



Roj: **SAP AV 66/2017 - ECLI: ES:APAV:2017:66**

Id Cendoj: **05019370012017100066**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **16/02/2017**

Nº de Recurso: **18/2017**

Nº de Resolución: **40/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00040/2017

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado
EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A N Ú M: 40/2017

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

PRESIDENTE

DON JAVIER GARCÍA ENCINAR

MAGISTRADOS

DON JESÚS GARCÍA GARCÍA

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

En la ciudad de Ávila, a 16 de Febrero de 2017.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de JUICIO VERBAL Nº 13/2016, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE ÁVILA, RECURSO DE APELACIÓN Nº 18/2017, entre partes, de una como recurrente D^a. Carmen , representada por la Procuradora D^a. ESTHER ARAUJO HERRANZ, dirigida por la Letrada D^a. CRISTINA MANUELA CASTAÑÓN FARIÑAS, y de otra como recurrido D. Narciso , representado por la Procuradora D^a. MARÍA PILAR PALACIOS MARTÍN y dirigido por el Letrado D. VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ.

Actúa como Ponente, el Ilmo. Sr. DON JESÚS GARCÍA GARCÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE ÁVILA, se dictó sentencia de fecha 11 de Octubre de 2016 , cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Se desestima íntegramente la demanda interpuesta quedando el demandado libre de todos los pedimentos de la demandante".

Posteriormente se dictó auto aclaratorio de la Sentencia de fecha 26 de Octubre de 2016, cuya parte dispositiva dice: "ACUERDO: Aclarar la sentencia dictada en el proceso de fecha 11 de octubre de 2016 indicando que proceso determinar en la parte dispositiva de esta que "se condena en costas a la actora"



SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Recurre en apelación la Sentencia desestimatoria de instancia la defensa de la Notaria de Arenas de San Pedro doña Carmen quien pide su revocación, y en particular, que se deje sin efecto el primero de los defectos contenidos en la nota de calificación negativa de fecha 3 de Noviembre de 2015 efectuada por el Sr. Registrador de la Propiedad de Arenas de San Pedro D. Narciso , respecto a la escritura de manifestación de **herencia** y adjudicación autorizada por la Sra. Notaria recurrente en fecha 15 de Junio de 2015, con el nº 924 de su Protocolo, declarando la misma contraria a derecho.

Concretamente el defecto impeditivo impugnado, de la inscripción solicitada respecto a la indicada escritura dice así: "1. No se acredita en la titulación presentada a inscripción que los legitimarios desheredados en **testamento** doña Marisa y D. Luis María , NO TENGAN A SU VEZ OTROS HIJOS O DESCENDIENTES, pues en caso de existir, éstos ostentarían la condición legal de legitimarios del causante-desheredante por aplicación de lo dispuesto en el art. 857 del Código Civil , con lo que sería necesaria su intervención en la formalización de las operaciones particionales de la **herencia** de D. Adrian ".

Antes de resolver la cuestión planteada, conviene estudiar y comprender lo escriturado en la escritura de manifestación y adjudicación de **herencia** autorizada por la Sra. Notario en fecha 15 de Julio de 2015, lo que la Sentencia recurrida no realiza.

En dicha escritura se analiza la situación jurídica que se produjo por el fallecimiento del causante D. Adrian , lo que tuvo lugar el 18 de Marzo de 2015, en estado de viudo, ya que le había premuerto su única esposa doña María Teresa , lo que sucedió el 22 de Enero de 2014.

En efecto, ambos causantes tuvieron cuatro hijos: Celia , Marisa , Luis María y Germán .

Doña Celia había fallecido dejando dos hijos llamados Macarena y Pilar (en otros lugares se indica que sus apellidos deben ser Alicia Carolina).

También el hijo de los causantes D. Germán había fallecido, estando separado y sin descendencia.

Ante esta situación apareció que doña María Teresa había otorgado **testamento** abierto, y, por lo que a este procedimiento importa, instituyó herederos a sus dos hijos D^a. Marisa y D. Luis María y a sus dos nietas: Alicia y Carolina o Alicia Carolina , hijas de la premuerta hija doña Celia .

D^a. Alicia , a su vez tiene una hija llamada Delia . Y Carolina aparece casada con D. Cosme , pero no tienen hijos.

Por su parte, el auténtico causante en este asunto D. Adrian , que falleció en estado de viudo, en fecha 18 de Marzo de 2015, se dice que otorgó **testamento** abierto, el 30 de Marzo de 2015 (según la escritura) (vid folio 30): Claramente tiene que existir un error no detectado en la lectura de la escritura, pues si el causante falleció el 18 de Marzo de 2015, obviamente no pudo haber otorgado **testamento** después de muerto el 30 de Marzo de 2015.

Debiéndose salvar ese error material, ordenó en su última voluntad, en los términos siguientes: "Deshereda a sus dos hijos Marisa y Luis María , y a los hijos de éstos si existieran, y a sus dos nietos Macarena y Pilar , hijos de sus hija fallecida D^a. Celia conforme a lo dispuesto en el art. 853 párrafos 1 y 2 del Código Civil" Expresa las causas que le llevan a desheredar a sus hijos y nietos, y añade: "Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, nombra única y universal heredera a doña Valentina".

Así las cosas, corresponde al Juzgador resolver la cuestión controvertida de si la calificación que realizó el Sr. Registrador de la Propiedad está ajustada a derecho.

