 251 del Reglamento Notarial. 2.ª Porque no hay verdadera contraposición a efectos autenticadores entre el inserto y el testimonio (véanse arts. 166 y 237 RN y Resoluciones de 26 de noviembre de 1971, 27 de febrero de 1982 y 19 de noviembre de 1985, entre otras). 3.ª Que aparte de lo que se desprende del artículo 251 del Reglamento Notarial, lo que es indudable es que el «inserto» se refiere siempre a documentos (arts. 166, 237 y 251 RN) otorgados o autorizados en distinto momento a la escritura a la que se insertan o unen, incluso a documento que no obra en el mismo protocolo y ni siquiera es notarial, sino judicial. En el caso que se estudia no se cumplió la prevención reglamentaria establecida para cuando la inserción es parcial, careciendo, pues, de fehaciencia el inserto tal como se realizó. Que la alegación del recurrente de que los artículos citados no son aplicables a los autos de declaración de herederos carece de base legal y supone un radical trastocamiento de la cuestión debatida. II. Que en lo que se refiere al segundo defecto, examinando la argumentación del recurrente, cabe distinguir: 1.º Que sí había razón para el nombramiento del defensor judicial y es de suponer que el señor Juez la haya tenido en cuenta al acceder a la petición de la promovente al citar como fundamento legal del auto los artículos 163 y 299 del Código Civil. Que hay que remitirse a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 2.100 y 2.030, que por separado regulan un acto de jurisdicción voluntaria respecto de la enajenación de bienes de menores y por otro un verdadero juicio, el de abintestato. 2.º Que no hay intereses paralelos entre madre e hijos y el supuesto se encuadra en el actual artículo 163 del Código Civil reformado; y que como ya afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1969, respecto del anterior artículo 165 (de contenido idéntico) tiene carácter rigurosamente imperativo. Que interesa destacar que un supuesto exactamente igual es el resuelto por la Resolución de 25 de enero de 1928. Que en definitiva, no hay que olvidar que no siendo todos los herederos mayores de edad y capaces, han

de cumplirse otros preceptos del mismo cuerpo legal, como el 163 ó 106 y 1.061. Que hay que añadir los siguientes razonamientos: *a)* Que el artículo 163 actúa por vía preventiva y no sancionadora. Así pues, si falta el requisito de la intervención del defensor que afecta a las legitimaciones no puede practicarse la inscripción aunque se alegue o demuestre *a posteriori* que el negocio resulta ser económicamente perfecto y equilibrado; *b)* Que reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección General ha establecido la existencia de oposición de intereses entre el viudo y sus hijos menores en casos como el que se estudia. III. Que con relación al tercer defecto de la nota de calificación el recurrente afirma que es equívoca y superflua la frase en cuestión, agregada sin sentido a la adjudicación. En consecuencia el defecto se acepta por el recurrente.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del señor Registrador, fundándose en que la finalidad del auto judicialmente firme no es complementaria del llamamiento legal, sino más bien constitutiva de la condición de heredero y en que al constituir la previa adjudicación herencial el anticipo de una operación de la partición de la herencia, como es la adjudicación, aquélla ha de entenderse como uno de los actos en que necesariamente tiene que intervenir el defensor judicial.

VI. El Notario recurrente, a efectos doctrinales, apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: El auto judicial no es constitutivo de la condición de herederos, los herederos intestados los determina la Ley. El auto presidencial se pronuncia dubitativamente y no considera ninguno de los artículos invocados por el Notario autorizante, como fundamento de que la fe pública notarial cubre al inserto del testimonio del auto en el cuerpo de la escritura que obliga al Registrador a reconocerla. Que el inserto fue total y, por tanto, la inclusión de la cláusula discutida no tiene sentido. Que para este caso es innecesario el nombramiento del defensor judicial, como dice la Sentencia de 17 de junio de 1903, en un caso análogo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 162, 163, 839, 1.217 y 1.218 del Código Civil; 3, 14 y 18 de la Ley Hipotecaria; 33, 51, 76 y 78 del Reglamento Hipotecario; 162, 237 y 251 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de marzo de 1994 y 6 de marzo de 1995.

1. Como no ha sido combatido el tercero de los defectos expuestos por el Registrador en su nota de calificación, este recurso, interpuesto a efectos doctrinales por el Notario autorizante, ha de limitarse al examen de los dos primeros defectos de esta nota. La cuestión gira en torno a la inscripción en una escritura denominada de «previa adjudicación herencial», por la cual la viuda y única compareciente, actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, adjudica una finca ganancial procedente de la herencia intestada de su marido en la proporción de una mitad indivisa en propiedad a ella misma en concepto de imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, adjudicando la otra mitad indivisa de la finca a ella y a los dos hijos en usufructo y en propiedad en la misma proporción que corresponde a una y otros en la herencia del causante.

2. El primero de los defectos observados por el Registrador consiste en no haberse acompañado el auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado pero no testimoniado en la escritura, ni tampoco los

certificados de defunción y últimas voluntades de aquél. Es claro que este segundo extremo de la nota no puede ser confirmado, porque la presentación de esos documentos complementarios sólo es exigida por el artículo 76 del Reglamento Hipotecario cuando se trata de herencia testada (cfr. su párrafo primero), mientras que para la inscripción en bienes por herencia intestada basta con consignar los particulares de la declaración judicial —hoy, en su caso, notarial— de herederos (cfr. párrafo segundo). La diferencia de régimen es perfectamente explicable a la vista de que la declaración de herederos abintestato presupone forzosamente que al órgano competente se habrán aportado esos certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

3. Consiguientemente, la cuestión se reduce a determinar si de los términos de la escritura puede deducirse que quedan debidamente acreditados los particulares de la declaración de herederos, que habrán de ser calificados por el Registrador, y, en su caso, reflejados en la inscripción. En el exponendo I de la escritura calificada la otorgante afirma que el causante falleció en Oviedo el 23 de mayo de 1985 en estado de casado con la compareciente de cuyo matrimonio deja dos hijos, sin haber otorgado testamento, siendo sus herederos abintestato sus citados hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su cónyuge, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985; y a continuación el Notario autorizante añade: «lo que me acredita con un testimonio del auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado —se señala su nombre y apellidos— el 7 de octubre de 1985».

4. La actuación del Notario al recoger en la escritura los particulares significativos de la declaración judicial de herederos se ha ajustado a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición de documentos que tiene a la vista. No se trata, pues, de un testimonio literal parcial, que exigiría añadir —lo mismo que ocurre en los poderes (cfr. art. 166 RN)— la indicación de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inscrito, porque no se trata de una inserción, sino de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

5. El segundo de los defectos de la nota de calificación hace referencia a que no ha comparecido en la escritura el defensor judicial de los menores, ya nombrado cuando se autoriza aquélla. Es decir, se estima que en la adjudicación hereditaria efectuada existen intereses opuestos entre la viuda y los hijos, de modo que cesa la representación legal de la primera (cfr. art. 162 CC) y los hijos menores han de estar representados por el defensor judicial (art. 163 CC). Determinar caso por caso si en una partición de herencia los intereses del cónyuge superviviente y los hijos menores son contrapuestos o paralelos es una tarea difícil y que ha dado lugar, como es sabido, a dudas doctrinales y jurisprudenciales.

Cuando la partición se efectúa sobre un único bien hereditario que se adjudica en porciones indivisas coincidentes con las cuotas hereditarias correspondientes a cada partícipe, puede entenderse que se trata de una operación sin trascendencia económica y que los eventuales perjuicios para los hijos son futuros e hipotéticos, porque sólo pueden aparecer si durante la minoría

de edad de los hijos se procede a la división material o a la disolución de la comunidad romana formada. Los intereses del cónyuge viudo y de sus hijos menores son paralelos, de suerte que es innecesaria la intervención del defensor judicial. Así lo han entendido, para los asuntos específicos en ellos examinados, las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de enero de 1987 y de 10 de enero de 1994.

6. Ahora bien, el caso actual viene singularizado por dos circunstancias que se examinan a continuación y que obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial.

7. La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. arts. 1.401.1.º y 1.407 CC entonces vigente). Consiguientemente, la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos respecto de: a) los bienes que integran la sociedad de ganancias y los que por ser privativos del causante han pasado al caudal hereditario; b) qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos.