SEGUNDO.- El art. 18 de la Ley Hipotecaria establece que 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 ellos y de los asientos del Registro.



Obviamos lo que dispone después el artículo citado sobre los plazos que señala, a la hora de tratar de inscribir el documento, y nos centramos en las partes de la escritura que el Sr. Registrador debe valorar:

- a) Las formas extrínsecas, es decir, si formalmente se adaptan a la Ley.
- b) La capacidad de los otorgantes, y no tanto el juicio de suficiencia de las capacidades representativas, caso de haber representados (lo que es competencia de la otra parte del control jurídico del Notario), como el hecho de velar extrínsecamente, por qué dicho juicio se ha efectuado con arreglo a lo que determina, en este caso, el Reglamento Notarial.
- c) La validez de los actos dispositivos contenidos en el documento, tomando en cuenta el principio del tracto sucesivo, lo que implica que, dichos actos deben ser congruentes con el contenido del Registro.

El art. 19 de la Ley Hipotecaria prevé que cuando el Registrador notase alguna falta en el título conforme al artículo anterior, la manifestación a los que pretendan la inscripción, para que, si quieren recojan el documento y subsanen la falta durante la vigencia del asiento de presentación. Si lo recogen y no subsanan la falta a satisfacción del Registrador, se volverá el documento para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes.

Todo ello supone o indica que la advertencia verbal de un defecto NO supone una calificación, ni por tanto prorroga la vigencia del asiento de presentación.

La Calificación registral *negativa* de un documento (la positiva es la inscripción) puede ser:

- Suspensión por defectos subsanables.
- Denegación por defectos insubsanables.

Así lo regula el art. 65 de la Ley Hipotecaria .

Pues bien, centrándonos en el caso estudiado el Sr. Registrador de la Propiedad de Arenas de San Pedro calificó negativamente la posibilidad de inscripción, en fecha 3 de Noviembre de 2015, porque no se acredita en la titulación presentada a inscripción, que los legitimarios desheredados en **testamento**, D^a. Marisa y D. Luis María , no tengan a su vez otros hijos o descendientes, pues en caso de existir éstos, ostentarían condición legal de legitimarios del causante-desheredante, siendo necesaria su intervención.

Y, dicha observación se ajusta a la ley, pues el artículo 857 del Código Civil en principio prevé que los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima.

Ahora bien, dicha observación excede de las facultades del Registrador de la Propiedad al calificar un documento, pues el Notario, en la escritura, solo puede dar fe de lo que se le indicó y no de lo que no se le manifestó y menos al tratarse de un hecho imposible de probar en el momento del otorgamiento de la escritura.

Es bien significativa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de Septiembre de 2010 cuando establece: "Dada la dificultad, y a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos a efectos registrales, NO puede exigirse una prueba de tal naturaleza; ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombradas legatarias en un **testamento**, acrediten para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos, si el heredero o los herederos reunían ese carácter, por cuya razón no se han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa".

No se analiza, por no ser controvertido, si la causa de desheredación alegada por el causante D. Adrian se ajusta a Derecho, ya que esa no es discutida en este procedimiento, (tal y como pretende, incluir, la parte apelante) (pendente appellatione nihil inoovetur).

Lo cierto y real es que los herederos de Doña María Teresa , Marisa y Luis María , estuvieron presentes en el mismo momento de la firma de la escritura de adjudicación de **herencia**, y no pusieron ninguna objeción ni alegación u obstáculo alguno al modo en que quedaron adjudicados los bienes hereditarios.

Por ello, si existieran hijos o descendientes de D^a. Marisa y D. Luis María , conservarían sus derechos legitimarios en la **herencia** del causante-desheredante D. Benedicto , dado que la cláusula que establece la desheredación de los hijos de los hijos, si existieran, no puede reputarse válida, incluso declarando el propio testador que desconocía que existieran nietos de sus hijos desheredados.

Por todo ello, el recurso de apelación se estima, y se revoca la Sentencia recurrida.



TERCERO.- Las costas causadas en esta alzada no se imponen a las partes al revocarse la Sentencia recurrida, por aplicación de lo que dispone el art. 398 de la LEC .

Tampoco se imponen a las partes las costas causadas en primera instancia, al apreciarse serias dudas de hecho y de derecho, por aplicación de lo que dispone el art. 394 de la LEC , ya que la cuestión controvertida es compleja, y, además se tiene que subsanar el error en las fechas del fallecimiento del causante D. Adrian y de su **testamento**.

Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

FALLAMOS:

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Carmen contra la Sentencia nº 309/2016 de fecha 11 de Octubre de 2016 aclarada por auto de fecha 26 de Octubre de 2016 dictada por la Titular del Juzgado de 1ª Instancia nº4 de Ávila en el Juicio Verbal Civil nº 13/2016, del que el presente Rollo dimana, **Y LA REVOCAMOS** en su integridad en el sentido de estimar la demanda presentada por doña Carmen contra D. Narciso , en el sentido de dejar sin efecto el primero de los defectos contenidos en la nota de calificación negativa de fecha 3 de noviembre de 2015 efectuada por el Sr. Registrador del Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro (Ávila), D. Narciso , respecto a la escritura de manifestación de **herencia** y adjudicación autorizada por la Notario doña Carmen en fecha 15 de Julio de 2015, con el nº 924 de su Protocolo, declarando la misma contraria a derecho.

No se imponen a las partes las costas del juicio ni en primera instancia ni en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber los recursos que caben contra la misma y una vez firme, expídase su testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.