8. La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada de la escritura debatida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación la adjudicación total en pleno dominio de todos los bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejuzgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificulta que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda a conmutar el usufructo viudal en las formas previstas por el artículo 839 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto, confirmar el segundo defecto de la nota de calificación.

Madrid, 3 de abril de 1995.—El Director General, *Julio Burdiel Hernández*.
Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Comentario.—En esta resolución se abordan dos problemas independientes aunque relacionados entre sí:

1) La existencia de conflicto de intereses en una partición entre la viuda y sus hijos menores, tema en cuyo estudio no vamos a entrar.

2) Si para la inscripción en el Registro de una partición hereditaria es necesaria la presentación, examen y calificación registral del título de sucesión (en el caso examinado se trataba de una declaración judicial de herederos abintestato) o si basta con que el Notario relacione en la escritura de partición los particulares del título de sucesión básicos, a su juicio, para la calificación e inscripción, o dicho de otra manera, si para la inscripción de una partición hereditaria no sólo no es preciso acompañar, o al menos testimoniar íntegramente el título de sucesión contra la regla general en materia de calificación e inscripción en el caso de títulos inscribibles, sino que es suficiente a efectos de calificación e inscripción, insisto, testimoniar en relación el contenido del título que el Notario considere básico para la calificación e inscripción, dando fe de que le ha sido exhibido. Criterio este último que adopta en la resolución de la Dirección General, en cuyo comentario vamos a entrar.

Tengo que decir que la lectura de esta resolución, por lo que respecta al tema de estudio planteado, causa sorpresa y preocupación: sorpresa porque contradice la práctica habitual en esta materia, y preocupación porque sus pronunciamientos, a mi juicio, limitan el significado y alcance que la propia Ley Hipotecaria atribuye a la calificación registral y porque ha introducido confusión en un tema donde la claridad no sólo es aconsejable, sino que es imprescindible.

No podemos olvidar que la calificación registral integra el llamado principio hipotecario de legalidad, que es un principio fundamental del sistema y básico para que funcionen todos los demás.

Los importantes efectos de legitimación y fe pública que despliega la inscripción (arts. 1, 38 y 34 LH) exigen, y así lo ha reconocido la Ley, un previo control de legalidad del documento inscribible. Este control de legalidad la Ley lo ha encargado al Registrador y, en su caso, a los órganos de recurso para el supuesto concreto. Para que el Registrador pueda ejercer la función calificadora, facultad legal y deber del que no puede eximirle la existencia previa de otras calificaciones, es imprescindible la presentación y examen del documento inscribible, regla básica recogida en numerosos preceptos de la Ley Hipotecaria (art. 18: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, *por lo que resulte de ellas* y de los asientos del Registro»; art. 9.8: «La firma del Registrador implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado»; art. 33 RH y otros preceptos relativos a los efectos de la calificación y faltas subsanables e insubsanables, etc.)

Es precisamente a la luz de estos principios como hay que enfocar el comentario de la Resolución de 3 de abril de 1995.

El resumen de los hechos que motivaron la resolución en lo que se refiere al tema que estudiamos es el siguiente:

Se presenta en el Registro de la Propiedad escritura pública de adjudicación de herencia en la que comparece la viuda en su nombre y en representación de sus hijos menores sujetos a su patria potestad. En el exponiendo I de

la escritura la viuda manifiesta que su esposo falleció en estado de casado con la compareciente, de cuyo matrimonio deja dos hijos, sin haber otorgado testamento, siendo sus herederos abintestato sus citados dos hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su cónyuge, todo ello en virtud del auto dictado el día ... por el Juzgado ... A continuación añade el Notario: «Lo que me acredita con un testimonio del auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado don ... el día ...»

Es decir, el Notario asevera que la manifestación hecha por la compareciente de quién son los herederos del causante queda acreditada por el testimonio judicial del auto de declaración de herederos que se le exhibe.

No hay duda, por tanto, de que la fe pública del Notario alcanza a que la compareciente ha hecho esa manifestación y a que se le ha exhibido testimonio del auto judicial y a que en dicho auto se contiene, al menos, esa declaración de herederos que manifiesta la compareciente.

Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad competente, el Registrador extendió respecto de éste extremo la siguiente nota de calificación: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no acompañarse el testimonio del auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, *relacionado* pero no testimoniado en la escritura presentada».

Efectivamente, no se puede decir que se haya insertado o transcrito literalmente el testimonio del auto como sostiene el Notario en su informe. Ni siquiera se ha expedido un testimonio parcial, ya que no se contiene la prevención reglamentaria de que «en lo omitido no hay nada que modifique...» respecto del que ya adelanto que, a mi juicio, tampoco sería suficiente. Se está en definitiva ante un testimonio en relación como apunta el Registrador y reconoce la propia Dirección General que, desde luego, tiene la consideración de documento público, pero que, como señala el Registrador en su informe, no es suficiente para que pueda ejercer la función calificadora de modo completo, teniendo en cuenta que el título de sucesión a efectos registrales es título inscribible y no documento complementario.

Todos conocemos el fundamental artículo 14 de la Ley Hipotecaria, al que curiosamente no alude la Dirección General en la resolución del recurso: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro (y a todos los efectos, debería decir) es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración judicial de herederos abintestato (incluyamos también hoy el acta notarial de declaración de herederos abintestato si los herederos son descendientes, ascendientes o cónyuges).

Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que se adjudiquen a cada titular o heredero».

La doctrina es unánime, y lo ha sido siempre, en señalar que para la inscripción de la partición hereditaria se requiere la presentación de dos documentos:

1) El documento fundamental, que es el testamento, el auto judicial o acta notarial de notoriedad de declaración de herederos abintestato o el contrato sucesorio, según la clase de sucesión de que se trate.

2) El título particional, que lo constituirá la escritura de partición o la escritura de protocolización y aprobación de las operaciones particionales correspondientes.

No cabe la menor duda, y, como es lógico, en este caso ni el Registrador ni el Notario lo defienden, de que la escritura particional no es inscribible por sí sola porque ella sólo acredita el hecho de haber cesado la indivisión hereditaria, siendo necesario aportar, además, el título adquisitivo en que los interesados fundan su derecho, es decir, es testamento o la declaración judicial o notarial de herederos abintestato.

Recordemos en este sentido que según el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, al que tampoco se alude en la resolución del recurso: «Título *a efectos de la inscripción* es el documento o documentos públicos en que funde *inmediatamente* su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción y que hagan fe en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite».

Pues bien, como la calificación ha de ser total para producir los efectos del sistema, han de presentarse los dos títulos.

Vamos a estudiar brevemente cuál ha sido la posición hasta ahora de la Dirección General en esta materia. Ya en el año 1863, recién iniciada la actividad en los Registros, concretamente el 28 de octubre se dictó la primera resolución relativa al tema.

En todos los casos resueltos por la Dirección General el problema que se planteaba a Registradores y Notarios siempre era el mismo: si para inscribir la partición era preciso acompañar, a efectos de la calificación registral, la copia autorizada del testamento o el testimonio de la declaración judicial de herederos, o si era suficiente con que el contenido de estos títulos se incorporara a la escritura de partición bajo la fe del Notario mediante testimonio por exhibición del documento o por traslado de la matriz o, incluso, si bastaba con que el Notario simplemente relacionara en la escritura el contenido del título de la sucesión dando fe de que le había sido exhibido.

En numerosas resoluciones de las dictadas el Notario se queja al comenzar su informe de que la calificación del Registrador desconoce el valor de la fe pública notarial y el Registrador en el suyo pone de manifiesto cómo en aplicación del principio de legalidad y en ejercicio de su función calificadora ha de pronunciarse sobre la validez de los actos dispositivos contenidos en los títulos presentados por lo que resulte de ellos y en los demás asientos del Registro por lo que necesita tener el título a la vista o al menos conocer la literalidad de su contenido.

Así las Resoluciones de 1863 y 1867 aplicando la regla general de necesidad de presentar el título objeto de inscripción para su calificación declararon terminantemente la necesidad de presentar la copia autorizada del testamento o el testimonio del auto judicial de declaración de herederos.

El 5 de septiembre de 1867 se dictó una Real Orden que establecía la necesidad, bien de acompañar el título de la sucesión, bien de insertarlo bajo la fe del Notario en la escritura de partición.

Resoluciones posteriores como la de 18 de julio de 1893, 11 de febrero de 1896, 11 de septiembre de 1900 y 30 de diciembre de 1912 interpretaron la Real Orden citada en el sentido de que la inserción del testamento en la escritura de partición, única alternativa a la presentación de primera copia del mismo, era admisible si el testamento estaba otorgado ante el mismo Notario autorizante de la escritura de partición, o si estando el testamento autorizado por otro Notario la copia del testamento había quedado incorporada a la matriz del Notario autorizante de la escritura de partición.

El testimonio por exhibición no era, sin embargo, suficiente por no ser título inscribible y porque el testamento es documento esencial para inscribir la partición y no un documento complementario.

Resoluciones posteriores de 7 de junio de 1944 y 13 de noviembre del mismo año siguen debatiendo sobre la admisión o no del testimonio notarial por exhibición del testamento o del auto judicial a los efectos de inscripción de la partición.

La Resolución de 15 de enero de 1960 es la última hasta la que comentamos que aborda directamente este tema. En ella, la Dirección General señala que a efectos de la inscripción de la partición, junto con el documento particional hay que presentar:

- Primera copia autorizada del testamento.
- Testimonio notarial por exhibición del título sucesorio. No resuelve con claridad si procede el testimonio parcial con la prevención de que «en lo omitido...» testimonio parcial que insisto y como ahora veremos, a mi juicio tampoco es suficiente a efectos de la calificación e inscripción.
- Traslado directo del contenido del testamento desde la matriz del Notario autorizante.
- Sin embargo, no es suficiente, sigue diciendo la Dirección General, a efectos de la inscripción relacionar sucintamente en la escritura las cláusulas del testamento porque estamos ante un título fundamental para la inscripción y no meramente complementario.

En conclusión, la doctrina que se desprende de las resoluciones dictadas por la Dirección General se puede resumir de la forma siguiente. Para la calificación e inscripción de la partición hereditaria es necesario aportar el título sucesorio o bien, al menos y excepcionalmente, que el Registrador conozca bajo fe del Notario la literalidad de su contenido. De este modo podrá ejercer en toda su extensión la función de calificación que le atribuye la Ley.

Dicho esto, volvamos a la Resolución de 3 de abril de 1955 que nos ocupa. Recordamos que en ella la viuda manifiesta que en el auto dictado han sido declarados herederos sus hijos con reserva de la cuota usufructuaria a su favor y que el Notario añade que esto queda acreditado con la exhibición del testimonio del auto judicial.

El Registrador, por considerar que no ha sido aportado suficientemente el título de la sucesión, sino que sólo está relacionado, suspende la inscripción porque no puede ejercer la preceptiva calificación del título.

El Notario recurre a efectos doctrinales contra la calificación, citando exclusivamente preceptos de la legislación notarial y los artículos 1.217 y 1.218 del Código Civil, sin aludir para nada al artículo 14 ni a otros preceptos de la legislación hipotecaria. Basa el recurso en defender que lo que ha hecho es insertar en la escritura de partición el testimonio judicial de declaración de herederos abintestato. Añade que el inserto es total, como no puede ser de otra manera, dice, tratándose de auto de declaración de herederos que lo que hace es concretar un llamamiento legal, cuestión esta última más que discutible como ahora veremos.

Si nos fijamos en los argumentos del Notario, éste defiende el recurso admitiendo la regla general que exige la presentación del título o en este supuesto el testimonio literal de su contenido. Insiste, en definitiva, que ha insertado totalmente el auto judicial.

El problema es que, a juicio del Registrador, el Notario no ha insertado literalmente el testimonio del auto judicial. Si lo hubiera hecho, el Registrador, con toda seguridad, no hubiera suspendido la inscripción. A juicio del Registrador, confirmado por la Dirección General, el Notario se ha limitado a relacionar en la escritura de partición determinadas particularidades del título de sucesión y este insuficiente «inserto» (como lo llama el Notario) le impide el ejercicio de su función calificadora. El Registrador, por supuesto, no niega el carácter de documento público del testimonio en relación ni los efectos que como tal produce, ni mucho menos desconoce el alcance de la fe pública del Notario, sino que, conforme a los artículos 14, 9.8 y 18 de la Ley Hipotecaria, y 33 del Reglamento Hipotecario y otros preceptos, pone de manifiesto en su informe que no puede calificar de modo completo el título sucesorio, puesto que no se le acompaña ni se le testimonia literalmente su contenido.

Sorprendentemente, la Dirección General quita la razón al Notario (no existe en el caso concreto inserto total, ni siquiera testimonio parcial), pero tampoco resuelve a favor del Registrador. La Dirección General dice literalmente:

— «La actuación del Notario se ajusta a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial que le faculta para expedir en relación testimonios de documentos que tiene a la vista.»

— No se trata de un testimonio notarial parcial que exigiría la indicación de que «en lo omitido no hay nada...»

No se trata de una inserción total como dice el Notario, ni parcial como ya ha dicho la propia Dirección General, sino se trata (y lo digo literalmente) «de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los que quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria».

¿Qué quiere decir con esta declaración la Dirección General? A mi juicio y en resumen lo siguiente: el testimonio notarial en relación de un documento exhibido que relacione particulares del documento que el Notario considere básicos para la calificación suple al título sucesorio que se ha de entender suficientemente aportado a efectos de calificación e inscripción. La pregunta es ¿qué es lo que en este caso califica el Registrador, no olvidemos que bajo su responsabilidad, en cumplimiento del artículo 18 de la Ley Hipotecaria? Desde luego, no califica el documento sujeto a inscripción que, como exige este precepto, ha de tener a la vista o al menos con su total contenido, sino que califica lo extractado de él por el Notario sin que el Registrador pueda estar seguro de que en lo relacionado haya interpretaciones u omisiones trascendentes para la calificación de la invalidez de los derechos que pretenden ser inscritos. Insisto en afirmar esto no es desconocer el alcance de la fe pública del Notario ni los efectos que produce. El Notario y el Registrador actúan en dos planos distintos aunque relacionados. El Notario, como han puesto de manifiesto ilustres hipotecaristas, actúa en el campo de la forma que produce efectos de prueba del negocio jurídico. El Registrador actúa en el campo de la publicidad que produce efectos de prueba del negocio jurídico, de titularidad del Derecho y legitima para actuar en el tráfico.

El control de legalidad atribuido al Registrador tiene su fundamento en los fuertes efectos de legitimación y fe pública que despliega la inscripción.

No se soluciona el problema ni, a mi juicio, se consigue la finalidad perseguida de seguridad del tráfico diciendo, como dice el Notario en el informe del recurso, que si al «insertar o testimoniar el auto de declaración de herederos incurre en error, comete falsedad civil y si conscientemente altera la verdad incurre en falsedad penal, y en ambos casos indemnizará los daños y perjuicios». Lo mismo le sucede al Registrador al practicar la inscripción. Pero es que no sólo es cuestión de asumir responsabilidades, sino que lo que la Ley pretende, dados los fuertes efectos que produce la inscripción, es que sólo ingresen en el Registro los actos dispositivos válidos, realizados por personas capaces y ajustados a la forma prevista en la Ley, y para ello atribuye al Registrador la facultad-deber de la calificación de los documentos inscribibles que ha de tener a la vista y en el caso especial del título sucesorio por lo menos con la literalidad de su contenido. Insisto en que estamos hablando de un título esencial para la inscripción y no de un documento complementario. Llegados a este punto, tengo que decir con claridad que, a mi juicio, igual que el testimonio en relación no suple al título sucesorio a efectos de calificación e inscripción, tampoco lo suple el testimonio parcial por exhibición que contenga la prevención reglamentaria de que «en lo omitido...», por los mismos motivos expuestos. Estamos ante un título esencial para la inscripción y no ante un documento complementario y la calificación se ha de extender a la totalidad de su contenido.

El testimonio en relación y el testimonio parcial por exhibición cumple la exigencia del artículo 3 de la Ley Hipotecaria porque es documento público, pero reitero que no cumple las exigencias del artículo 18 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario.

Lo más preocupante de la resolución que estudiamos es que la Dirección General no limite sus pronunciamientos al caso concreto, sino que generaliza en exceso. Esto nos obliga a preguntarnos: ¿en caso de sucesión testada sería también correcta la actuación del Notario conforme al artículo 251 del Reglamento Notarial si relacionara los particulares del testamento precisamente los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad? Recordemos la gran cantidad de resoluciones que hay en las que el problema planteado tiene su causa en una diferente interpretación o enfoque de las cláusulas testamentarias por el Notario y Registrador.

Pero es que aunque la Dirección General hubiera limitado sus pronunciamientos al supuesto concreto de sucesión intestada la doctrina sería igualmente criticable por los siguientes motivos:

— Carece de base legal sostener que el auto judicial (o el acta notarial) de declaración de herederos tiene la consideración de documento complementario ya que el llamamiento de la sucesión intestada lo hace la Ley. Es cierto que la Ley llama genéricamente, a falta de voluntad expresa del causante, a determinados grupos de parientes, pero la determinación de unos herederos concretos de exclusión de otros la realiza el auto judicial y, en su caso, el acta de notoriedad. Nombrados unos determinados herederos en el auto, en caso de error del Juez o desacuerdo, ni el Registrador ni el Notario pueden aplicar directamente la Ley. Ha de procederse a la rectificación del auto.

— Carece también de fundamento sostener que por tratarse de un auto judicial la calificación del Registrador está más limitada. El auto judicial, en este caso, es un acto de jurisdicción voluntaria. La propia Ley de 30 de abril

de 1992 en su Exposición de Motivos califica a las declaraciones de herederos como «tareas no jurisdiccionales».

La calificación del contenido de la declaración judicial de herederos aunque parezca innecesaria es imprescindible, ya que junto a la propia declaración pueden existir otras circunstancias o pronunciamientos que influyan en la calificación de la partición inscribible: renunciaciones, derechos de transmisión, problemas de Derecho transitorio en cuanto al orden de llamamientos, existencia de testamento compatible con la sucesión intestada porque sólo contenga el nombramiento de legatarios, etc. Un reciente auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid de 4 de mayo pasado confirma que es ajustada a Derecho y conforme al principio de legalidad la calificación de auto judicial de declaración de herederos por el Registrador.

La Resolución de 3 de abril de 1995 contradice, además, la doctrina de otra reciente Resolución de 29 de agosto de 1993. En ella, la Dirección General hace hincapié en que en la inscripción de las operaciones hereditarias el testamento junto con la escritura peticional constituyen el título formal y material de la inscripción, por lo que es necesario insertar en la escritura el testamento o acompañarlo a la misma.

La doctrina de la Dirección General obliga sólo al Registrador afectado. Es de esperar que si el supuesto es objeto de nuevo recurso la Dirección General tenga también en cuenta en su resolución los principios de la Ley Hipotecaria.

No debemos olvidar que la titulación pública y el control de legalidad son dos pilares fundamentales de nuestro sistema inmobiliario y han de darse conjuntamente y en toda su extensión para que la seguridad del tráfico no se resienta.

CARMEN DE GRADO SANZ

CABE PRACTICAR LA PRORROGA DE UNA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO CUANDO EL MANDAMIENTO SE PRESENTA EN EL REGISTRO EL MISMO DIA EN QUE SE CUMPLEN LOS CUATRO AÑOS DE SU VIGENCIA (ART. 86 L.H.), YA QUE ESE DIA HA DE TRANSCURRIR POR COMPLETO, CONFORME AL COMPUTO DE PLAZOS QUE SEÑALA EL ARTICULO 5.1 DEL CODIGO CIVIL. (RESOLUCIÓN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1994. BOE DE 20 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—I. El día 24 de octubre de 1988, en cumplimiento de exhorto del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alicante, dimanante de autos del juicio de menor cuantía número 401/88, a instancia de la Caja de Ahorros del Mediterráneo contra don José Cardenal Pacheco, el Juez de Primera Instancia de Yecla libró mandamiento ordenando al Registrador de dicha ciudad la anotación preventiva de embargo sobre determinadas fincas, y en virtud de providencia de la misma fecha se practicaron las anotaciones ordenadas con fecha 1 de diciembre de 1988.

El día 1 de diciembre de 1992 se presentó en el Registro de la Propiedad de Yecla mandamiento del Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante (en el que se tramita el procedimiento) ordenando la prórroga de las anotaciones de embargo citadas.

II. El citado mandamiento judicial ordenando la prórroga de las anotaciones de embargo fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la prórroga a que el precedente mandamiento se refiere por encontrarse incursas en caducidad las anotaciones preventivas de embargo a la fecha de la presentación del